

La responsabilidad concursal por el déficit

PEDRO PRENDES CARRIL

PROLOGUISTAS

LUIS MANUEL PILOÑETA ALONSO

ANA MARÍA ORELLANA CANO

Índice General

	<i><u>Página</u></i>
PRÓLOGO	
LUIS MANUEL PILOÑETA ALONSO	21
PRÓLOGO	
ANA MARÍA ORELLANA CANO.....	29
ABREVIATURAS	31
INTRODUCCIÓN	35
 CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DERECHO COMPARADO	39
1. La responsabilidad concursal en el Derecho español	40
1.1. <i>Evolución histórica</i>	40
1.2. <i>Trabajos prelegislativos</i>	44
1.3. <i>Enmiendas parlamentarias</i>	48
1.4. <i>Antecedentes legislativos más próximos</i>	50
1.4.1. El artículo 172.3 LC en su redacción originaria .	52
1.4.2. La Ley 38/2011 y el nuevo artículo 172 bis	54
1.4.3. El artículo 172 bis tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014	55
1.4.4. El artículo 456 del actual TRLC	56
1.5. <i>Justificación del título del presente trabajo, «la responsabi- lidad concursal por el déficit»</i>	56

	<i><u>Página</u></i>
1.6. <i>Novedades introducidas en la Sección Sexta de calificación por las reformas más relevantes en el marco concursal. . . .</i>	57
1.6.1. Introducción	57
1.6.2. Modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 .	58
1.6.3. Novedades operadas por RD-LEY 4/2014, de 7 de marzo, RD-LEY 11/2014 de 5 de septiembre, Ley 17/2014, de 30 de septiembre y Ley 9/2015, de 25 de mayo	59
1.6.4. Novedades introducidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo	61
1.6.5. La reforma del TRLC por Ley 16/2022, de 5 de septiembre.	66
1.6.6. Evolución del principio de calificación limitada en la sección sexta de calificación	70
2. La cuestión en el derecho comparado	71
2.1. <i>Introducción</i>	71
2.2. <i>La influencia del derecho francés: «l´action en comblement du passif»</i>	72
2.2.1. Introducción	72
2.2.2. L´action en comblement du passif.	75
2.2.3. Características del sistema francés	76
2.2.4. Similitudes con el sistema español	78
2.2.5. Particularidades respecto del sistema español . .	79
2.2.6. Concurso personal del administrador por impago	83
2.3. <i>El régimen de l´action en comblement du passif en Bélgica</i>	83
2.4. <i>Referencia a otros sistemas de derecho comparado</i>	85
2.4.1. Derecho portugués	85
2.4.1.1. Introducción	85
2.4.1.2. Características del sistema portugués	86
2.4.1.3. Similitudes con el sistema español . .	87
2.4.1.4. Particularidades respecto del sistema español	88

	<u><i>Página</i></u>
2.4.1.5. Compatibilidad de acciones	88
2.4.1.6. Quiebra personal de los responsables en caso de impago.....	89
2.4.2. Derechos anglosajones	89
2.4.2.1. Planteamiento.....	89
2.4.2.2. Derecho Inglés	89
2.4.2.3. Derecho norteamericano (EE.UU) ..	92
2.4.3. Derecho italiano	93
2.4.4. Derecho alemán	95

CAPÍTULO II

ENCUADRE NORMATIVO Y SISTEMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL POR EL DÉFICIT. LA SECCIÓN SEXTA DE CALIFICACIÓN	99
1. Introducción	100
2. Finalidad y encuadramiento sistemático de la Sección Sexta de calificación y de la condena a la cobertura del déficit	101
3. La calificación del concurso en sus aspectos sustantivos. .	102
4. Aspectos procesales y formales de la Sección Sexta de ca- lificación en la normativa vigente	106
4.1. <i>Formación de la sección sexta</i>	106
4.1.1. Introducción	106
4.1.2. Anticipación de la apertura de la sección sexta..	106
4.1.3. Formación de la sección sexta en todo caso	107
4.2. <i>Tramitación de la sección sexta</i>	108
4.2.1. Introducción	108
4.2.2. Alegaciones sobre la calificación del concurso (art. 447)	109
4.2.3. Informe de calificación del administrador con- cursal (art. 448).....	111

	<i><u>Página</u></i>
4.2.4. Informe de calificación de los acreedores (art. 449)	115
4.2.5. Tramitación de la sección (art. 450).....	117
4.2.5.1. Audiencia, comparecencia y vista ...	117
4.2.5.2. Alegaciones del deudor, personas afectadas y cómplices con estructura de contestación de demanda	118
4.2.5.3. Archivo de la sección sexta	118
4.2.5.4. Personación de acreedores y demás legitimados	119
4.2.5.5. Se introduce un nuevo art. 450 bis bajo el epígrafe [E]levación de los informes al Ministerio Fiscal, cuya redacción queda como sigue	119
4.2.5.6. Se introduce un nuevo art. 450 ter sobre [P]ersonación de acreedores y demás legitimados, con la siguiente redacción.....	120
4.2.5.7. Dentro de esta subsección 1. ^a , de la sección 1. ^a , del capítulo II del título X, libro primero, se introduce un nuevo art. 451 bis, bajo el epígrafe «[T]ransacción», con la siguiente redacción.....	121
4.2.6. Régimen especial en caso de incumplimiento de convenio (arts. 452, 453 y 454)	122
4.3. <i>La sentencia de calificación</i>	124
4.3.1. Introducción	124
4.3.2. La sección 2. ^a , del capítulo II del título X, libro primero, se encabeza por el art. 455 bajo el epígrafe [S]entencia de calificación. La reforma operada por la Ley 16/2022, introdujo como novedades la modificación de los ordinales 2. ^o y 5. ^o del apartado 2 del citado precepto y la adición de los nuevos apartados 3 y 4 del mismo	124
4.4. <i>La regla de la no vinculación</i>	126
4.5. <i>De la calificación en caso de intervención administrativa</i> .	126

	<u><i>Página</i></u>
4.6. <i>La calificación abreviada del procedimiento especial para microempresas</i>	126
4.6.1. Introducción	126
4.6.2. Apertura de la calificación abreviada	128
4.6.3. Procedimiento de la calificación abreviada	129
CAPÍTULO III	
NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL POR EL DÉFICIT	131
1. Introducción	131
2. Naturaleza jurídica en el régimen aplicable hasta el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre	132
2.1. <i>Posición de la doctrina</i>	132
2.1.1. Doctrina que abogaba por el carácter indemnizatorio	132
2.1.2. Doctrina que abogaba por el carácter sancionador	140
2.1.3. <i>Tertium genus</i> : déficit concursal e imputación objetiva	148
2.2. <i>Posición de la jurisprudencia</i>	155
2.2.1. Posición del Tribunal Supremo	155
2.2.2. Posición de la jurisprudencia menor	167
2.3. <i>Fundamento de la responsabilidad sanción</i>	170
3. Naturaleza jurídica en el régimen aplicable posterior al Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre	173
4. Finalidad de la norma. Interés objeto de protección	178
CAPÍTULO IV	
CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL ...	181
1. Caracteres definitorios de la responsabilidad concursal ..	181
1.1. <i>Personal</i>	181

