



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2016/2017

Convocatoria de junio

Responsabilidad Concursal.

En particular, la responsabilidad de los socios.

[Insolvency Liability, especially of the partners]

Realizado por la alumna: Judit Mendoza Estévez

Tutorizado por la Profesora Dra. D^a Lourdes V. Melero Bosch

Departamento: Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Área de Derecho Mercantil

ABSTRACT

This work analyzes the insolvency liability as a result of the declaration of the insolvency as guilty, in particular the responsibility of the partners included by Law 17/2014 of September 30.

For this purpose, first establishes those occasions in which the insolvency must be declared as guilty, either by presumptions *iuris et de iure* or *iuris tantum* established in the law. It is also about the case of the responsible parties, as well as the way they respond, and the application in those procedures that were in process when the new regulations came into force.

Special mention is made of the liability of the partners, indicating the assumptions that may give rise to the imputation of responsibility, which will be due to the incidence of their behavior in the generation or aggravation of insolvency, letting you see the problem that has introduced this *iuris tantum* presumption.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la responsabilidad concursal a raíz de la declaración del concurso como culpable, en particular a la responsabilidad de los socios incluida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

Para ello, primeramente se establece aquellas ocasiones en las que ha de ser declarado el concurso como culpable, bien por presunciones *iuris et de iure* o *iuris tantum* establecidas en la ley. Así se trata igualmente quienes son los sujetos responsables, así como la forma en que estos responden, y la aplicación en aquellos procedimientos que se encontraban en trámite cuando entró en vigor la nueva normativa.

Se hace especial mención a la responsabilidad de los socios, estableciendo los supuestos de hecho que pueden dar lugar a la imputación de la responsabilidad, que será a raíz de la incidencia de su conducta en la generación o agravación de la insolvencia, dejando ver la problemática que ha introducido esta presunción *iuris tantum*.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO, EN GENERAL	6
III.	EFFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE CONCURSO COMO CULPABLE	8
IV.	RESPONSABILIDAD CONCURSAL	9
	a) Naturaleza jurídica	10
	b) Sujetos responsables.....	14
	c) Criterio configurador de la responsabilidad	15
	d) Cuantificación de la condena	18
	e) Aplicación a procedimientos en trámite	22
V.	EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS SOCIOS ..	25
	a) Trámite parlamentario del art. 172 bis LC	25
	b) Supuesto de hecho que da lugar a la imputación de responsabilidad: la negativa del socio.	28
VI.	CONCLUSIÓN.....	32
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	35

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento concursal, tal y como se configura en nuestro ordenamiento jurídico, es un mecanismo de ejecución universal que recae sobre los bienes de una persona, física o jurídica, que tiene una pluralidad de acreedores y cuyas obligaciones de pago no puede cumplir regularmente (o lo que es lo mismo, se encuentra en situación de insolvencia, tal y como se enuncia en el artículo 2.2 LC).

El procedimiento concursal tiene como finalidad ser una vía solutoria, en la que la comunidad de acreedores, clasificados en virtud de las disposiciones de la Ley Concursal, puedan satisfacer sus créditos, si bien podría haber una merma en la cantidad a percibir (las denominadas quitas) o una postergación en el pago de las mismas (esperas).

La ley dispone, a tal fin, una serie de instrumentos de protección de los créditos de la masa común de acreedores. Y será de uno de ellos de los que se tratará en este Trabajo de Fin de Grado, la responsabilidad concursal del artículo 172bis LC. A lo largo de este escrito se tratarán diversos asuntos relacionadas con el estudio de la misma, pues se ha convertido en una de las más importantes previsiones legislativas en orden a que los acreedores puedan ver satisfechos sus derechos.

Cuestiones como, su naturaleza jurídica analizada por la doctrina y la jurisprudencia (de manera no unitaria), los sujetos que pueden resultar responsables, la cuantificación de la condena, o la especial referencia a la responsabilidad concursal de los socios, son los puntos que se analizarán en este trabajo.

Por otro lado, cabe destacar que la regulación de la responsabilidad concursal ha sido necesaria para el adecuado resarcimiento de los acreedores. Por el impresionante crecimiento de los procedimientos concursales en los últimos años y la importancia de esta medida orientada a minimizar los efectos lesivos de las actuaciones de los administradores, el estudio de esta materia contribuye a un mejor entendimiento de la finalidad de la norma concursal en su conjunto, así como de las cuestiones concernientes a la responsabilidad concursal mencionadas.

II. SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO, EN GENERAL

Tras la declaración del concurso, en el supuesto de que tenga lugar la apertura de la fase de calificación –sección sexta- debe procederse de forma obligatoria a su calificación, que es una operación eventual destinada a sancionar civilmente aquellas conductas del concursado, de sus representantes legales, de sus apoderados generales, de sus administradores, o liquidadores, de sus socios, aunque gocen de responsabilidad limitada, e incluso de terceros que hubieran provocado o agravado el estado de insolvencia que determina la declaración del concurso.

Dicha calificación se lleva a cabo por el juez del concurso, que deberá ordenar de oficio su formación en la misma resolución por la que se apruebe el convenio especialmente gravoso, apruebe el plan de liquidación u ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias (artículo 167.1-I LC). Este procedimiento finalizará con la calificación del concurso de acreedores como fortuito o culpable, y en él podrá personarse y ser parte cualquier acreedor, concursal o de la masa, y en general, cualquier persona que acredite interés legítimo (artículo 168.1 LC)¹

Se impone a la administración concursal el deber de presentar al juez del concurso un informe sobre los hechos que considere relevantes para la calificación, donde figurará una propuesta de calificación, para cuyo cumplimiento dispone de un plazo de quince días a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera agotado el término legalmente señalado para la personación de interesados, como regula el artículo 169.1 LC.

Tras lo expuesto, la Ley Concursal establece en su artículo 164 cuando deberá calificarse el concurso como culpable, estableciendo dos sistemas de enjuiciamiento de conductas. En primer lugar, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave (164.1 LC). Son necesarios por tanto dos elementos: 1) elemento objetivo, que consiste en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor; 2) elemento subjetivo, que esa situación haya sido producida por dolo o culpa grave.

