

# LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT CONCURSAL

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 597/2018, CIVIL, DE 31 DE OCTUBRE (ROJ: STS 3679/2018)

**Ana Belén Campuzano Laguillo**

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad San Pablo CEU

## RESUMEN

La cuestión que aborda la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 es la relativa al alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal, en el supuesto, planteada a los miembros del consejo rector de una cooperativa. En este contexto, se analiza la condena a la cobertura del déficit concursal prevista en nuestra legislación de insolvencia, desde la perspectiva de las modificaciones legales introducidas en la misma y su interpretación.

**PALABRAS CLAVE:** Condena a la cobertura del déficit concursal, legislación de insolvencia.

**Cómo citar este artículo/How to cite this article:** CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: "La condena a la cobertura del déficit concursal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, Civil, de 31 de octubre (Roj: STS 3679/2018)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 403-422. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17461.

## THE SENTENCE FOR THE COVERAGE OF THE INSOLVENCY DEFICIT

**Commentary to the Supreme Court Judgment 597/2018, Civil, of October 31 (Roj: STS 3679/2018)**

## ABSTRACT

The issue proposed by the Supreme Court Judgment of October 31, 2018, is the scope of the sentence for the coverage of the insolvency deficit, in the case, raised to the members of the governing council of a cooperative. In this context, the sentence of the insolvency deficit coverage provided for in our insolvency legislation is analyzed, from the perspective of the legal modifications introduced in it and its interpretation.

**KEYWORDS:** Sentence for the coverage of the insolvency deficit, insolvency legislation.

## SUMARIO

I. Planteamiento de la cuestión. II. El supuesto de hecho. III. Comentario. 1. La evolución del régimen jurídico de condena a la cobertura del déficit concursal. 2. La naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal. 3. La condena a la cobertura del déficit en el texto refundido de la Ley Concursal. Bibliografía.

### I. Planteamiento de la cuestión

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 es la relativa a la condena, a los miembros del consejo rector de una cooperativa, al pago del déficit concursal. Por la fecha de los hechos el Tribunal Supremo aplica el artículo 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su redacción originaria -precepto que ha sido modificado con posterioridad- y el artículo 47 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha -norma que ha sido derogada por la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha-.

En la actualidad, la condena a la cobertura del déficit concursal se regula en el artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, a partir del 1 de septiembre de 2020, en el artículo 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (cobertura del déficit concursal que el texto refundido también contempla expresamente en el art. 702 para el supuesto de concurso consecutivo). Por su parte, la actual Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha mantiene sus previsiones normativas respecto a la responsabilidad de los consejeros y, además, declara expresamente la aplicación a las cooperativas de la legislación concursal (art. 120). En este contexto legislativo, la cuestión central que se plantea es la relativa al alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal prevista en nuestra legislación de insolvencia.

### II. El supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial que

declaraba culpable el concurso de una sociedad cooperativa, revocando la calificación de concurso fortuito que había determinado el juzgado de instancia.

En síntesis, los antecedentes de hecho parten de la presentación de escrito de alegaciones, por parte de una sociedad anónima, solicitando la calificación culpable del concurso de la sociedad cooperativa, así como la condena a los miembros integrantes de su consejo rector a la cobertura del déficit concursal. El informe de la administración concursal propuso la calificación del concurso como culpable por el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, solicitó la inhabilitación de las personas afectadas por el concurso y concluyó que no cabía apreciar la existencia de daños y perjuicios por las anteriores irregularidades cometidas. El Ministerio Fiscal se adhirió a la propuesta de la administración concursal.

El juzgado de primera instancia desestimó la solicitud de declaración de calificación culpable del concurso, calificándolo como fortuito. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad anónima demandante y escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, la sentencia de la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, declaró la calificación culpable del concurso, decretó la inhabilitación por cinco años de los miembros del consejo rector y los condenó al pago del déficit concursal.

Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso de casación. Sobre la base de que en el recurso interpuesto la calificación culpable del concurso no resulta cuestionada, se denuncia la infracción de la normativa aplicable a la cobertura del déficit concursal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 estima el recurso de casación, al considerar *que la caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, giraba en torno a tres consideraciones: i) La condena de los administradores de una sociedad concursado a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable sino, que requiere. una justificación añadida. ii) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 de la Ley Concursal (haber causado o agravado, con dolo o*

*culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.). iii) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. En el presente caso, el “automatismo” tanto en la solicitud de condena al déficit concursal realizada por la demandante, como en la concesión de dicha condena por la sentencia recurrida, se opone a la jurisprudencia de esta sala en los términos expuestos.*

### III. Comentario

#### 1. La evolución del régimen jurídico de condena a la cobertura del déficit concursal

Conforme a la previsión del artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la condena a la cobertura del déficit concursal, usualmente denominada responsabilidad concursal, hace referencia al pronunciamiento de la sentencia de calificación culpable del concurso de persona jurídica en el que se haya abierto la fase de liquidación concursal, que podrá condenar, aparte de a los socios en determinadas circunstancias, a los administradores, liquidadores o apoderados generales causantes de la insolvencia, a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso de acreedores. Con el nombre de responsabilidad concursal se conoce, pues, al pronunciamiento de la sentencia de calificación culpable limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación -directamente o como consecuencia del fracaso del convenio- sometido a la apreciación judicial en cuanto a las personas afectadas y al grado de su responsabilidad en la generación o en la agravación de la insolvencia, por el que puede condenarse a los administradores o liquidadores -de derecho o de hecho- o apoderados generales de la persona jurídica concursada causantes de la insolvencia o a los socios que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, 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 de calificación por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

La redacción del referido artículo 172 bis de la Ley Concursal es el resultado de varias reformas legislativas operadas en este ámbito. En su redacción originaria, el artículo 172.3 de la Ley Concursal regulaba la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal. La regulación de esta responsabilidad por déficit fue modificada primero por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que la trasladó al artículo 172.bis de la Ley Concursal, en parecidos términos a como estaba regulada en el artículo 172.3, aunque precisando su redacción y coordinando su inclusión con las acciones de responsabilidad contra los administradores previstas en la legislación de sociedades de capital<sup>1</sup>. De tal forma que la jurisprudencia que inter-

1. El sistema de responsabilidad concursal de los administradores diseñado inicialmente por la Ley Concursal presentaba un defecto de concepción, al no insertarse de forma adecuada en el modelo general de responsabilidad de los administradores. En efecto, una parte de las dificultades de interpretación de la responsabilidad concursal derivó de la existencia de varios regímenes de responsabilidad de los administradores sociales que se superponían y que podían coexistir durante el concurso de acreedores, siempre que se calificase como culpable y se produjese la apertura de la fase de liquidación. Así, la responsabilidad de los administradores por daños (arts. 236 y ss. LSC) y la responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de los deberes específicamente impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC) previstas en la Ley de Sociedades de Capital, no fueron en un primer momento objeto de coordinación con la responsabilidad concursal en la que podían incurrir los administradores de la persona jurídica concursada en un concurso calificado como culpable en el que se produzca la apertura de la fase de liquidación. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, coordina, finalmente, estos regímenes de responsabilidad, indicando en su Preámbulo que *la ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales.* Como resalta la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2013, *la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad (...). No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley Concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, “la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación”.* Entre otros, ALONSO UREBA, A.: “Las relaciones entre las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores y la responsabilidad concursal de los mismos (artículo 48 quáter LC)”. En *Estudios sobre derecho de la insolvencia* (GARCÍA BARTOLOMÉ, PACCHI & PÉREZ DEL BLANCO), Eolas, León, 2016, págs. 291-304; GARCÍA CRUCES, J.A.: “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 31-68; id. *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012; HERNANDO MENDÍ-VIL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria La ley 38/2011, de*

pretó el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal y determinó los caracteres de esta responsabilidad, resultaba sustancialmente aplicable al artículo 172 bis de la Ley Concursal introducido por la Ley 38/2011. Posteriormente, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, se declara que la reforma introducida por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), cambia sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit, al incorporar en el artículo 172.bis la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia (art. 172 bis LC)<sup>2</sup>.