	<i><u>Página</u></i>
1.2. <i>Limitada</i>	181
1.3. <i>Autónoma</i>	182
1.4. <i>Causal</i>	182
1.5. <i>En orden a la subsidiariedad</i>	183
2. Otros caracteres que acompañan al sistema de responsabilidad concursal	184
2.1. <i>Carácter facultativo de la condena</i>	184
2.2. <i>Carácter acumulativo</i>	188
2.3. <i>Alcance de la discrecionalidad judicial</i>	188
2.4. <i>Principios de rogación y congruencia / iura novit curia</i> ...	195
3. Diferencias entre la responsabilidad por el déficit y la responsabilidad por los daños y perjuicios del art. 455.2.5.º TRLC	196
4. Diferencias con el sistema de responsabilidad por deudas (art. 367 LSC)	196
4.1. <i>Introducción</i>	196
4.2. <i>En los presupuestos de aplicación</i>	197
4.3. <i>En orden a su naturaleza jurídica</i>	198
4.4. <i>En el alcance subjetivo</i>	199
4.5. <i>Carácter facultativo/necesario en la condena y en el quantum</i>	199
4.6. <i>Carácter solidario/mancomunado</i>	200
4.7. <i>Carácter limitado de la responsabilidad</i>	200
4.8. <i>Días a quo del cómputo del plazo bimensual</i>	200
 CAPÍTULO V	
PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.	203
1. Introducción	203
2. Presupuesto concursal	204
2.1. <i>Presupuesto formal: Concurso culpable</i>	204

	<u><i>Página</i></u>
2.1.1. Criterio general de culpabilidad del concurso (art. 442 TRLC).....	204
2.1.2. Presunciones <i>iuris et de iure</i> de culpabilidad del concurso (art. 443 TRLC).....	205
2.1.2.1. Introducción	205
2.1.2.2. Alzamiento de bienes	206
2.1.2.3. Salida patrimonial fraudulenta	207
2.1.2.4. Simulación patrimonial.....	209
2.1.2.5. Inexactitud grave en la documentación del concurso	210
2.1.2.6. Ausencia o irregularidad relevante en la contabilidad	212
2.1.2.7. Incumplimiento de convenio	217
2.1.3. Presunciones <i>iuris tantum</i> de culpabilidad del concurso (art. 444 TRLC).....	220
2.1.3.1. Introducción	220
2.1.3.2. Concurso tardío o extemporáneo....	221
2.1.3.3. Incumplimiento del deber de colaboración.....	225
2.1.3.4. Incumplimientos formales de contabilidad	226
2.2. <i>Presupuesto formal: La apertura de la fase de liquidación .</i>	228
2.3. <i>Presupuesto material: El déficit concursal</i>	229
3. Presupuesto societario. El presupuesto subjetivo	229
3.1. <i>Introducción</i>	229
3.2. <i>Deudor persona jurídica</i>	230
3.3. <i>Administrador o liquidador de derecho</i>	230
3.4. <i>Administrador o liquidador de hecho</i>	230
3.5. <i>Director general</i>	231
4. Otros presupuestos adicionales. El presupuesto objetivo .	232
4.1. <i>Título de imputación: dolo o culpa grave</i>	232
4.2. <i>Daño: generar o agravar la insolvencia</i>	233

	<i><u>Página</u></i>
4.3. <i>Relación de causalidad o imputación de conductas</i>	234
5. Insolvencia societaria o desbalance patrimonial e insolvencia concursal	239
 CAPÍTULO VI	
ALCANCE SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	243
1. Introducción	243
2. Personas afectadas por la calificación culpable del concurso en el marco de la responsabilidad por el déficit concursal	244
2.1. <i>Introducción</i>	244
2.2. <i>El administrador o liquidador de derecho</i>	246
2.3. <i>El administrador o liquidador de hecho</i>	247
2.4. <i>Persona física representante del administrador o liquidador persona jurídica</i>	250
2.5. <i>El director general</i>	254
 CAPÍTULO VII	
ALCANCE OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT CONCURSAL	257
1. Introducción	258
2. Déficit concursal	259
2.1. <i>Tras el Texto Refundido de la Ley Concursal</i>	259
2.2. <i>Con anterioridad al Texto Refundido de la Ley Concursal</i> .	261
3. Alcance de la condena a la cobertura del déficit y su determinación	265
3.1. <i>Regla general</i>	265
3.2. <i>Incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia. Causalidad e imputación objetiva y subjetiva</i>	266

	<u><i>Página</i></u>
3.3. <i>Incidencia en el déficit de hechos posteriores a la declaración del concurso relativos a la masa activa, el resultado de las acciones de reintegración o de las condenas patrimoniales del art. 455.2.3.º, 4.º y 5.º TRLC, o de acciones sociales de responsabilidad (art. 236, 238 LSC)</i>	268
3.4. <i>Criterios de determinación</i>	273
3.4.1. En general	273
3.4.2. Déficit concursal y los pasivos de devengo automático con independencia de la declaración de concurso: Impuesto sobre bienes inmuebles, cuotas de la comunidad propietarios, cuotas hipotecarias e intereses dentro de la cobertura hipotecaria, recargos	275
3.4.3. Créditos surgidos de la liquidación de los contratos de trabajo por virtud de los correspondientes Expedientes de Regulación de Empleo (EREs), o despidos de trabajadores por causas objetivas .	278
3.4.4. Los intereses derivados de créditos salariales o de préstamos o créditos hipotecarios o con garantía real.	279
3.4.5. Créditos concursales no concurrentes. Créditos concursales contingentes	280
3.4.6. ¿Cómo opera en la responsabilidad por el déficit concursal la teoría del conocimiento y el ejercicio abusivo del derecho?	282
3.5. <i>La cuantificación de la condena a la cobertura del déficit ante los distintos supuestos de hecho presuntivos de la calificación culpable del concurso</i>	284
3.5.1. Regla general.	284
3.5.2. Alzamiento de bienes (art. 443.1.º TRLC).	285
3.5.3. Salida patrimonial fraudulenta (art. 443.2.º TRLC)	285
3.5.4. Simulación patrimonial (art. 443.3.º TRLC)	286
3.5.5. Inexactitud grave documental (art. 443.4.º TRLC)	287
3.5.6. Irregularidad contable relevante o incumplimiento sustancial contable (art. 443.5.º TRLC) .	289

	<i><u>Página</u></i>
3.5.7. Incumplimiento de convenio (art. 443.6.º TRLC)	291
3.5.8. Concurso tardío (art. 444.1.º TRLC)	291
3.5.9. Incumplimiento del deber de colaboración (art. 444.2.º TRLC)	296
3.5.10. Incumplimientos formales de contabilidad (art. 444.3.º TRLC)	299
4. ¿Existe algún tipo de paralelismo entre la responsabilidad concursal por el déficit y la responsabilidad por deudas posteriores del art. 367 LSC?	300
4.1. <i>En general</i>	300
4.2. <i>En orden a las obligaciones posteriores al incumplimiento del deber legal de presentar tempestivamente el concurso de acreedores como fuente de agravación de la insolvencia y de responsabilidad</i>	301
4.2.1. Transacción o reconocimiento de deuda	302
4.2.2. Novación propiamente dicha de una obligación preexistente	303
4.2.3. Contratos de tracto sucesivo	303
4.2.4. Crédito por incumplimiento de contratos. La resolución contractual	305
4.2.5. Responsabilidad en caso de fianza o aval	308
4.2.6. Responsabilidad por vicios o defectos constructivos	309
4.2.7. Crédito por retenciones en el contrato de obra. .	311
4.2.8. Crédito indemnizatorio por no readmisión tras el despido improcedente.	312
4.2.9. Crédito por intereses y costas	314
4.2.10. Deuda por responsabilidad extracontractual	315
5. Caso de pluralidad de condenados. Individualización de las conductas	317
6. Beneficiarios de la responsabilidad	322

CAPÍTULO VIII

COORDINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL POR EL DÉFICIT Y LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES SOCIALES 327

- 1. La armonización de las acciones de responsabilidad en la redacción originaria de la Ley Concursal y sus reformas posteriores** 327
 - 1.1. Planteamiento* 327
 - 1.2. La armonización de acciones en la redacción originaria de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio).* 328
 - 1.3. La reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre* 333
 - 1.4. El Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo y su reforma dada por Ley 16/2022, de 5 de septiembre* 334
- 2. El embargo preventivo como medida cautelar (art. 133 TRLC).** 339
- 3. Principios procesales de aplicación.** 342
 - 3.1. Introducción* 342
 - 3.2. Principio de congruencia Vs iura novit curia* 342
 - 3.3. Cosa juzgada* 344
 - 3.4. Independencia de jurisdicciones* 345
 - 3.5. Teoría del conocimiento y ejercicio abusivo del derecho* ... 346