¹ STS N° 8/2015, de 3 de febrero de 2015.

En segundo lugar se establece un sistema de presunciones *iuris et de iure*, es decir, no admite prueba en contrario, calificándose el concurso como culpable de forma automática (164.2 LC).

El primero de estas presunciones la conforma el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad en el caso de que exista, en el que se incluyen expresamente la llevanza de la contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

La segunda presunción es la falsedad o inexactitud grave de cualquiera de los documentos que acompañen la solicitud de concurso o que se presenten durante la tramitación del procedimiento.

El tercer hecho se da cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

En cuarto lugar, cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

Seguidamente, también se impone la calificación del concurso como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Finalmente, se producirá el mismo efecto cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia

Por otro lado, el artículo 165 LC establece una serie de presunciones *iuris tantum*, que califican el concurso como culpable, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. ° Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
2. ° Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3. ° Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

También se presume culpable el concurso, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos (165.2 LC).

En la sección de calificación se sanciona igualmente a los cómplices. Tendrán dicha consideración las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable (ex artículo 166 LC).

III. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE CONCURSO COMO CULPABLE

La sentencia de calificación del concurso deberá albergar un contenido obligatorio, que se establece en el artículo 172 LC. Primeramente deberá calificar el concurso como culpable o fortuito, expresando en todo caso la causa o causas en que se fundamente dicha calificación.

En el supuesto de que sea calificado como culpable, contendrá, además la determinación de las personas afectadas por la calificación, y, en su caso, la de las declaradas cómplices. Como consecuencia, quedará recogida en la sentencia la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier

persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos, a pesar de ello, permite excepcionalmente que la sentencia de calificación autorice al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

La sentencia, como se mencionó anteriormente, deberá contener también una referencia sobre los cómplices. En ella, se señalará que acarreará la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Una vez señalado lo anterior, se podrá establecer de igual forma la responsabilidad concursal que en su caso corresponda, que será desarrollado en el siguiente apartado.

IV. RESPONSABILIDAD CONCURSAL

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, añade en el artículo 172 bis que *“cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit”*.

Posteriormente, tras las reformas operadas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, la responsabilidad ha sido ampliada también a los socios cuando «se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».²

² A pesar de que el artículo remita al artículo 165.4º, en la actual redacción pertenece el artículo 165.2 LC.

Esta redacción se encuentra a su vez relacionada con el artículo 48 ter, que faculta al juez desde la declaración judicial del concurso de la persona jurídica, a adoptar de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal la medida cautelar de embargo de bienes y derecho de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación la persona a la que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación.

Debe tenerse en cuenta que dicho artículo no contempla esta posibilidad para el supuesto de los socios, porque con la modificación introducida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, no reforma el artículo 48 ter.

a) Naturaleza jurídica

En relación con lo anteriormente expuesto, cabe cuestionar la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal, lo que ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial de gran calado que finalmente ha quedado resuelto tras la modificación ocurrida en la normativa concursal a través de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que señala como naturaleza jurídica la tesis resarcitoria.

Antes de esta reforma, se mantenían básicamente dos posiciones que resultaban enfrentadas y que se centraban en la exigencia o no de una relación de causalidad entre las conductas realizadas que hubieran determinado la calificación culpable y el déficit concursal, considerado como un daño indirecto a los acreedores. De esta manera, se defendía, por un lado, la consideración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad-sanción, de carácter punitivo o sancionador y, por otro, la consideración de aquélla como una responsabilidad por daños y perjuicios, de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria.³

³ Martínez Muñoz, M., «La responsabilidad concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario, 2016, p. 692.

En el caso de la tesis indemnizatoria, es necesario que, entre la conducta dolosa o culposa y el daño, es decir, la generación o agravación de la insolvencia o el pasivo concursal insatisfecho, se acredite que existe una relación de causalidad.⁴ En otras palabras, la simple inobservancia de determinadas obligaciones como el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, las inexactitudes graves en los documentos que deben acompañarse al concurso, la falta de formulación o del depósito de las cuentas anuales, o el incumplimiento del deber de colaboración, no determinan por sí mismo la responsabilidad patrimonial del administrador, hasta que se demuestre que dichos incumplimientos han impedido conocer con precisión las causas de la insolvencia.

Esta tesis ha sido la que ha seguido la Sección 15ª De la Audiencia Provincial de Barcelona⁵. En ella, se señala que el uso del verbo “*podrá*” en la redacción del artículo determina que la condena no es automática, dando la posibilidad al juez de condenar o no. Se llega así a la conclusión de que el único criterio de imputación es la incidencia que ha tenido la conducta del demandado en la generación o agravación de la insolvencia.

Por su parte, la tesis sancionadora considera que la responsabilidad «opera a modo de sanción civil de naturaleza esencialmente punitiva»⁶.

Esta tesis ha sido defendida principalmente por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, pues la misma señalaba en la sentencia de 5 de febrero de 2008: «la Sala considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la

⁴ Ribelles Arellano. J., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 22/2015, N.º 22, 1 de ene. de 2015, p.216.

⁵ Auto N.º 179/2010 de AP Barcelona, sección 15ª, 3 de noviembre de 2010.

⁶ Ribelles Arellano. J., op cit, p.216.

calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales»⁷.

La responsabilidad, según la Audiencia Provincial de Madrid, no es automática sino que está prevista para los casos más graves de concursos de personas jurídicas. Llegan a dicha conclusión por diferentes motivos:

- El art. 172.3.º LC, a diferencia de otros supuestos de responsabilidad patrimonial (art. 133), no exige que entre la conducta y el daño (la generación o agravación de la insolvencia) concorra un nexo de causalidad⁸.

- El propio art. 172 LC, en su apartado 2.3.º, ya contiene una previsión de responsabilidad resarcitoria tanto de las personas afectadas por la calificación como de los cómplices, exigible en todos los supuestos de concurso culpables⁹.