Los presupuestos, por tanto, para que pueda imponerse la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit son que se trate del concurso de una persona jurídica; que la sección se haya formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la liquidación; que el concurso haya sido calificado de culpable; y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer íntegramente el déficit. Se trata de un efecto específico del concurso culpable que recaerá, entre otros, sobre aquellos administradores -o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales- que hayan sido considerados previamente en la propia sentencia personas afectadas por la calificación. La cuantía de la condena dependerá, por ello, del comportamiento de la persona condenada. En

*10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2013; MARTÍN REYES, M.A.: “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *ADCo*, núm. 26, 2012-2, págs. 177-204; MORALES BARCELO, J.: “La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español”, *Revista de Derecho*, núm. 21, 2016, págs. 3-19; QUIJANO, J.: “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *RDCyP*, núm. 22, 2015, págs. 43-50 y “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal”, *RDCyP*, núm. 18, 2013, págs. 51-66; SANZ ACOSTA, L.: “La reforma concursal de la Ley 38/2011 en materia de calificación y responsabilidad de administradores por deudas sociales y concurso”, *Actualidad civil*, núm. 1, 2012; TORRUBIA CHALMETA, B.: “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societaria», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 211-236.

2. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, considera que el legislador introduce “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) 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”<sup>4</sup>. En lo relativo al Derecho transitorio, en esta sentencia se entiende que el régimen legal aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016). Sobre las discusiones en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal y las modificaciones legales realizadas sobre la misma, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017; de 1 de diciembre de 2016; y de 22 de julio de 2015.

caso de pluralidad de administradores condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno: 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 la responsabilidad concursal la condena consiste en la cobertura, total o parcial, del déficit de concurso, de forma que todo lo obtenido en ejecución de la sentencia de calificación, se integrará en la masa activa del concurso: “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 (...), 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”. El juez del concurso puede graduar la responsabilidad concursal, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso o la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma. Ello no entraña la asignación al juez de poderes arbitrarios, sino que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores, siempre y en todo caso. Ahora bien, para que proceda el ejercicio de esta facultad moderadora debe acreditarse la concurrencia de circunstancias determinadas que revelen la procedencia de efectuar una moderación en cada caso concreto<sup>3</sup>. En todo caso, la condena puede recaer sobre todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [28ª] de 2 de octubre de 2009. También Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 24 de julio de 2013, al indicar: (...) *la Sentencia de la Audiencia Provincial 1 de Pontevedra de 3 de abril de 2012 hace una enumeración de distintos criterios de imputación que pueden tomarse en consideración por el Juez para fijar la cobertura del déficit concursal de que procede hacer contribuir a cada persona afectada por el concurso razonando que: para la gradación de esta responsabilidad resultan de interés factores tales como la gravedad de la conducta determinante de la culpabilidad, la incidencia que ello hubiera tenido en la generación o agravación de la insolvencia, la pluralidad de conductas imputadas, etc., dentro de los límites de un prudente y legítimo arbitrio judicial, en evitación de un rígido automatismo, a salvo de supuestos -que pueden calificarse, desde la experiencia, de excepcionales-, en los que quepa concretar la cuantía de la responsabilidad en función de la influencia de la conducta del deudor en la insolvencia. Evidentemente no todas las conductas tipificadas en los preceptos legales presentan el mismo desvalor a estos efectos, pues claramente no será lo mismo llevar una doble contabilidad, o no llevarla en absoluto, que el haber incumplido el deber de colaboración o el no haber asistido a la junta de acreedores.*

generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. La responsabilidad concursal se destina, de forma extraordinariamente amplia, a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho y a los apoderados generales de la 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, que hayan sido previamente identificados como personas afectadas por la calificación. Dejando a un lado la atribución de responsabilidad a los socios, que plantea cuestiones singulares vinculadas a los acuerdos de refinanciación, no resulta nada sencillo delimitar la figura del administrador de hecho y menos aún la del apoderado general que pueda considerarse responsable a estos efectos, fundamentalmente, por constituir ésta una cuestión casuística en la que, además, se ha producido una extensión constante, que no uniforme, de los supuestos que engloba. En este sentido, la determinación del administrador de hecho resulta tan compleja como, a estos efectos, la del apoderado general<sup>4</sup>. En todo caso, en el supuesto de plu-

4. Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004 que [...] *la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiéndose por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los factores generales o singulares (art. 286 CCom) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece más clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas (Sentencia de 24-9-2001). En el caso presente existía un administrador único [...], que resultó condenado en la instancia a pagar con la sociedad de la deuda reclamada y acabó el fallo al haberlo consentido, la que suscribió en nombre de [...] S.A. el contrato de arrendamiento de la nave, fechado el 1 de julio de 1982, sentando como probado el Tribunal de Instancia que don [...] actuó en todo momento como apoderado, pues su misión sólo consistía en llevar a cabo gestiones para cobrar con poder suficientemente la liquidación del finiquito del Seguro y, consecuentemente, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales y convocatoria de Junta para disolver la empresa, no procede extenderla a los meros apoderados, equiparándose los cargos de administrador y apoderado para una actuación concreta, máxime al no concurrir pruebas decididas y convincentes de que en todo momento actuase con efectivas funciones de administrador de hecho, pues, al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad (Sentencia de 7-6-1999). O como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 [...] a) El apoderado no tiene el carácter de administrador, al cual aparece vinculada la responsabilidad exigida por la Ley de sociedades anónimas, pues el artículo 133 se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los “administradores” (o “miembros del órgano de administración”: art. 133.3 LSA), cualidad que sólo ostentan los nombrados como tales por la Junta General (art. 123 LSA), y, según la jurisprudencia, a los administradores de hecho (expresamente a partir de la Ley 26/2003), es decir, a quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. El administrador de hecho es el producto de la ausencia o del vicio de alguna de ellas. Cabe plantearse, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de*



ralidad de administradores condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno. 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. La legitimación para solicitar la ejecución de esta condena se atribuye a la administración concursal. No obstante, se reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo insta en el mes siguiente al requerimiento. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso<sup>5</sup>.

## 2. La naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal

La determinación de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit concursal conformó una cuestión controvertida, que llevó a enfrentar posiciones doctrinales y jurisdiccionales, entre quienes la consideraban una responsabilidad resarcitoria o indemnizatoria, o, por el contrario, una responsabilidad sancionadora o, en su caso, por deudas<sup>6</sup>. Para poner fin a esta controversia el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de

*hecho. Sin embargo, dicha doctrina debe quedar reservada para los supuestos en que la prueba acredite tal condición en el apoderado, como puede ocurrir cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Si no concurre una situación de idéntica o análoga naturaleza, los sujetos responsables (como declaran las SSTs de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001) son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007; 8 de febrero de 2008; 26 de mayo de 2008; 29 de julio de 2008; y 14 de marzo de 2009).*

5. En un primer momento, en el régimen de responsabilidad concursal se indicaba que la sentencia podría condenar “a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”. Esta redacción había propiciado dudas interpretativas sobre si se perseguía el pago a los acreedores -no el ingreso en la masa activa del concurso- y exclusivamente a los concursales, quedando fuera del concepto los acreedores de la masa. La modificación del precepto tras su reforma en octubre de 2011 cierra el paso a cualquier interpretación de este tenor, exigiéndose ahora el ingreso en la masa activa, tras una condena a la cobertura, total o parcial, del déficit. En fin, quienes hubieran sido parte en la sección de calificación pueden interponer contra la sentencia recurso de apelación.

6. Entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, *ADCo*, núm. 29, 2013-2, págs. 153-202; GARNACHO CABANILLAS, L.: “A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 22, 2015, págs.

marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre) modificó el apartado primero del artículo 172 bis de la Ley Concursal, configurando esta responsabilidad, como así se ha interpretado, de naturaleza resarcitoria<sup>7</sup>.

407-421 y “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 20, 2014, págs. 215-235; GONZÁLEZ CABRERA, I.M.: “La responsabilidad concursal del administrador de hecho: (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)”, *RDCyP*, núm. 16, 2012, págs. 249-264; HERNANDO MENDIVIL, J.: “Responsabilidad concursal y seguridad jurídica”. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (DIEZ PICAZO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, Vol. 1, 2014, págs. 1627-1656; HUERTA VIESCA, M.I. & RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “La responsabilidad concursal de los administradores: (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 207-220; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “Responsabilidad concursal”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 103-157; MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extra 1, 2016, págs. 667-705; MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2012; RIBELLES ARELLANO, J.M.: “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 22, 2015, págs. 215-221; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. & HUERTA VIESCA, M.I.: “La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo”, *ADCo*, núm. 36, 2015, págs. 171-195; SANCHO GARGALLO, I.: “La responsabilidad por el déficit concursal”. En *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum* (ROJO & CAMPUZANO), Vol. 2, Tirant Lo Blamch, Valencia, 2015, págs. 2239-2272; VIÑUELAS SANZ, M.: “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDCyP*, núm. 24, 2016, págs. 307-320 y *Responsabilidad de obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; VIZCAINO GARRIDO, P.L. & RUIZ MUÑOZ, M.: “Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales”, *ADCo*, núm. 36, 2015, págs. 197-235.