BIBLIOGRAFÍA 347

JURISPRUDENCIA 361

Caracteres de la responsabilidad concursal

SUMARIO: 1. CARACTERES DEFINITORIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. 1.1. *Personal*. 1.2. *Limitada*. 1.3. *Autónoma*. 1.4. *Causal*. 1.5. *En orden a la subsidiariedad*. 2. OTROS CARACTERES QUE ACOMPAÑAN AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL. 2.1. *Carácter facultativo de la condena*. 2.2. *Carácter acumulativo*. 2.3. *Alcance de la discrecionalidad judicial*. 2.4. *Principios de rogación y congruencia / iura novit curia*. 3. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DEL ART. 455.2.5.º TRLC. 4. DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS (ART. 367 LSC). 4.1. *Introducción*. 4.2. *En los presupuestos de aplicación*. 4.3. *En orden a su naturaleza jurídica*. 4.4. *En el alcance subjetivo*. 4.5. *Carácter facultativo/necesario en la condena y en el quantum*. 4.6. *Carácter solidario/mancomunado*. 4.7. *Carácter limitado de la responsabilidad*. 4.8. *Días a quo del cómputo del plazo bimensual*.

1. CARACTERES DEFINITORIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

1.1. PERSONAL

De la propia lectura del art. 456 TRLC se deduce que estamos ante una responsabilidad personal de los sujetos afectados por la misma, administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o directores generales, en el sentido de que ellos harán frente a las consecuencias económicas derivadas de aquélla con cargo a su propio patrimonio personal (art. 1911 CC).

1.2. LIMITADA

El límite máximo de la responsabilidad viene dado por el importe del déficit concursal. En la redacción anterior a la reforma dada por RD-Ley 4/2014 y Ley 17/2014, el déficit concursal venía configurado en la doctrina y jurisprudencia

mayoritaria cómo el importe de los créditos no cubiertos tras la liquidación concursal.

Tras las citadas reformas legales y el actual TRLC, en su art. 456.2, sostiene a este respecto que, *se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*, lo que parece atribuir un carácter más objetivo a la determinación del déficit concursal y ajeno a la evolución del proceso liquidatorio. Tras las citadas reformas legales la responsabilidad por el déficit concursal es limitada, operando dicho déficit, así definido, como límite máximo de la responsabilidad.

Téngase en cuenta por lo demás, que desde la reforma operada por RD-Ley 4/2014 y Ley 17/2014, y actualmente en el TRLC, se mitiga de modo relevante, incluso podríamos decir que cercena en buena medida la discrecionalidad judicial en la determinación del *quantum* de responsabilidad, al depender éste de la prueba del nexo causal o juicio de imputación de conductas, como veremos en el capítulo correspondiente, entre la conducta individualizada de la persona afectada por la calificación culpable del concurso y la generación o agravación de la insolvencia.

1.3. AUTÓNOMA

Se trata de una responsabilidad de contornos diferenciados e independiente, autónoma, respecto del resto de las acciones que tutelan el crédito de los acreedores, socios o que asistan a la propia persona jurídica deudora.

1.4. CAUSAL

No podemos calificar la responsabilidad concursal como un supuesto de responsabilidad objetiva, pues, no se desvincula totalmente de la idea de culpa. La culpa o negligencia habrá de ser valorada en la determinación de las responsabilidades, si bien, en muchas ocasiones la misma aparecerá embebida en el propio incumplimiento legal, determinando una responsabilidad cuyos contornos vendrán delimitados por el juicio de imputación objetiva y subjetiva o de inferencia lógica a que haremos mención en el capítulo correspondiente.

Tras las citadas reformas, la responsabilidad por el déficit concursal lo será «*en la medida*» que la conducta de las personas afectadas por la calificación culpable del concurso hubiera generado o agravado la insolvencia.

Damos por reproducido en este momento lo expuesto en el apartado correspondiente sobre la novedad introducida por la reforma dada por el Real Decreto-

Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que en la actualidad mantiene el TRLC, en orden al ámbito objetivo y subjetivo de la responsabilidad concursal y a la propia naturaleza jurídica de la misma, decantándose decididamente por una responsabilidad de tipo causal.

1.5. EN ORDEN A LA SUBSIDIARIEDAD

Hasta la aprobación del TRLC por RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, la responsabilidad concursal contemplada tanto en la redacción originaria del art. 172.3 LC como en su reforma, dando lugar al art. 172 bis LC, era claramente una responsabilidad subsidiaria. Así resultaba claramente de la propia dicción de los preceptos, *la condena tendrá lugar únicamente por el importe que de sus créditos no perciban los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa* (172.3), o bien *por el déficit* (172 bis), entendido por la jurisprudencia como *déficit liquidatorio*, esto es, el existente al final de la fase de liquidación. De la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial que se ha venido dando a dichos preceptos resulta el carácter subsidiario de la misma, pues, primeramente respondía la sociedad deudora con todo su patrimonio, que será aplicado al pago de los créditos durante el proceso liquidatorio, y sólo residualmente, por el déficit, al final del proceso, operará la responsabilidad personal de los garantes.

Con la aprobación del TRLC por RD Legislativo 1/2020, el apartado 2 del art. 456 introduce un novedoso concepto de déficit concursal que ya no se vincula al final del proceso liquidatorio, sino a su fase inicial o *déficit originario*, *«existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores»*. Por primera vez se implanta en nuestra norma concursal una definición legal del déficit, apartándose del criterio jurisprudencial existente a la luz de la anterior normativa sobre la base del déficit liquidatorio. La determinación del déficit concursal sobre la ponderación de esos dos parámetros, que operan a modo de límite máximo de la responsabilidad concursal, implica que el déficit concursal se concretará *ex ante*, con la elaboración por la administración concursal de tales documentos unidos al informe concursal (arts. 292 y 293 TRLC), no ya al final del proceso liquidatorio.

Esta novedad legislativa, sumamente relevante, nos lleva a concluir que tras la aprobación y entrada en vigor del TRLC la responsabilidad concursal por el déficit ya no tiene carácter subsidiario, pues, la condena tendrá en cuenta su existencia *«ex ante»*, que opera como límite máximo de la responsabilidad, y la medida en que la conducta de las personas afectadas por la calificación haya podido generar o agravar la insolvencia. Ambos aspectos, existencia de déficit y medida de contribución a la insolvencia pueden determinarse con anterioridad

a la finalización del proceso liquidatorio, por lo que la sentencia que condene a la cobertura del déficit puede concretarse y determinar su importe *ex ante*. Esto no significa que el resultado y devenir del proceso liquidatorio no pueda tener una influencia en dicha responsabilidad, pero, dicha repercusión operaría, en su caso, en la ejecución de la misma. Piénsese que al final de la fase de liquidación se hubieran revalorizado los activos y se hubieran realizado por importes más elevados que los valores inventariados, incluso que la revalorización ha sido tal que al final del proceso no hubo déficit efectivo, por lo que se ha podido satisfacer en parte o incluso todo ese déficit en aquella medida objeto de condena. Tales hechos tienen una repercusión e incidencia en la responsabilidad, pero ello no la convierte en una responsabilidad subsidiaria.

2. OTROS CARACTERES QUE ACOMPAÑAN AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL

2.1. CARÁCTER FACULTATIVO DE LA CONDENA

La redacción del precepto tras las reformas de 2014 y actual TRLC, denota inequívocamente el carácter facultativo de la condena, «(...), *el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial del déficit a todos o a algunos* (...)». El carácter facultativo no implica arbitrariedad en la resolución judicial, sino que la misma habrá de estar fundada y suficientemente motivada, tanto para el caso de condena, como para la absolución, es decir, el término «*podrá*» que menciona el precepto no cabe identificar con un pronunciamiento de carácter necesario o imperativo, sino, facultativo, en la medida que se acrediten los presupuestos que conforman la condena a la cobertura del déficit.