- No parece razonable, al entender de la Sala, que la responsabilidad concursal sea menos severa que el régimen legal de responsabilidad de los arts. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 262.5.º De la Ley Sociedades Anónimas¹⁰.

Frente a la existencia de estas dos tesis, debe ponerse de relieve la posición adoptada por el Tribunal Supremo, quien, en el año 2011, señaló la naturaleza de la responsabilidad concursal¹¹, descartando, en términos generales, que la responsabilidad tuviera naturaleza sancionadora, puesto que de la propia Ley se deduce que la responsabilidad «carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable (por haber contribuido con dolo o culpa grave), la generación o el agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada»¹²

Mas, es en las sentencias de 20 y 26 de abril de 2012 así como la STS de 21 de mayo de 2012 donde se establece un cambio de tendencia y el abandono definitivo de la tesis indemnizatoria puesto que en la misma se señala la exigencia de una «*justificación añadida*» para pronunciar la condena a la cobertura del déficit, y en su caso, identificar a

⁷ Sentencia N° 32/2008 de AP Madrid, sección 28ª, 5 de febrero de 2008.

⁸ Artículo derogado perteneciente a la redacción original Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya actual regulación se encuentra en el artículo 172 bis LC, tras la reforma 17/2014, de 30 de septiembre.

⁹ Artículo derogado perteneciente a la redacción original Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya actual regulación se encuentra en el artículo 172 bis LC, tras la reforma 17/2014, de 30 de septiembre.

¹⁰ Artículo derogado, actual regulación en la LSC.

¹¹ Sentencias de 23 de febrero de 2011 (numero 56), 12 de septiembre de 2011 (número 615).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de febrero de 2011.

los administradores y la parte de la deuda a la que aquella alcanza, fundada en la valoración de los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de los administradores en relación con la actuación que ha determinado la calificación del concurso como culpable.

Es la sentencia de 16 de julio de 2012 la que supone la culminación definitiva de la evolución del Tribunal Supremo y el total abandono de las tesis resarcitoria señalando que la responsabilidad del art. 172.3.º de la Ley Concursal «no se trata, en consecuencia, de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere; ostentar la condición de administrador o liquidador; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal»¹³.

No obstante, en la actualidad, la legislación concursal ha zanjado la polémica y ha consagrado una responsabilidad concursal de naturaleza resarcitoria al exigir la concurrencia de un nexo causal con la insolvencia. Concretamente, dicho requisito procede de la introducción de la expresión «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

En este sentido, y a la vista de que el debate se centraba en la posibilidad de exigir o no una relación de causalidad con la insolvencia, se ha procedido a reformar este extremo y a introducir expresamente tal requisito, a pesar de que la jurisprudencia última del Tribunal Supremo había optado por considerar la responsabilidad concursal como un régimen agravado de responsabilidad civil en el que no se venía a requerir el nexo causal con dicho estado patrimonial.

Como evidencia de ello, podemos citar la sentencia STS 772/2014, de 12 de enero de 2015, así como la reciente STS 203/2017, de 29 de marzo de 2017, que muestran claramente la naturaleza resarcitoria que tiene la responsabilidad concursal regulada en el artículo 172.bis de la Ley Concursal.

¹³ Del texto original, publicado el 10/07/2003, en vigor a partir del 01/09/2004.

b) Sujetos responsables

Como ya se expuso anteriormente, la Ley Concursal se encarga, en su artículo 172 bis, de señalar quienes son los sujetos responsables, estableciendo como tales a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios, siempre que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

Para conocer en qué casos resultarán dichos sujetos responsables, se estará a los supuestos de imputación de la responsabilidad concursal. En ese sentido, el artículo 172 bis de la Ley Concursal establece que serán responsables «los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

A su vez, el apartado segundo del artículo 165 LC señala que se presume *iuris tantum*, la existencia de dolo o culpa grave, cuando «se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la Disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que

tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior».

c) Criterio configurador de la responsabilidad

La imposición de que la conducta determinante de la calificación culpable genere o agrave, a su vez, la insolvencia refleja sus efectos no sólo en la naturaleza de la responsabilidad concursal, sino también en lo que respecta al ámbito objetivo de la misma, puesto que la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal habrá de ser impuesta en función de si el comportamiento que ha determinado el concurso culpable ha generado o agravado la insolvencia¹⁴.

De esta forma, para poder establecer la responsabilidad, el juez deberá atender a la gravedad de las conductas realizadas con dolo o culpa grave por las personas afectadas por la calificación en tanto hayan podido generar o agravar el estado de insolvencia.

Anteriormente a la reforma de la Ley Concursal, el juez tenía que basarse en la gravedad objetiva de las conductas realizadas, determinando así si dichas conductas habrían sido suficientes como para hacer que la persona jurídica concursada obtuviera una liquidación negativa. De esta forma, la gravedad de los hechos constituía el criterio que el juez debía tomar en consideración para establecer o no la responsabilidad concursal y fijar la cuantía a la que tendría que hacerse frente. Se individualizaba así el juicio valorativo en aquellos supuestos en los que hubiera varios sujetos responsables, se determinaba el alcance subjetivo y cuantitativo de la condena, y se establecía la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos en función de la participación en las causas que hubieran llevado a la calificación del concurso como culpable.¹⁵

En cualquier caso, Martínez Muñoz subraya la «extraordinaria dificultad que conlleva traducir a términos económicos el impacto que una determinada conducta realizada con dolo o culpa grave por las personas afectadas por la calificación puede llegar a tener en la generación o agravación de la insolvencia. Ya no se trata de que una concreta

¹⁴ Martínez Muñoz, M., «La responsabilidad concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario, 2016, p. 690.

¹⁵ Martínez Muñoz, M op cit, p. 690.

acción u omisión sea objetivamente grave como para hacer que un concurso desemboque en liquidación y se califique culpable, sino que el juez habrá de examinar la capacidad generadora o agravadora que esa acción u omisión tiene respecto del estado de insolvencia»¹⁶. Y será precisamente esa gran dificultad que presenta esta norma jurídica la que dificulte su aplicación puesto que difícilmente podrá justificarse que la concurrencia de alguno de estos hechos puede tener influencia sobre la generación o agravación de dicha situación, lo que conducirá a que el juez no pueda aplicarla *de facto*.

El Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, y la posterior Ley 17/2014, de 30 de septiembre, reforma la norma de responsabilidad concursal para así orientar la posibilidad del juez de condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia» (art. 172 bis).

El Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación de esta redacción en el Fundamento de Derecho cuarto de la STS N° 772/2014 de 12 de enero, de 2015, bajo el epígrafe de «Trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo», pese a no ser aún aplicable al caso que resuelve. En él, establece que el carácter no sancionador de la norma impide la aplicación del principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables.

Asimismo, en relación con el surgimiento de la responsabilidad concursal, la no exigencia de «otro enlace causal distinto del que resulta *ex lege* de la calificación del concurso como culpable (arts.164 y 165 LC) y la imputación de las conductas determinantes de la calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada», calificada por el Tribunal como «jurisprudencia razonablemente uniforme», lo que no entraña un «régimen automático de responsabilidad»¹⁷.

A este respecto, se puede señalar que la valoración de la relevancia que la conducta de los socios ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, a la que atiende la modificación normativa, es un criterio que el Tribunal Supremo apreciará en los casos concretos que se presenten ante él, a fin de valorar la gravedad

¹⁶ Martínez Muñoz, M., op cit p.691.

¹⁷ STS N° 772/2014, de 12 de enero de 2015.

de la conducta. Esto se puede apreciar en la ya citada STS N° 772/2014, De 12 de enero de 2015, en la cual, el supuesto versa sobre un incumplimiento de la obligación de solicitud de la declaración de concurso, que se puede encuadrar en un «tipo de daño» regulado en el artículo 164.1 LC, por ello, el Tribunal Supremo entiende que la propia calificación del concurso como culpable exige que la conducta sea relevante en la generación o agravamiento de la insolvencia, aunque ésta se presuma *iuris tantum*, al igual que el dolo.

De ahí que los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de los sujetos responsables sea la forma de imputación que el Juez deba tener en consideración para señalar la responsabilidad por el déficit generado, puesto que al relacionarse con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable, parece razonable que atiendan al alcance de tal incidencia en la insolvencia.

Igualmente, se aprecia la unión de la jurisprudencia del TS desarrollada en torno a los supuestos subsumibles como un «tipo de daños», con la modificación normativa operada por el RDL 4/2014. Dicha modificación confirma, como criterio rector, la incidencia que la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable haya tenido en la generación o agravamiento de la insolvencia. Incidencia que se tendrá en cuenta «aunque no se logre trazar la prueba estricta del nexo causal entre tal conducta y la agravación de la insolvencia o su cuantía, que se desplaza a los afectados por la calificación»¹⁸.

La misma sentencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de enero, fundamento de Derecho número 7, interpretando la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo: «Por ello, no es la gravedad de las conductas lo relevante a la hora de establecer el alcance de la condena sino su trascendencia». Y continúa, afirmando que lo correcto es «partir de la imputación de la totalidad del déficit concursal, sin perjuicio de poder moderar la responsabilidad en función de la incidencia causal de otros nexos que resulten de la actividad probatoria desarrollada en el proceso o bien que simplemente resulten conocidos».

La motivación que llevó a la introducción de la responsabilidad «en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado

¹⁸ SAP, de Barcelona, 5 de enero de 2015 (JUR, 2015, 11395). Fundamento de Derecho núm. 7. 30.

la insolvencia»¹⁹ la encontramos en la interpretación de la modificación normativa conforme a los supuestos calificados como «tipos de mera actividad» de concurso culpable, regulados en el artículo 164.2.1.LC, los cuales se basan en un comportamiento que no requiere un resultado, ni el establecimiento de un nexo causal entre ambos.

Ello genera una falta de concreción así como de inseguridad jurídica, por lo que el TS cita algunos criterios de valoración en la STS nº 501/2012, de 16 de julio de 2012. En dicha sentencia se explicita la necesidad de apreciar el grado de participación del condenado en los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable, en calidad de elemento subjetivo del comportamiento del actor, y la gravedad objetiva de la conducta, como elemento objetivo, con expresa abstracción, a tal efecto, de su incidencia en el agravamiento o generación de la insolvencia. Dicha motivación es la que llevó a la reforma normativa para reorientar, a fin de referir, también en estos supuestos, la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado al insolvencia»²⁰.

Finalmente, debemos señalar que la STS 343/2015, de 5 de junio de 2015, valora como elementos objetivos del comportamiento, no sólo la relevancia de tales irregularidades atendiendo a su gravedad objetiva, sino que también toma en cuenta el resultado que produjeron.

Como vemos, el Tribunal deberá basarse en la gravedad de las conductas atendiendo a su incidencia en la generación o agravamiento de la insolvencia.

d) Cuantificación de la condena

Para la determinación del importe de la condena se han dado una multiplicidad de fórmulas utilizadas por el legislador para definir este régimen de responsabilidad, lo que ha generado dificultad a la hora de determinarla.

Para solventar estas dificultades se ha acudido a distintos criterios, entre los que ha tenido especial acogida el de la utilización de porcentajes del déficit para fijar el importe de la condena, donde se aplicará en función de la gravedad objetiva de la conducta

¹⁹ Artículo 172 bis, LC.

²⁰ Artículo 172 bis LC.

determinante de la calificación de culpabilidad del concurso, no en función de la incidencia de esa conducta en la generación o agravación de la insolvencia. La utilización de este sistema es tal que se llegó incluso a la creación de un catálogo por parte de ciertos órganos judiciales, como por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.

La aplicación de este catálogo se daría en los supuestos de imposibilidad para determinar la influencia de la conducta del deudor en la generación o agravación de la insolvencia, fundando así un criterio subsidiario, donde se tiene en cuenta la forma concreta de la gravedad de la conducta en orden a modular el importe de la condena.