7. El Tribunal Supremo ha deslindado la condena a la cobertura del déficit concursal que puede imponerse de conformidad con el artículo 172 bis (anteriormente art. 172.3 LC) de la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal. La Sentencia del Tribunal Supremo 490/2016, Civil, de 14 de julio, absuelve a la persona afectada por la calificación concursal de la condena que consistía en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se había acordado con sustento en este último precepto. Este pronunciamiento condenatorio se había impuesto sólo respecto de determinados acreedores (aquellos cuyos créditos nacieron a partir del día 1 de marzo de 2005) y consistía en el abono de los créditos que no resultasen pagados en la liquidación. El recurso de casación sostenía que realmente no se trataba de ese tipo de responsabilidad ni tampoco de la condena a la cobertura del déficit concursal. El Tribunal Supremo acoge el motivo y para ello acude a la doctrina jurisprudencial plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo 108/2015, de 11 de marzo, que distingue la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, y finalmente concluye: *las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de marzo de 2005 ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, ya que no resarcan a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal, en los términos del artículo 172.3 (actual art. 172 bis), y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al 1 de marzo de 2005*. A partir de aquí, señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2, de Pontevedra de 3 de junio de 2019, que el

En la interpretación del alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal presenta especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo 279/2019, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019, que expresamente se refiere a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. En el supuesto enjuiciado en la indicada sentencia, la administración concursal pidió en la sección de calificación que se declarara culpable el concurso por la concurrencia de dos causas: i) irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2.1º LC); ii) e inexactitudes graves en los documentos acompañados con la so-

Tribunal Supremo ha atribuido a la responsabilidad del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal una naturaleza resarcitoria y culpabilística anudada tanto a la obtención indebida de bienes y derechos del patrimonio del deudor (antes o después del concurso), como a aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. La responsabilidad por el déficit concursal sólo se activa en concursos liquidatorios y, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, se le atribuye idéntica naturaleza, al estar anudada a la contribución de la conducta que ha determinado la calificación culpable a la generación o agravación de la insolvencia. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 294/2018, de 27 de septiembre, la distinción entre la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la responsabilidad del artículo 172 bis de la Ley Concursal viene referida no sólo a su extensión subjetiva, pues los cómplices no pueden ser declarados responsables a cubrir el déficit concursal, sino que la primera conecta con el concreto perjuicio causado por el motivo apreciado de calificación del concurso como culpable. Se distingue entre el resarcimiento de los perjuicios directos e indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, sin que haya lugar a una duplicidad de condenas, pues en la apreciación del déficit no se tendrán en cuenta las cantidades objeto de condena en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados. La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de octubre de 2018, da un paso más en la diferenciación entre la responsabilidad del artículo 172.2-3º y la del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras resaltar que ambas comparten una naturaleza resarcitoria. Por ello reconoce que habrán de entenderse referidas a quebrantos diversos y abunda en la distinción entre perjuicios directos e indirectos como el elemento que ha de servir para no incurrir en el error que supone que, con fundamento en el artículo 172.2-3º, puedan ser condenadas las personas afectadas por la calificación y los cómplices a cubrir con su patrimonio personal perjuicios indirectos que son propios de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, sin que concurran los requisitos que configuran esta responsabilidad. La sentencia apelada descartó la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y fundó la condena en el artículo 172.2-3º en un supuesto en el que el efecto de la conducta de los administradores -identificada como en un agravamiento gravemente culposo de la insolvencia- consistió en un daño indirecto o mediato para los acreedores, en cuanto que se generó un déficit patrimonial que impidió que los acreedores pudiesen cobrar la totalidad de sus créditos. Considera la sentencia de apelación que ese es precisamente el daño que, abierta la liquidación, cubre la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y advierte de que, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a la sociedad una suma igual a la del déficit patrimonial generado por su actuación dolosa o gravemente culposa como administradores societarios es más propio del artículo 172.3 (ahora art. 172 bis LC): *De no ser así, en todos los casos de concurso culpable por generación o agravación dolosa o gravemente culposa de la insolvencia sería procedente la condena de los administradores societarios al menos en la medida del importe de obligaciones contraídas por la sociedad sin respaldo patrimonial, una condena que no sería susceptible de regulación judicial (a diferencia de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, “en todo o en parte”) y que alcanzaría incluso a las personas afectadas por la calificación y a eventuales cómplices cuando la sección hubiese sido abierta a raíz de la aprobación judicial de un convenio gravoso”.*