A estos efectos, resulta interesante e ilustrativo reseñar cómo, en la redacción originaria del precepto, antiguo art. 172.3 LC y posterior art. 172 bis LC, en su redacción anterior a la reforma de 2014, existió un intenso debate doctrinal en orden a determinar el alcance que debía darse a la expresión «*podrá*» que empleaba el precepto, oscilando entre aquellas posturas que abogan por el carácter meramente facultativo de la condena¹, y aquellas otras que corrigen la interpretación literal de la norma, considerando que siempre que estemos

1. Defienden el carácter facultativo de la condena, entre otros: ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A.- *Comentando el art. 172.3 LC, ...* (ob. cit.), pp. 1792 y 1793.- «*Es decir, faculta al Juez para condenar, pero no le impone que condene. (...) Creo que la interpretación correcta exige relacionar el verbo "podrá" con la condición "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación", en el sentido de que, si tal condición no se da, no cabrá —en absoluto— tal condena. Y que, si concurre esa condición, el Juez "podrá" —pero no deberá necesariamente— condenar con el alcance del art. 172.3 a administradores y liquidadores, tanto si concurren circunstancias particulares en el*

ante un concurso culpable, de una persona jurídica y en déficit liquidatorio, la sentencia no sólo *podrá*, sino que deberá condenar, en todo caso, con carácter

concurso como si no concurren». GARCÍA CRUCES, J. A.: «Comentario al art. 172 LC», en la obra dirigida por ROJO/BELTRÁN, «Comentario de la Ley Concursal» (ob. cit.). GARCÍA CRUCES, J. A.: «El problema de la represión de la conducta del deudor común», dentro de la *reforma de la Legislación Concursal*, (ob. cit.).— Considera que no estamos ante un pronunciamiento necesario derivado de la calificación culpable del concurso, sino que deberá atenderse a las particulares circunstancias que rodeen dicho concurso culpable. «Si concurren todos los presupuestos antes indicados, el juez del concurso estará facultado —podrá, dice el texto legal— para acordar la responsabilidad concursal de estos sujetos. Esta previsión no significa que la condena de responsabilidad concursal no le venga impuesta al juez del concurso. El significado que ha de darse al expresivo *podrá* significa, tan sólo, que éste no es un pronunciamiento que resulte necesario en todo caso de concurso culpable. Tal calificación merecerá la posible condena por responsabilidad concursal pero, a diferencia de lo que sucede respecto de los efectos personales y patrimoniales que ha de tener la sentencia de calificación, será precisa una justificación adicional que, en razón de las circunstancias concurrentes en el particular concurso calificado como culpable, lleve al juez concursal a sentar la procedencia de esta última condena. La calificación de concurso como culpable es condición necesaria pero no suficiente para fundamentar tal condena, por lo que la procedencia de la responsabilidad concursal deberá asentarse en las particulares circunstancias que rodeen aquel concurso culpable». VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentarios a la Ley Concursal», Ed. Dijusa, Madrid, 2003. SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., y MUÑOZ GARCÍA, A.: «La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima», en *La Ley*, núm. 6610, 15 de diciembre de 2006, pp. 1 ss., sostienen: «En el caso de que la calificación del concurso como culpable traiga su causa de la apertura de la fase de liquidación (art. 163.2.º LC) se prevé por la LC que la sentencia podrá condenar a los administradores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no recibían en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC). Se trata de una responsabilidad sancionadora de carácter no necesario pero no objetiva aunque sí sea judicialmente modulable en torno a la necesaria imputabilidad. Esta responsabilidad sancionadora no tiene un carácter necesario, ya que el juez podrá estimar la conveniencia o no de la misma aunque la liquidación sea insuficiente, así como determinar quiénes son los administradores a los que les pueda ser exigible y cuál sea la cuantía a pagar a los acreedores concursales. Existe en este sentido una cierta aleatoriedad en la decisión judicial que se ve modulada por el hecho de que los administradores responsables han de ser en todo caso considerados "personas afectadas" por la calificación (art. 172.2.1.º LC), sin que necesariamente lo sean, por el mero hecho de pertenecer al órgano de administración, ya que aunque la responsabilidad sea del órgano cabe la exoneración individual de responsabilidad por no ser su conducta dolosa o culpable y sin que pueda afirmarse que por tratarse de una responsabilidad sanción sea también una responsabilidad objetiva. La exigencia de que los administradores sancionables deban haber desarrollado con su conducta la culpabilidad indicada (art. 164 LC) es un presupuesto que no determina tampoco la imposición automática de la sanción y sólo es un indicio a tener en cuenta por el juez para decidir el sí y el cuánto de la sanción aplicable a cada administrador. Es una responsabilidad sanción en la que la obligación no tiene una necesaria proporcionalidad con el daño asumido, si bien intervengan en su valoración aquellos elementos subjetivos y objetivos del concurso que el juez estimare conveniente (grado de culpabilidad en la conducta, supuesto concreto de conducta desarrollada, cuantía no cubierta por la liquidación, etc.) en lo que al final pudiera suponer una indirecta presencia de los elementos de la responsabilidad indemnizatoria en lo que tiene de conducta culpable y de relativa relación entre la conducta y el daño. Y qué duda cabe de la relevancia que el incumplimiento del deber de solicitud de declaración del concurso en una situación de graves pérdidas patrimoniales tiene a la hora de establecer las responsabilidades y sus cuantías».

necesario², a los sujetos responsables en los términos que el propio precepto establece³.

A este respecto, con anterioridad a la decisiva reforma de 2014, operada por el tantas veces citado Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, he mostrado mi opinión en orden a la interpretación que debíamos dar a dicha problemática, sobre la base de los antiguos arts. 172.3 y 172 bis LC, afirmando que la facultad que el juzgador tiene para condenar a los administradores en la sentencia de calificación y su moderación, en todo o en

2. La SJMerc n.º 1 de Madrid de 16/01/2007, sostiene una destacable interpretación del verbo «podrá» empleado por el precepto, haciendo hincapié en que no estamos ante una «facultad» del Juez, sino ante una «potencialidad» de la sentencia, de modo que si concurren los presupuestos contemplados en la norma, impide atribuir a la condena un carácter facultativo que quede al albur de la valoración del Juez del concurso. SJMerc N.º 1 de Madrid de 16/01/2007, Fundamento de Derecho Decimotercero, apartado 6.- *«Aludíamos más arriba a dos dificultades que representa el tenor de la Ley para mantener la interpretación que estamos defendiendo. Como hemos advertido, el artículo 172.3 LC parece atribuir al Juez del concurso la valoración de la procedencia de condenar o no a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho —lo cual sería incompatible con el carácter objetivo de la sanción— Dice el precepto que "la sentencia podrá, además, condenar(...)". Sin embargo, no entendemos que el uso de tal expresión pueda ser óbice para sostener que el artículo 172.3 LC regula un supuesto de responsabilidad sanción. Como se puede advertir, el legislador no hizo uso de la expresión "el Juez del concurso podrá, además, condenar(...)" sino que sitúa como sintagma nominal de la frase a la Sentencia. Se dice literalmente que "la sentencia podrá, además, condenar...". A nuestro entender ello impide atribuir a la condena un carácter facultativo que quede al albur de la valoración del Juez del concurso. El artículo 172.3 LC parece referirse a que cuando concurren los requisitos que en el mismo se plasman, la Sentencia podrá alcanzar a los administradores y liquidadores en los términos en el artículo aludidos. El verbo "poder" no se utiliza en la acepción equivalente a "facultad" sino en la de "potencialidad" referida al texto de la Sentencia. Tampoco la referencia al pago total o parcial de los créditos no satisfechos en la fase de liquidación es obstáculo para mantener la tesis a la que nos estamos refiriendo».*
3. ALONSO UREBA, A: *«Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de...»* (ob. cit.).— *«La propia expresión "podrá" que utiliza el art. 172.3 LC en cuanto al pronunciamiento de condena a los administradores en la sentencia de calificación, deberá interpretarse superando esa falta de precisión técnico-jurídica. Siempre que estemos ante un concurso culpable y en vía de liquidación, de manera que quepa imputar a los administradores por dolo o culpa grave la generación o agravamiento del estado de insolvencia, la sentencia de calificación "deberá" y no meramente "podrá" establecer la responsabilidad concursal de los administradores. Cosa distinta es la modulación del contenido de la sentencia en cuanto al alcance subjetivo y objetivo de la responsabilidad, lo que estará en función del caso concreto: habrá responsabilidad, sin perjuicio de que ésta pueda no alcanzar a todos los administradores, ni a todos por igual y que, asimismo, la responsabilidad pueda extenderse a todo el déficit patrimonial o bien limitarse a una parte del fallido en la liquidación».* DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo y HERNANDO MENDIVIL, Javier: *«Comentario al art. 172 LC»* en Tratado Práctico Concursal, (ob. cit.), p. 375: sostienen en comentario al art. 172.3 LC, *«(...) a nuestro juicio, la expresión legal "podrá" no contiene la concesión al juez del concurso de un poder discrecional consistente en la posibilidad de imponer o no la responsabilidad por deudas establecida en la ley. Porque si concurren los presupuestos a los que el artículo anuda la responsabilidad, el juez no queda facultado para no imponer la misma, sino que se encuentra obligado a ello».* RAMOS MONTESA, A:

parte, puede parecer en una primera impresión que va a estar en función del grado de culpa en su conducta y de la relación causal que la misma haya tenido con el daño ocasionado, dentro del límite máximo correspondiente al importe de los créditos fallidos de los acreedores en la liquidación concursal, sin embargo, destacábamos otra interpretación que salvaría los importantes escollos apuntados para la consideración de la responsabilidad sanción, pues, el término *podrá* y la condena a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, puede tener su fundamento en que desde la declaración del concurso hasta el final del proceso liquidatorio —que es donde se constataba la efectividad del daño producido, es decir, el importe de los créditos fallidos— pudieron haber ocurrido hechos o actos que escapan a toda diligencia exigible, o incluso, negligencias por parte de la propia administración concursal, no imputables a los administradores societarios, que tengan una incidencia directa en el resultado dañoso, es decir, en la existencia en más o en menos de créditos fallidos. Más allá de estos supuestos, posteriores y ajenos a toda idea de culpa y nexo causal de los administradores sociales, el juez no sólo *podrá*, sino que *deberá* condenar por el total o parcial importe de los créditos fallidos, precisamente por la acreditada contribución en la generación o agravación del estado de insolvencia de la deudora mediando dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Valgan estas referencias doctrinales y jurisprudenciales enriquecedoras del debate concursal, acaso incipiente por aquel entonces, pero debemos advertir

«Nueva Ley Concursal ...» (ob. cit.).— «La duda que genera la reducción del precepto es, en definitiva, si nos encontramos ante una sanción potestativa del Juez (discrecional, una vez más) o si la sanción, por el contrario, es obligatoria y preceptiva. Nos inclinamos por la segunda de las tesis expuestas, es decir, consideramos que la imposición de la sanción es obligatoria y no potestativa (...). Caso de concurrir concurso culpable, y además, la sección de calificación habría sido formada por la apertura de la fase de liquidación, y además el deudor sea persona jurídica, y sólo cuando concurren estos requisitos, condenará a determinadas personas al pago de los créditos no percibidos. (...), Si concurren los requisitos, es decir, o lo que es lo mismo, si PUEDE entonces la Sentencia contener otros pronunciamientos por la concurrencia precisamente de los mismos, DEBE condenar a las personas mencionadas». MACHADO PLAZAS, José: «El concurso de acreedores culpable...» (ob. cit.). COLAS ESCANDON, A. M.^a: «Comentarios a la Ley Concursal...» (ob. cit.).— Considera que a pesar de la expresión utilizada por el legislador concursal «podrá», «no debemos entender que este pronunciamiento de la sentencia resulte opcional para el Juez de lo Mercantil, sino que a lo que se refiere es al hecho de que no en toda situación de concurso culpable, sino sólo cuando concurren determinadas circunstancias especiales (que el deudor sea una persona jurídica y la sentencia que califique el concurso como culpable se haya dictado tras la apertura de la Sección de calificación, originada por el incumplimiento del deudor en la fase de liquidación, resultando que la masa activa que va a ser objeto de liquidación no alcanza para satisfacer íntegramente los intereses de todos los acreedores) la sentencia, además de los pronunciamientos a que antes hemos hecho mención y que deben dictarse en todo caso —sea el concursado persona física o jurídica, se haya abierto la sección de calificación antes o después de la fase de liquidación—, establecerá esta responsabilidad concursal de los liquidadores o administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica concursada».

de modo rotundo, una vez más, que tras la reforma de 2014 y actual TRLC, resulta indudable el carácter causal de la responsabilidad concursal contemplada en el art. 456 TRLC, por lo que el término «*podrá*» que menciona el precepto en modo alguno cabe identificar con un pronunciamiento de carácter necesario o imperativo, sino, facultativo, en la medida que se acrediten los presupuestos que definen la responsabilidad, a los que haremos referencia en capítulo posterior.

2.2. CARÁCTER ACUMULATIVO

La responsabilidad prevista en el art. 456 TRLC, antiguo art. 172 bis LC, se impone «... *además...*» del resto de efectos personales y patrimoniales que recaen sobre las personas afectadas por la calificación culpable del concurso (art. 455 TRLC, antiguo art. 172.2 LC). Carácter acumulativo que resulta, a mayor abundamiento, de la compatibilidad de acciones de responsabilidad concursal y societarias⁴.

2.3. ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

La redacción actualmente vigente del art. 456 TRLC, así como la surgida de la reforma de 2014 operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, podemos afirmar que la discrecionalidad judicial a la hora de imponer la condena a la cobertura del déficit, con ser importante, se ha visto sumamente limitada con relación a la amplia discrecionalidad con que contaba en la redacción originaria del art. 172.3 LC y posterior art. 172 bis LC con anterioridad a la citada reforma de 2014.

Ciertamente, concurriendo los presupuestos subjetivos y objetivos para justificar la condena, el juez podrá condenar, total o parcialmente a la cobertura del déficit, a todos o a algunos de los administradores o liquidadores o directores generales que resulten ser personas afectadas por la calificación culpable del concurso, con o sin solidaridad, pero sólo podrán serlo «*en la medida que la conducta —individualizada— de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia*».

4. Abogan por el carácter acumulativo de la responsabilidad concursal por el déficit, entre otros: GARCÍA CRUCES, J. A.: «Comentario al art. 172 LC», Dirs. ROJO/BELTRÁN, en *Comentario de la Ley Concursal*, (ob. cit.). GARCÍA CRUCES, J. A.: «*El problema de la represión de la conducta del deudor común*», dentro de *la reforma de la Legislación Concursal*, (ob. cit.). MACHADO PLAZAS, J.: «*El concurso de acreedores culpable...*», (ob. cit.). ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A.: «*Comentando el art. 172.3 LC*», Coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENTOS, en «*Comentarios a la Ley Concursal* (ob. cit.).

Por tanto, podemos afirmar que el juez cuenta con una importante discrecionalidad, que no arbitrariedad, en su pronunciamiento de condena, sujeta esencialmente a la valoración de la prueba practicada u obrante en autos, pero solo podrá condenar con un alcance limitado y causal, «*en la medida*» en que tales personas afectadas por la calificación, con su conducta individualizada, determinante de la calificación culpable del concurso, «*hubiera generado o agravado la insolvencia*». De modo que, en ausencia de esta prueba, acreditativa de la medida en que ha sido generada o agravada la insolvencia, no concurriría ese daño patrimonial ni tampoco condena patrimonial.