Este método forma tres grupos donde se clasifican las conductas existentes en los artículos 164 y 165, teniendo en cuenta la gravedad abstracta.

Un ejemplo de este método lo encontramos en la Sentencia Nº 130/2007, del JM nº 1 Oviedo, de 2 de junio de 2007, que establece:

«1º. En un primer grupo se situarían aquellas conductas de gravedad extrema, como la llevanza de doble contabilidad, la inexactitud grave o la falsedad en la documental aportada al concurso, el alzamiento de bienes, los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes o los actos de simulación. En estos supuestos [...] la condena debería fijarse entre un 75% y un 100% del desbalance patrimonial, incluidos los créditos contra la masa.

2º. En un segundo grupo situaría el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, la irregularidad relevante contable, la apertura de liquidación por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado y los supuestos relativos a las cuentas anuales del 165.3º. En estas hipótesis el porcentaje de condena oscilaría entre un 30 y un 75%;

3º. En un último grupo quedarían situadas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el incumplimiento del deber de colaboración e información y la falta de asistencia a la Junta de acreedores, supuestos en los que la condena no debería superar el 30%».

Por otro lado, en los supuestos donde no existiera dicho catálogo, se ha utilizado el expediente de los porcentajes, si bien aplicando soluciones ajustadas a las circunstancias del caso, dentro del amplio margen de discrecionalidad concedido por la norma.²¹

²¹ García Villarrubia, M, «Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 bis», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 48. 2017.

Sin embargo, posteriormente a la reforma introducida en el artículo 172 bis. LC, se ha cuestionado la continuación de la utilización de la forma basada en la utilización de porcentajes del déficit para fijar el importe de la condena en función de la gravedad. Primeramente, podría considerarse que no es posible dicha aplicación de las tablas establecida, puesto que conferiría al juez un amplio margen de discrecionalidad en orden a determinar el importe de la condena, sin que fuese necesario establecer una relación precisa y concreta entre el importe y la conducta más allá de la “justificación añadida” reclamada por el Tribunal Supremo y que en la práctica se traducía en la necesaria consideración de la gravedad objetiva de la conducta y la participación en su realización de las personas afectadas por la sentencia de calificación.

Sin embargo, lo cierto es que, con el inciso introducido en el artículo 172 bis. LC, se entiende que ese margen de discrecionalidad se elimina, porque el importe de la responsabilidad ha de fijarse «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia». Por lo tanto, para poder imponer responsabilidad y para fijar el importe de la condena, es necesario atender a la relación existente entre la conducta determinante de la calificación de culpabilidad y la generación o agravación de la situación de insolvencia que sea directamente atribuible a esa conducta.²²

En la práctica, se viene imponiendo el criterio de que la fórmula de los porcentajes no podrá ser utilizada bajo la dicción actual del artículo 172 bis.1 LC, como ha expresado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en su Sentencia de 29 de julio de 2016 «se impone ligar causalmente la condena y su cuantía a la conducta determinante de la calificación culpable... la condena no puede consistir, como se solicita por la administración concursal, en un porcentaje del déficit a la fecha de cierre de los textos definitivos, incrementado con los créditos contra la masa. Tal forma de cuantificación, plenamente válida con la versión previgente del art. 172 bis, no resulta hoy adecuada».

De hecho, en las resoluciones, que de momento son escasas por la reciente introducción de la Ley, en las que se ha aplicado el actualmente vigente artículo 172 bis.1 LC verifica el abandono del sistema de fijación de la condena según porcentajes, ejemplo

²² García Villarrubia, M, «Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 bis», op cit.

de ellos son las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 14 de julio de 2016 y del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 18 de abril de 2016.

La motivación se encuentra ahora en la relación causal entre la conducta y la generación o agravación de la insolvencia y el importe de la condena se hace coincidir con el daño causado. Este importe se corresponderá normalmente con la diferencia entre la insolvencia efectivamente existente y la que se habría producido si el sujeto afectado por la calificación no hubiera llevado a cabo la actuación que determinó la calificación culpable del concurso y que, de esta forma, contribuyó a generar o a agravar tal estado de insolvencia.²³

A pesar de no poder aplicar el sistema anterior de tablas, podría acudirse a la fórmula de porcentajes para fijar el importe de la condena en atención precisamente a la mayor o menor incidencia de ese comportamiento en la generación o agravación de la situación de insolvencia, en relación con otras posibles causas o factores adicionales que puedan haber incidido en esa situación, como lo hace la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 21 de mayo de 2015. Dicha posibilidad de utilizar los porcentajes parece ser la adoptada en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 298/2012 de 21 de mayo de 2012 al afirmar que la medida en que deba responder el sujeto afectado, «ordinariamente se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal: si es responsable totalmente de la generación de la insolvencia, será condenado a pagar todo el déficit; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia».

A raíz de ello, se puede considerar que cabe la posibilidad de utilización de la fórmula de los porcentajes no ligada a la gravedad objetiva de la conducta, sino a la incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia, y también podrá ser utilizada para individualizar la cantidad que deba satisfacer cada uno de los condenados, puesto que se trata de distribuir el importe de la condena entre los distintos sujetos afectados por la sentencia de calificación en función de su participación en los hechos que determinen la calificación del concurso.

²³ García Villarrubia, M, «Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 bis», op cit.

Finalmente, no puede olvidarse, como se dijo anteriormente, que la determinación del déficit constituye una labor costosa y extensa, por lo que no es infrecuente que la sentencia de calificación se dicte sin que se haya realizado todavía la fijación exacta del déficit. Por ello, podría ser oportuna para estos casos la fórmula de fijación de la condena según un porcentaje del déficit.

e) Aplicación a procedimientos en trámite

El Real Decreto Ley no contiene ninguna previsión sobre régimen transitorio, a excepción de su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por ello, para determinar su aplicación a los procedimientos en trámite, deberemos acudir a la doctrina del Tribunal Supremo con el fin de aclarar esta cuestión.