licitud de concurso (art. 164.2.2º LC). El informe de calificación identifica como personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la sociedad y pide su inhabilitación por un período de dos años, así como la pérdida de derechos en el concurso y su condena a cubrir la totalidad del déficit concursal. El Ministerio Fiscal se adhirió a la calificación propuesta por la administración concursal. De las dos causas de calificación, el juzgado mercantil sólo apreció la concurrencia de la primera y declara personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la sociedad, a quienes inhabilita por dos años, además de condenarles a la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o contra la masa, y a responder solidariamente de la cobertura del déficit concursal. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la concursada y por los dos administradores declarados personas afectadas por la calificación. La Audiencia confirma la calificación culpable porque se entiende acreditado que se contabilizaron créditos inexistentes y también confirma la declaración de personas afectadas por la calificación y su condena a la inhabilitación y a la pérdida de derechos en el concurso. Pero, respecto de la condena a la cobertura del déficit, la Audiencia entiende que bajo la normativa aplicable (el art. 172 bis LC, tras la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo) debe aquilatarse a la medida en que se hubiera generado o agravado la insolvencia. La sentencia de apelación viene acompañada de un voto particular que discrepa del enjuiciamiento realizado sobre la condena a la cobertura del déficit, resaltando en el caso planteado la ausencia de valoración de la incidencia de la conducta que determina la calificación culpable del concurso en la generación o agravación de la insolvencia -que además no podía extraerse del informe de la administración concursal, que nada decía al respecto- así como la falta de explicación de la intervención de cada uno de los administradores en el hecho que determina la calificación. Por eso entiende que no procedía la condena a la cobertura del déficit. Interpuesto recurso de casación, la controversia se contrae a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, en relación con su aplicación al caso enjuiciado. Señala, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2019, que esta reforma modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, al especificar en su apartado 1 que la condena “a la cobertura, total o parcial, del déficit”, lo será “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Así lo interpretó el Tribunal Supremo en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, al resaltar su naturaleza resarcitoria: “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 intro-

ducir 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”. En esta sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo también resalta que este régimen de responsabilidad sólo es aplicable a los casos en que la sección de calificación haya sido abierta después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo.

Pues bien, bajo el actual artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal, indica el Tribunal Supremo que la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas, que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia; ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación.

En el supuesto planteado en la referida sentencia existe una sola conducta que mereció la calificación culpable del concurso: irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2-1º LC), resultando irrelevante para esta calificación culpable la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia. En este sentido, se destaca en la resolución judicial que lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Así, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las referidas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit. Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado, para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo

argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del artículo 164.2 de la Ley Concursal, las que guardan relación con la ausencia o falseamiento de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia, y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insiste el Tribunal Supremo, que no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia.