Con anterioridad a la reforma de 2014, de la dicción textual de la norma concursal (art. 172.3 LC en su redacción originaria), se infería que el legislador había concedido al juez del concurso una amplia discrecionalidad en relación con la denominada responsabilidad por el déficit concursal, «*...la sentencia podrá, además, condenar...*», «*... a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, ...*». Discrecionalidad que ha sido criticada por un sector de la doctrina al considerar que nos encontrábamos ante una falta de tipicidad intolerable, sin determinación de las causas y criterios justificativos para su imposición y graduación, contrario a las exigencias de la seguridad jurídica⁵.

5. ALONSO UREBA, A: «*Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y...*» (ob. cit.), p. 539.- «*(...), si bien tampoco se hace expreso en la norma criterio alguno al respecto, (...). A la exigencia general de rigor en técnica jurídica se une en este caso la gravedad y trascendencia de la materia, de modo que las cuestiones aludidas en aras de un mínimo de seguridad jurídica, debería haber sido objeto de previsión y regulación expresa sin dejar margen a posibles distintos criterios interpretativos*», (con cita expresa de ALCÓBER GARAU). ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A. «Comentando el art. 172.3 LC», Coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENTOS, en *Comentarios a la Ley Concursal*, (ob. cit.).- «*La extraordinaria amplitud de la discrecionalidad judicial en una materia de una gravedad tan grande como la que estamos examinando es novedosa en nuestro sistema jurídico. La Ley Concursal confiere unos amplísimos poderes al Juez para sancionar económicamente a los administradores y liquidadores culpables, y no fija los criterios que éste debe observar en el ejercicio de su potestad. Por ello, el APLC (cuyo art. 171.2 coincide con el texto del art. 172.3 LC) fue fuertemente criticado por la doctrina, que le tachó, justificadamente, de adolecer de una falta de tipificación intolerable, pues no se dice en virtud de qué causas puede el Juez condenar, ni con qué criterios determinar cuando el pago debe ser total o parcial, y de crear una serie de significativos problemas de indeterminación/inseguridad jurídica. Pero la Ley Concursal ya es "lex data" y se tiene que aplicar en sus términos*». QUECEDO ARACIL, P.: «*Comentario al art. 172 LC*», Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, (ob. cit.), p. 780.- «*Sorprende que el importe de la condena pueda ser total o parcial, sin que la Ley proporcione criterios para decidir cuál es la procedente y, en su caso, el montante a que asciende. Parece que lo razonable es acudir a las results del propio concurso, y decidir en función del grado de participación de cada uno de los administradores en la generación o agravación del estado de insolvencia, y de la diferencia entre el activo y pasivo, a fin de completar el resto pendiente y, si no fuese posible, buscar la fórmula más eficaz y beneficiosa para la masa*».

Ciertamente, el texto legal descansaba en la discrecionalidad judicial un marco acaso excesivo, cuyos límites dentro del máximo cuantitativo legal, se encuentren en la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), motivación justificada de la sentencia (art. 120.3 CE y 218 LEC) y, en definitiva, la equidad en la aplicación de las normas.

La discrecionalidad judicial es la nota predominante que informaba al originario texto concursal, ya en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal de 2003, en su apartado IV, indicaba: «(...) *La Ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones*». El deber de motivación de las resoluciones judiciales informa a nuestro propio ordenamiento jurídico, conforme resulta de los arts. 24 y 120.3 de CE y, asimismo, contemplado en el artículo 218.2 LEC: «*Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón*».

Pese a todo, han sido intensos los debates doctrinales existentes en orden a determinar el ámbito de aplicación a que se extendía la discrecionalidad judicial, si la misma comprendía el pronunciamiento de condena, su individualización en las personas responsables, o si sólo recaía sobre la cuantificación de esa responsabilidad. Veamos cuál es el alcance de la discrecionalidad judicial sobre los distintos aspectos a los que puede alcanzar relativos a la responsabilidad concursal:

a. Respecto del pronunciamiento de condena

Hemos expuesto anteriormente el debate suscitado en torno al carácter facultativo o de necesidad de pronunciamiento condenatorio, cuyas consideraciones damos por reproducidas.

b. Respecto de las personas responsables. Individualización de la condena

La sentencia de calificación puede, además de los pronunciamientos a que refiere el número 2 del art. 455 TRLC, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica deudora, que hubieran sido declaradas personas afectadas por la calificación, incluso a los que lo hayan sido dentro de los dos últimos años a la declaración de concurso, siempre que la calificación culpable del concurso vaya asociada a un déficit concursal, es decir, que la conducta de las personas afectadas deter-

minantes de la calificación culpable del concurso, haya generado o agravado la insolvencia. Con anterioridad a la reforma de 2014, la responsabilidad concursal exigía que a la calificación culpable del concurso le sobrevenga un déficit concursal en la liquidación, tratamiento que dista mucho del actualmente vigente.

El apartado 3 del art. 456 TRLC aclara definitivamente esta cuestión, al establecer que *«[E]n caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso»*. No parece dudoso que la discrecionalidad judicial en los contornos de la responsabilidad concursal se extiende a la valoración individualizada de todos y cada uno de los administradores, liquidadores o directores generales afectos al régimen de responsabilidad⁶.

De este modo, en atención a la conducta de cada cual, valoración de los incumplimientos legales y deberes propios de su cargo en la gestión y lealtad empresarial, en definitiva, en atención a la gravedad de la infracción de los deberes propios de los administradores determinantes de la calificación del concurso como culpable, el Juez podrá condenar a unos y absolver a otros, cuantificar de modo diferente las condenas, imponer o no la solidaridad en la responsabilidad, etc.

c. Respecto al carácter de la responsabilidad: solidaridad/mancomunidad

El TRLC aprobado por RD-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, ha aclarado las dudas interpretativas existentes hasta entonces en orden al carácter solidario o mancomunado de la condena a la cobertura del déficit. Establece el art. 456 TRLC en su apartado 1 que, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, *con o sin solidaridad* (...). Por tanto, expresamente nuestro texto vigente deja al criterio del juez el carácter solidario o no de la condena.

6. En este sentido, con anterioridad a la reforma de 2014, entre otros: ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A. «Comentando el art. 172.3 LC», Coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENTOS, en *Comentarios a la Ley Concursal*, (ob. cit.). MACHADO PLAZAS, J.: «El concurso de acreedores culpable...» (ob. cit.). GARCÍA CRUCES, J. A.: «Comentario al art. 172 LC», Dirs. ROJO/BELTRÁN, en *Comentario de la Ley Concursal*, (ob. cit.).— «(...) De este modo, puede afirmarse que la labor del juez del concurso será extraordinariamente delicada, debiendo verificar cuál ha sido la conducta seguida por cada uno de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada y, en consecuencia, justificando la particular condena —o, en su caso, absolución— de forma individualizada y en razón de aquella actuación antes averada, a fin de concretar en la sentencia de calificación el alcance subjetivo y cuantitativo de la responsabilidad concursal».

Entre los criterios que determinan la responsabilidad solidaria entre las distintas personas afectadas por la calificación culpable del concurso, se encuentran aquellos casos de administradores sociales que no son capaces de probar la respectiva cuota de responsabilidad en función de la culpa de cada uno de ellos, existiendo determinadas conductas o incumplimientos legales que a falta de otra justificación de exoneración atribuye una presunción de culpa colectiva al propio órgano de administración que justifica la imposición de la solidaridad en la responsabilidad.

La condena será solidaria cuando los miembros del órgano gestor estén afectos por dicha presunción de culpa colectiva y no acrediten la existencia de causas exonerativas de responsabilidad conforme a los criterios de imputación objetiva jurisprudencialmente aceptados al respecto, pudiendo resultar de aplicación a estos efectos los criterios del art. 237 LSC, al no resultar probado que alguno no haya intervenido en la adopción de las decisiones que han sido valoradas como hechos relevantes, que desconociera su existencia o que, conociéndolas, hiciera todo lo posible para evitar sus consecuencias o, al menos, se opusiera expresamente a ellas.