En primer lugar, la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 29 de octubre de 1990 razona en su sexto fundamento «que las disposiciones aclaratorias e interpretativas no son derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado, y si tal se predica de la norma escrita, con mayor razón ha de predicarse de la labor interpretadora que compete al Tribunal Supremo».

La Sala 1.ª, en la Sentencia de 9 de abril de 1992 (Recurso 287/1990), argumenta en su fundamento segundo que «según doctrina de esta Sala, las disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes o que suplan sus lagunas, al no ser derecho nuevo sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado, son retroactivas, como excepción impropia a la regla general de irretroactividad».

Todo ello está corroborado por la sentencia de la Sección 15.ª de 9 de julio de 2014 (ROJ 8223/2014), la cual, admite la aplicación del criterio expuesto a los procedimientos en trámite. Dicha la sentencia dice lo siguiente:

«La norma fija como criterio de imputación la incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia. Se trata de una disposición aclaratoria o interpretativa. No es derecho nuevo, propiamente dicho, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado. Y según doctrina del Tribunal Supremo (SSTS

de 29 de octubre de 1990, 6 de marzo de 1992 o 9 de abril de 1992), las leyes que explicitan la voluntad del Legislador con carácter aclaratorio o interpretativo, o supliendo lagunas legales, son retroactivas, en el sentido de ser de aplicación inmediata.

En consecuencia, ha de entenderse que el criterio de imputación no puede ser otro que la incidencia de la conducta que ha determinado la culpabilidad del concurso en la generación o agravación de la insolvencia, criterio que este Tribunal, como hemos expuesto, ha venido considerando para graduar y cuantificar el alcance de la condena».

Para completar lo ya expuesto, hay que añadir que la STS N° 772/2014, de 12 de enero de 2015 cuenta con un voto particular concurrente con arreglo al cual con la reforma «no existe duda de que la reseñada responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta o conductas tuvieron sobre la generación o la agravación de la insolvencia. De tal forma que la reforma viene a explicitar lo que estaba implícito, y por ello a ilustrar cómo debía ser interpretada aquella normativa anterior, y sin que con ello se pretenda una aplicación retroactiva del nuevo precepto».

Este mismo planteamiento se advierte en otras resoluciones judiciales posteriores a la del Tribunal Supremo, como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 11 de Barcelona de 4 de enero de 2016 o la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2015, que recoge toda una declaración de intenciones: «creemos que esa reforma no introduce realmente un cambio significativo en la norma hasta entonces vigente sino que ostenta carácter interpretativo, de forma que su aplicación a situaciones anteriores nos parece indudable. Así lo hemos venido entendiendo en diversas resoluciones desde la entrada en vigor de la norma y ello nos ha llevado a aplicarla a las situaciones jurídicas nacidas antes de su entrada en vigor. Es más, no creemos que esa norma haya comportado siquiera cambio alguno significativo sobre la forma en la que esta Sala había venido entendiendo el artículo 172 bis antes de su entrada en vigor sino que ha venido a reforzar la interpretación que veníamos haciendo».

En contraposición a lo expuesto, encontramos la tesis mayoritaria que señala que no se trata de «normas interpretativas o aclaratorias». En ese ámbito, la STS N° 203/2017, de 29 de marzo de 2017 deja claro que no puede considerarse que la reforma legal tenga la retroactividad que esta Sala ha atribuido a lo que ha denominado como «normas interpretativas o aclaratorias» señalando que:

«El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador, y que había sido encuadrada en alguna de las sentencias de esta Sala entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores»²⁴.

Igualmente, señala la misma sentencia que «Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme, la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica y, en determinadas circunstancias, a los socios, de la cobertura total o parcial del déficit concursal “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”». Es decir, la nueva redacción no ha de ser interpretada como una explicación de la redacción anterior, sino que se trata de una modificación de la ley precedente, donde se introduce una nueva forma de responsabilidad concursal.

Como se ha indicado anteriormente, este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no

²⁴ STS N° 203/2017, de 29 de marzo de 2017.

de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva.

V. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS SOCIOS

a) Trámite parlamentario del art. 172 bis LC

La inclusión del socio como responsable concursal viene dada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo de 2014, puesto que da una nueva redacción al artículo 172 bis, optando por la tesis resarcitoria. Dicha redacción será posteriormente corroborada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

En la iniciativa presentada ante el Congreso de los Diputados se establece el fin de esta inclusión, que es conseguir «el máximo respeto a las legítimas expectativas de los acreedores, [...] Se trata en definitiva de favorecer también para ellos que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada (en términos de capacidad de pago del deudor) se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera. Se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital»²⁵.

Aclarada esta motivación, el Proyecto de Ley propone una nueva redacción del articulado que recoge la responsabilidad de los socios en los siguientes términos: «Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura

²⁵ Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo).

de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, 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»²⁶.

De las 112 enmiendas presentadas por el Senado ante el Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo), únicamente tres fueron hechas en el sentido del artículo de responsabilidad concursal.

La primera enmienda corresponde a la número 58, presentada por el Grupo Parlamentario *Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC)*, al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado. Concretamente se formula la enmienda de modificación del Artículo único, apartado Veintiuno que modifica el apartado 1 del artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Y, para ello, se propone la siguiente redacción del apartado 1 del artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, 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»²⁷.

²⁶ Artículo 172 bis LC.

²⁷ http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_392_2655.PDF

Esta enmienda, por lo tanto, tiene como objetivo eliminar la responsabilidad de los socios. Para ello, presenta como justificación la coherencia con las enmiendas anteriores.

La segunda enmienda presentada es la número 106, la cual fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS), que modifica el número 1.º del apartado 2 del artículo 172 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siendo una supresión, destacándose la inseguridad que puede generar la delimitación de «socios que se hubiesen negado a la capitalización» por la muy diversa composición del capital en cada caso.²⁸

En cuanto a la tercera enmienda, la número 107, igualmente presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS), es una enmienda de modificación del apartado 1 del artículo 172 bis, proponiéndose esta redacción: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, 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». En este caso, igual que ocurría en la primera enmienda, se presenta como motivación para la eliminación de la responsabilidad de los socios la coherencia con las enmiendas anteriores.

Finalmente, tras todo el trámite parlamentario, se aprueba la nueva redacción del artículo 172 bis, quedando redactado en los siguientes términos: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la

²⁸ http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_392_2655.PDF

capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, 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».

En resumen, el nuevo proyecto de ley integra como responsable, además de todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, a los socios, quienes tendrán responsabilidad concursal en determinadas ocasiones, tal como se expondrá más adelante. Esta inclusión de los socios pretende atender al mejor cumplimiento de la función última atribuida a la norma, esto es, la protección de los intereses de los acreedores sociales.

b) Supuesto de hecho que da lugar a la imputación de responsabilidad: la negativa del socio.

Debe tenerse en cuenta que, tras la Reforma, han surgido algunos problemas de interpretación relativos a la responsabilidad de los socios, ya que se cuestiona si cabe hablar de incidencia de su conducta en la generación o agravación de la insolvencia.

El artículo 172.bis LC señala como posibles responsables a «...los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165»²⁹.

Este artículo incorpora una presunción de culpabilidad referente al comportamiento de los socios y los administradores en relación con la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, señalando que «el concurso se presume

²⁹ El artículo 165.4º ha sido modificado, correspondiendo en la actualidad al artículo 165.2 LC

culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos». ³⁰

Como ya se señaló anteriormente, la exigencia de responsabilidad concursal a esos socios podrá ser total o parcial del déficit, y se impondrá sólo «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

La incorporación de esta presunción *iuris tantum* de culpabilidad ha dado lugar a numerosas críticas, tanto por su propia inclusión como por su formulación legal.

Una de ellas es la que expresa que la negativa a ampliar el capital, más que generar o agravar la insolvencia, implica obstaculizar la superación de esa situación previa de insolvencia. Por ello se podría considerar que la responsabilidad concursal de los socios no nace únicamente al no apoyar el acuerdo de ampliación, sino que es necesario que la frustración del acuerdo de refinanciación agrave la situación de insolvencia previa³¹. Por lo tanto no parece que se pueda condenar al socio a pagar el crédito no compensado o por el importe de los valores que no se han emitido.

Por otro lado, existe la cuestión acerca de cuáles son los casos en los que un socio puede «razonablemente» o con «causa razonable» negarse a la capitalización de sus créditos, de forma que su comportamiento no pueda integrarse la presunción de responsabilidad.

Para solventar dicha cuestión, puede atenderse a que el comportamiento que integra la presunción aparece definido, como se ha visto, por la negativa del socio, sin causa razonable, a «la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles». Se entiende que dicha negativa puede consistir en una conducta activa (voto

³⁰ Artículo 165.2 LC

³¹ Ribelles Arellano, J., op cit, p.220.

contrario en Junta a la capitalización) u omisiva (por ejemplo, ausencia del socio mayoritario que impide la constitución de la Junta)³².

Además de lo anterior, en el artículo 165.2 se muestra la exigencia de que esa negativa haya «frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos».

De este modo, dentro de esa presunción, se establece a su vez otra presunción, que también admite prueba en contrario: se entenderá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4 LC. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos³³.

Con todo ello se puede establecer ciertas consideraciones: primeramente, aunque la negativa no haya sido por causa razonable, no habrá lugar a la calificación de culpabilidad si esa negativa no ha sido decisiva para la frustración de la consecución de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos. Igualmente, tampoco se aplicará esta presunción si se está dentro de un procedimiento concursal y los socios obstaculizan o impiden la capitalización de deuda en sede de convenio, ya que esta presunción, única que contiene un comportamiento de los socios relevante a efectos de calificación, se refiere exclusivamente a la incidencia de la negativa a la capitalización en la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos³⁴.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que se considere que se establece una relación directa entre la existencia de causa razonable para la capitalización y el carácter irrazonable de la negativa del socio. Dicho de otra forma: si hay causa razonable para la capitalización –parece querer decir el legislador-, la negativa del socio es irrazonable y puede integrar la presunción si se da el resto de presupuestos y nada se prueba en contrario. Si eso es así, la determinación de los supuestos en que el socio se puede negar con causa

³² García-Villarrubia, M, «¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio?», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 37, 2016

³³ Artículo 165.2 LC

³⁴ García-Villarrubia, M, *op. cit.*

razonable a la capitalización pasará por establecer en qué casos la capitalización es irrazonable. La cuestión, sin embargo, se revela más compleja. Puede ser en exceso reduccionista entender que el socio sólo podrá negarse a la capitalización si ésta no obedece a causa razonable, ya que ello equivaldría a decir que si obedece a causa razonable el socio está obligado a votar a favor de la capitalización. En los casos en que se ponga en juego si la capitalización obedece o no a causa razonable. Si no existe informe de experto independiente, no se dará la presunción de existencia de causa razonable en la capitalización propuesta y, por tanto, ese extremo habrá de ser objeto de prueba en la sección de calificación, correspondiendo la carga de la prueba en este caso a la administración concursal y al Ministerio Fiscal³⁵.

En cualquier caso, parece lógico entender que la exigencia de un sacrificio desproporcionado (que sería causa de impugnación del acuerdo homologado judicialmente) puede también, en un estado previo (frustración del acuerdo por la negativa del socio), servir de parámetro de valoración de la conducta de ese socio a los efectos de la presunción de culpabilidad del artículo 165.2 LC. Y en tal caso entrarían en juego todas las opiniones formuladas por práctica judicial y doctrina a los efectos de determinar qué se ha de entender por sacrificio desproporcionado. En particular, entre los elementos que se deben valorar, está la posible existencia de una manifiesta desproporción (injustificada y/o discriminatoria) entre las medidas incluidas en el acuerdo de refinanciación y el sacrificio impuesto, en este caso, a los socios.

En segundo lugar, se cuestiona si afecta al socio la sanción de inhabilitación. En la medida que es persona afectada por la calificación y no cómplice, podría ser sancionado. Sin embargo, no parece que esa interpretación literal de la norma sea compatible con su finalidad, que es sancionar la mala gestión y evitar que el administrador negligente continúe gestionando o representando sociedades.