También resulta perfectamente posible que el juez en su sentencia combine entre los diversos sujetos condenados pronunciamientos de condena patrimonial solidaria y mancomunada, en función de las circunstancias del caso.

Con anterioridad al citado TRLC, el art. 172 bis LC, como en su redacción originaria el art. 172.3 LC, omitieron toda referencia al tipo de responsabilidad y a la carga de la prueba, por lo que ha existido un intenso debate doctrinal al respecto, debate que podemos aplicarlo en la actualidad para determinar cuál deba ser el criterio del juez en uno u otro sentido. Se ha dicho, conforme a una interpretación lógica, congruente y sistemática con el régimen general de la responsabilidad de los administradores que debemos concluir la aplicación de los mismos principios establecidos al respecto⁷. La responsabilidad recae sobre los administradores que conforman el órgano de administración en caso de pluralidad de ellos, dado que éstos responden no sólo por sus *actos* que entrañaren el perjuicio ocasionado o impliquen el incumplimiento legal sancionado, sino

7. En nuestra doctrina, abogan por la aplicación de la solidaridad y la discrecionalidad judicial su determinación, entre otros: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo y HERNANDO MENDIVIL, Javier: en «*Comentario al artículo 172 LC*», en Tratado Práctico Concursal (ob. cit.), pp. 397 a 401, al sostener: «(...), no parece que existan, en esta materia, razones que justifiquen conceder un trato excepcional a la responsabilidad concursal, frente al régimen general previsto en la Ley de sociedades anónimas. Por esta razón, nos decantamos por la tesis defendida por otro sector de la doctrina, consistente en conferir al juez del concurso un margen de discrecionalidad para que, analizando el caso concreto, adopte la decisión pertinente en punto a imponer la responsabilidad concursal con carácter solidario o mancomunado a los distintos miembros integrantes del órgano de administración». GARCÍA CRUCES, J. A.: «El problema de la

también por sus *omisiones*, abarcando en consecuencia, a todo el órgano de administración una presunción de culpa colectiva en justa coherencia con los resortes legales con que todos y cada uno de ellos cuentan para evitar la conducta culposa o cuando menos, exonerarse de sus consecuencias.

El juzgador en su sentencia determinará el régimen de responsabilidad imputable a cada una de las personas afectadas por la calificación. Los administradores sociales responderán en forma solidaria, cuando así lo disponga motivadamente la sentencia condenatoria y, asimismo, en aquellos casos en que no se puedan individualizar sus propias responsabilidades⁸, habiéndose admitido, asimismo, la denominada solidaridad tácita pasiva (SS. de 19-12-1991 [RJ 1991, 9409], 26-1-1994 [RJ 1994, 445] y 17-10-1996 [RJ 1996, 7115]).

Algún sector de la doctrina defendía conforme a la normativa vigente anterior al TRLC, el carácter mancomunado de la responsabilidad, al sostener que, ante el silencio legal, debía ser de aplicación el principio general de mancomu-

represión de la conducta del deudor», en La reforma de la legislación concursal, (ob. cit.). GARCÍA CRUCES, J. A.: «Comentario al art. 172 LC», Dres. ROJO/BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, (ob. cit.). GARCÍA-CRUCES, J. A., en «La responsabilidad concursal...» (ob. cit.), pp. 280-282, sostiene: «El silencio del legislador respecto de estos extremos, no parece que deba ser interpretado a favor de una solución contraria a la regla de solidaridad sino, quizás mejor, la falta de esa previsión obedece a la confianza en la necesaria prudencia jurisprudencial. Me parece, entonces, que habrá de concluirse señalando que quedará al arbitrio judicial la determinación del posible carácter solidario, sin que la —críticable— ausencia de un pronunciamiento expreso en la LC constituya un argumento definitivo en sentido contrario. Las circunstancias del supuesto concreto podrán justificar la aplicación de criterios jurisprudenciales que, adoptados pese al silencio y, por ende, deviniendo aplicable la regla general, deben considerarse tradicionales en la práctica forense (ad ex., el criterio de la unidad de fin, como fundamento de la solidaridad, y que expresamente acoge la STS de 01-07-2002). Por supuesto, tal decisión deberá obedecer a un fundamento expreso que se explicita en la sentencia de calificación, de acuerdo con las circunstancias que rodeen el caso enjuiciado (ad ex., en los supuestos en que la actuación de los administradores se les hubiera confiado con carácter mancomunado y así, bajo el respeto de tal regla, hubieran procedido con el dolo o la culpa grave que permite la calificación culpable del concurso)». RAMOS MONTESA, A.: «Nueva Ley Concursal ...» (ob. cit.). ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A., «Comentando el art. 172.3 LC», Coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENTOS, en Comentarios a la Ley Concursal, (ob. cit.), p. 1791. QUECEDO ARACIL, P.: «Comentario al art. 172 LC», Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: en Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la nueva Ley Concursal, (ob. cit.). MACHADO PLAZAS, J.: «El concurso de acreedores culpable...» (ob. cit.).

8. SSTs 29/12/2000 [RJ 2001, 354], STS 18/5/1999 [RJ 1999, 3476], 20-3-1975 [RJ 1975, 1328], 15-10-1976 [RJ 1976, 4188], 23-10-1978 [RJ 1978, 3220], 4-1-1989 [RJ 1989, 93], 13-2-1990 [RJ 1990, 681], 22-4-1994 [RJ 1994, 3084] y 22-6-1996 [RJ 1996, 6607]. La SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 4 DE BARCELONA, de fecha 31/05/2006, condena solidariamente a los administradores sociales, en beneficio de la masa activa del concurso, incluyendo tanto a los acreedores concursales como a los acreedores contra la masa, al no ser posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos en la decisión de cometer la irregularidad contable motivadora de la calificación culpable del concurso.

nidad en la responsabilidad, consagrado en nuestro derecho común (art. 1137 CC)⁹.

d. Respecto del quantum de responsabilidad. Concreción individualizada de la condena

Con anterioridad a la reforma de 2014, el grado de discrecionalidad judicial en la determinación del *quantum* de la condena patrimonial por el déficit era más amplio que tras la citada reforma. Con anterioridad a la reforma legal, acaso fuera éste el aspecto que menos dudas ofrecía en la doctrina en orden a las facultades de discrecionalidad judicial, pudiendo el juez del concurso imponer condenas de pago distintas en atención y valoración individualizada de las conductas e incumplimientos, todo ello dentro del límite máximo legal identificado con el déficit concursal liquidatorio, y de los límites impuestos por nuestro ordenamiento jurídico derivados de la interdicción de la arbitrariedad.

Tras la reforma de 2014 y actual TRLC, la discrecionalidad judicial en la determinación del *quantum* de la condena se ve más constreñida, el margen es más limitado, pues, la condena a la cobertura total o parcial del déficit, lo será «...en la medida...» que la conducta de las personas afectadas por la calificación, determinante de la culpabilidad del concurso, *hubiera generado o agravado la insolvencia*. La responsabilidad se causaliza, por lo que habrá que estar al resultado probatorio y a la valoración por el juez de la causalidad jurídica o juicio de inferencia lógica imputable a cada una de las personas afectadas por la calificación.