En tercer lugar, surge la problemática respecto a si los socios pierden sus derechos como acreedores concursales o contra la masa. Aquí se han adoptado varias posiciones, entendiendo una parte de la doctrina que, de acuerdo con el artículo 172 bis LC, sí que perderían sus derechos como acreedores concursales, puesto que la declaración de

³⁵ García-Villarrubia, M, *op. cit.*

responsabilidad conlleva dicha pérdida. Por otro lado, otra parte de la doctrina entiende que dicha pérdida podría considerarse desproporcionada³⁶.

La autora Martorell Zulueta ha criticado la aplicación de «la negativa sin causa razonable a la capitalización» como criterio a seguir, puesto que «el precepto dará lugar a problemas de valoración al tiempo de dictarse la Sentencia de calificación en lo que se refiere a la apreciación de la responsabilidad concursal de los socios sustentada en la calificación de la causa de la negativa como razonable o no»³⁷. Como señala esta autora, la mayoría de las opiniones técnicas no pueden operar de forma automática para apreciar la responsabilidad y la condena a la cobertura de la deuda, sino que se debe hacer uso de la casuística, buscando en cada caso concreto la responsabilidad real que ha tenido la negativa a la capitalización en la medida en que esta haya sido razonable o no.

VI. CONCLUSIÓN

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal introdujo la responsabilidad concursal, lo que supuso una novedad legislativa de gran importancia ya que está orientada a proteger los intereses de los acreedores insatisfechos en los casos donde la situación de concurso se debe total o parcialmente a una administración deficiente. Posteriormente, con la reforma introducida mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se ampliará el alcance de la responsabilidad ya que se introduce, en el artículo 172 bis, la posibilidad de señalar, además de a los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, al socio como responsable concursal.

De esta forma, desde que se declara el concurso de acreedores, se debe atender a los artículos 164 y 165 LC donde se enumeran los supuestos en los que se podrá calificar un concurso como culpable estableciendo presunciones *iuris et de iure* e *iuris tantum*, respectivamente.

³⁶ Ribelles Arellano, J., op cit, p.221.

³⁷ Martorell Zulueta, P., «Responsabilidad concursal de los administradores sociales», *El Procedimiento Concursal en toda su dimensión*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, Madrid, pp. 269-277.

A continuación, tras la declaración del concurso como culpable, se deberá identificar la responsabilidad concursal. En este sentido, hay que señalar que el fin mismo de esta identificación reside en determinar quién es responsable de la situación de insolvencia que ha llevado a la declaración del concurso, es decir, quién responde de la situación creada que afecta a los acreedores.

Desde el momento en que se determina la concurrencia de un nexo causal con la insolvencia, la naturaleza jurídica que tiene la figura de la responsabilidad concursal será resarcitoria, estableciéndose la responsabilidad en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Este hecho, bajo mi punto de vista, es lógico ya que lo que se busca, como ya se mencionó, es resarcir a los acreedores que han quedado en situación desfavorecida por la actuación de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, además del socio.

En lo relativo a la cuantificación de la condena, se debe señalar que antes de la Reforma existía un margen de discrecionalidad, hasta el punto de que algunos órganos judiciales tenían establecido un catálogo o relación de porcentajes aplicables en función del tipo de conducta determinante de la calificación de culpabilidad. Pero dicha fórmula ha sido eliminada a raíz de la nueva redacción de la Ley Concursal. Teniendo en cuenta que no todos los supuestos son iguales y que no podrá ser igual su condena por responsabilidad, considero que el abandono de ese sistema discrecional es totalmente lógico, puesto que no se puede establecer la responsabilidad concursal a partir de un sistema de tablas. Por esta razón, se debe hacer un análisis individualizado de la participación de cada una de las personas afectadas por la calificación y graduar la condena atendiendo a la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso como culpable.

Finalmente, con la reforma establecida en la Ley 17/2014, se incluye al socio como responsable concursal, lo que considero un notable avance legislativo en materia de protección de acreedores y, por ende, una mayor seguridad jurídica en los supuestos de responsabilidad concursal.

En definitiva, como se señaló anteriormente, con la inclusión de los socios en la responsabilidad concursal se pretende atender al mejor cumplimiento de la función última atribuida a la norma, esto es, a la protección de los intereses de los acreedores sociales. Sin embargo, ello no implica el desatender *iuris tantum* la posición del socio ya que se debe demostrar que no hubo causa razonable en la negativa de este para la capitalización de créditos o la emisión de valores o instrumentos convertibles. Considero que todo ello demuestra cómo la ley va progresivamente salvaguardando la posición de las diferentes partes perjudicadas en los supuestos de responsabilidad concursal y muestra la importancia que tiene en el Derecho Mercantil, en general, y en el Derecho Concursal, en particular.

VII. BIBLIOGRAFÍA

GARCIA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la ley concursal operada por el rd-ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de derecho-ley», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº30, 2014-II, pp.79-127.

GARCÍA VILLARRUBIA, M, «Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 bis», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 48. 2017. Consultado el 7 de mayo de 2017 en: <http://www.uria.com/fr/publicaciones/articulosjuridicos.html?id=5176&pub=Publicacion&tipo>

GARCÍA VILLARRUBIA, M, « ¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio?», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 37, 2016. Consultado el 3 de mayo de 2017 en: <http://www.uria.com/es/abogados/MGV?iniciales=MGV&seccion=publicaciones&id=4837&pub=Publicacion>

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., «La responsabilidad concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario, 2016, pp. 667- 705.

MARTORELL ZULUETA, P., «Responsabilidad concursal de los administradores sociales», *El Procedimiento Concursal en toda su dimensión*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, pp. 269-277.

NEBOT SEGUÍ, R., «Nuevas reformas de la ley concursal», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 611-626.

RIBELLES ARELLANO, J. M., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. ° 22/2015, N° 22, 1 de enero de 2015, pp. 215-221.

VIÑUELAS SANZ, M., «Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n°. 24, 2016, pp.307-320.