9. COLAS ESCANDON, A. M.^a «Comentario al art. 172 LC», Coord. RODRIGO BERCOVITZ, en *Comentarios a la Ley Concursal*, (ob. cit.).— «En el caso de que, debido a la conducta presentada, el juez decida condenar a varios sujetos, entendemos que no serán de aplicación las normas de la solidaridad, sino las de la mancomunidad, puesto que no debemos olvidar que en nuestro ordenamiento el principio de solidaridad sólo es de aplicación cuando las partes así lo han pactado, o cuando lo disponga la Ley (arts. 1137 y 1138 Cc)». MAMBRILLA RIVERO, V: «Comentario al art. 172 LC», Dirs. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V: en *Comentarios a la Legislación Concursal*, (ob. cit.).— «La ausencia de previsión expresa al respecto por parte del legislador de la reforma, nos abocaría a la aplicación de las disposiciones generales de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de obligaciones, (...), artículo 1137 del Código civil). A favor de la aplicación de la regla de la mancomunidad se ha alegado, además, que los fundamentos de derecho que, en otras ocasiones, avalan la aplicación de la regla de la solidaridad, como por ejemplo los previstos en el art. 133 del TRLSA no se producen en el sector propio del Derecho concursal, motivo éste que, añadiéndose al anterior, vendría a justificar la exclusión de la regla de la solidaridad en este concreto supuesto. Si bien es cierto que una mejor defensa de los intereses de los acreedores tal vez requeriría la aplicación del principio de solidaridad, lo cierto es que el texto definitivo del apartado 3 del artículo 172 de la Ley no menciona expresamente la aplicación de la misma; de este modo, no habiéndose hecho eco nuestro legislador de esta pretensión doctrinal, parece improcedente su aplicación en contra de los principios generales de nuestra legislación positiva».

Además, tras la entrada en vigor del TRLC, la responsabilidad a la cobertura del déficit cuenta con un límite máximo, ajeno al posterior desarrollo del proceso liquidatorio, cual es la diferencia de valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal y la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores, conforme dispone el art. 456.2 TRLC. Esa diferencia de valor entre el activo y pasivo, siendo éste superior, es decir, existiendo déficit, opera como límite máximo de la responsabilidad.

2.4. PRINCIPIOS DE ROGACIÓN Y CONGRUENCIA / *IURA NOVIT CURIA*

En la actualidad no cabe duda de que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad que precisa petición de parte, rigiendo el principio procesal de rogación, por lo que no cabe la apreciación de oficio por el juzgador. Este criterio que aboga por la necesaria petición de parte, consagrado en la última jurisprudencia mercantil, se ha ido asentando inequívocamente en la medida en que dicha responsabilidad se ha causalizado, alejándose de los viejos postulados, anteriores a la reforma de 2014, que abogaban por el carácter sancionador, *ex lege*, de la misma.

Resulta ilustrativo hacer una breve mención a las dos posturas que se sostenían con anterioridad a la reforma de 2014, en orden a la aplicación de oficio o previa petición de parte de la responsabilidad concursal, dando lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial¹⁰: A) Aplicación estricta del principio dispositivo, y correlativo de congruencia, de modo que habrá que estar a la cuestión debatida y pretensiones de las partes, por lo que no cabe su aplicación de oficio por el Juzgador. B) Aplicación del principio *iura novit curia*, en cuya virtud, pese a no ser interesada dicha responsabilidad el juez puede apreciarla de oficio. Una de las primeras resoluciones judiciales que han abordado la materia, acertadamente a nuestro juicio, fue la SJMerc n.º 1 de Oviedo de fecha 2/06/2007, que abogaba decididamente en su Fundamento de Derecho Tercero, por la necesaria petición de parte como presupuesto de la condena: «(...), *por lo que basta la petición de parte (de ahí el término "podrá", pues si no existe ésta el juez no puede condenar)*...».

10. QUECEDO ARACIL, P. «Comentario al art. 172 LC», Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, (ob. cit.).— «En cualquier caso, conviene advertir que la imprecisión no cobija la posibilidad de actuación de oficio, y de condenar a los administradores que no hayan sido demandados por la Administración Concursal, ni por cualquiera de los personados en la pieza al amparo del art. 169 LC».

3. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DEL ART. 455.2.5.º TRLC

Por otra parte, entiendo que tras la reforma concursal dada por el RD-Ley 4/2014 y Ley 17/2014, la diferencia entre la responsabilidad indemnizatoria a que hace referencia el art. 455.2.5.º TRLC (antiguo art. 172.2.3.º LC), responsabilidad por los daños y perjuicios causados, y la responsabilidad concursal del art. 456 TRLC (antiguo art. 172 bis LC), radica en que aquélla exige la prueba de la relación causal con el perjuicio, en tanto que en ésta, la responsabilidad por el déficit concursal, requiere la prueba de *la medida* o contribución de la conducta con la generación o agravamiento de la insolvencia.

Ambas responsabilidades son perfectamente compatibles. Por otra parte, la responsabilidad por la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 455.2.5.º TRLC), desde el punto de vista del ámbito subjetivo, se aplica tanto a las personas afectadas por la calificación culpable como a los cómplices; y en orden a sus presupuestos, aparte de los propios de toda acción resarcitoria o indemnizatoria, se aplica tanto en el caso de que la solución concursal sea convenida, como en los supuestos de liquidación.

Como se ha sostenido y a mi juicio muy acertadamente¹¹, ambas responsabilidades se refieren a perjuicios diferentes. Uno directo, caso de la indemnización de daños y perjuicios; y el otro indirecto. Sin que ello tenga que suponer ninguna duplicidad de condenas, pues la determinación del déficit tiene en cuenta las eventuales y previas pérdidas de derechos, devolución de lo percibido e indemnización de daños y perjuicios.

4. DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS (ART. 367 LSC)

4.1. INTRODUCCIÓN

La reforma operada en el régimen de las responsabilidades de los administradores sociales tras la Ley 22/2003 Concursal, ha originado a juicio de la doctrina un importante desajuste entre ambos sistemas de responsabilidad, societario y concursal, necesitado de coordinación. Así, mientras que en el marco societario al tiempo de la entrada en vigor de la LC, se sancionaba a los administradores infractores —por no convocar junta disolutoria o, en su caso, solicitar el concurso, concurriendo causa legal al efecto— mediante una responsa-

11. Vid. SANCHO GARGALLO, Ignacio. «Comentario al Texto Refundido de la Ley concursal» (AAVV). *Comentario al art. 456 TRLC*. Ed Thomson-Reuters-Aranzadi, Tomo II, año 2021, pp. 539 y 540.



ARANZADI
DERECHO
MERCANTIL

La gran transformación de nuestro Derecho de la Insolvencia llegó con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, conocida como Ley Concursal (LC), posteriormente han sido numerosas las reformas legales existentes, y la necesidad de adaptación de nuestro Derecho de la insolvencia a la Directiva europea 2019/1023, ha culminado en la necesidad de unificar la normativa dispersa hasta entonces vigente en un Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y su reforma dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, dando lugar a la normativa actualmente vigente.

En la presente monografía se analiza pormenorizadamente este novedoso sistema de responsabilidad, desde su redacción originaria y sucesivas reformas legales, sus caracteres, presupuestos, naturaleza jurídica, con especial énfasis en el alcance objetivo de la responsabilidad; se concreta el concepto legal del déficit concursal, al tiempo que se lleva a cabo la determinación del alcance de la condena a la cobertura del déficit, la individualización de las conductas, en caso de pluralidad de condenados, y se delimitan los beneficiarios de la responsabilidad. El TRLR en su art. 456.2, implanta por primera vez en nuestro sistema, una definición legal de «déficit», originario o ex ante, apartándose del criterio jurisprudencial mantenido bajo la anterior normativa basado en el denominado déficit liquidatorio.

Finalmente, cabe destacar que este trabajo ha conformado la tesis doctoral del autor que, bajo la dirección del Catedrático de derecho mercantil D. Luis Manuel Piloñeta Alonso, ha merecido la máxima calificación por parte del Tribunal, el cual estaba compuesto por D. José Massaguer Fuentes (Presidente), Catedrático de derecho mercantil de la Universidad de Murcia; D. Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo; D. José María Muñoz Paredes, Catedrático de derecho mercantil de la Universidad de Oviedo; D.ª Ana María Orellana Cano, Magistrada de la Sala 4ª del Tribunal Supremo y D. Rafael Abril Manso (Secretario), Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Oviedo con sede en Gijón.

ISBN: 978-84-1085-737-7



ER-0280/2005



GA-2020/0100