En el supuesto, entiende el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio pudo agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia. De la lectura del informe de la administración concursal cabía extraer la justificación aducida de la siguiente mención, que sigue a la exposición de las conductas respecto de las que se pedía la calificación culpable: “ello implica: en primer lugar, que se haya generado o agravado la situación de insolvencia al no adoptar decisiones de solicitud de concurso o disolución de la empresa en lugar de seguir adquiriendo compromisos que no se iba a poder cumplir; y, en segundo lugar, que se haya dado una apariencia de solvencia a los acreedores de la empresa que no era tal, siendo por lo tanto la irregularidad relevante para la comprensión por parte de dichos acreedores de la situación patrimonial o financiera”. De las dos consecuencias, la segunda incidía directamente en el cumplimiento de los elementos del tipo previsto en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal y servía para calificar culpable el concurso. Pero si se pretendía, además, la condena a la cobertura del déficit, precisaba de una concreción adicional sobre cómo esta apariencia había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. En cuanto a la primera mención, es una afirmación excesivamente genérica, una mera suposición empleada como argumento retórico, vacía de una mínima concreción. In-

distintamente, se aduce que las irregularidades contables retrasaron la adopción de la decisión de pedir el concurso o de instar la disolución, sin concretar nada más. No se indica cuándo presumiblemente se encontraba la sociedad en estado de insolvencia, por cuánto tiempo presumiblemente se retrasó la solicitud de concurso, ni, lo que es más importante, cómo se incrementó desde entonces el endeudamiento. Lo que ocurre en este caso, destaca el Tribunal Supremo, es que, de hecho, la administración concursal, a pesar del reseñado argumento, no llega a afirmar que hubiera habido un retraso en la solicitud de concurso. No lo indicó en el primer informe del artículo 76 de la Ley Concursal, ni tampoco llegó a denunciarlo explícitamente en el informe de calificación, lo que además hubiera constituido una causa adicional de calificación del concurso (art. 165.1 LC). Por otra parte, tampoco se explica y justifica que esta irregularidad contable hubiera impedido a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación o, en su caso, agravación de la insolvencia, lo que hubiera justificado presumirlo. Ello lleva, en definitiva, al Tribunal Supremo a casar la sentencia y modificar la sentencia de apelación, en el sentido de dejar sin efecto la condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal.

### 3. La condena a la cobertura del déficit en el texto refundido de la Ley Concursal

La disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (procedente de la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal), autorizó al Gobierno para aprobar, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, un texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, dicha disposición estableció: «*Habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*»<sup>8</sup>. La superación del plazo inicialmente establecido conllevó que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, estableciera en la disposición final tercera: «*Habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al*

8. ROJO, A. & CAMPUZANO, A.B. (Dirs): *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2018.

*objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos».*

De forma expresa, la autorización no era sólo para refundir, sino que incluyó expresamente la facultad de “regularizar”, “aclarar” y “armonizar” los textos legales objeto de refundición. No se trataba, pues, de confeccionar un texto consolidado, sino de algo mucho más ambicioso. La idea que estaba latente en esa habilitación es la de que existía una acusada necesidad de regularizar, aclarar y armonizar las normas contenidas en la muy compleja y desordenada Ley Concursal. Ciertamente, es difícil encontrar una Ley reciente que haya sido objeto de tantas modificaciones. En efecto, las muchas y muy importantes –y no siempre afortunadas- modificaciones llevadas a cabo a lo largo de los años de vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, muy especialmente, las realizadas en los años 2014 y 2015, hacían especialmente aconsejable afrontar esa delicada tarea. Resultado final de este proceso es el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020.

En el tema que nos ocupa -la condena a la cobertura del déficit concursal- cabe destacar que esta armonización, regularización y aclaración, ha supuesto no sólo su alteración sistemática, sino también cambios de redacción o terminológicos -con distinto alcance- y la incorporación de previsiones que podrían considerarse implícitas o deducibles. Sin más objetivo que el de una primera aproximación a la regulación de la condena a la cobertura del déficit concursal en el texto refundido de la Ley Concursal, pueden destacarse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la regulación de la condena a la cobertura del déficit concursal se recoge en dos preceptos del texto refundido. El artículo 456 -integrado en el capítulo dedicado a la sección de calificación- y el artículo 702 -incorporado en el capítulo de las normas comunes en materia de concurso consecutivo-. Dado que este último se rubrica como *especialidades en materia de condena a la cobertura del déficit*, cabe entender que el que establece las reglas generales de esta condena a la cobertura del déficit es el artículo 456. Desde esa óptica, lo más reseñable es la incorporación en el artículo 702 de la posible condena a esta cobertura a los administradores y los socios que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. La inclusión de estos sujetos no se produce en el artículo 456, sino en el 702, en la medida en que la reseñada



circunstancia -presunción de concurso culpable- opera en los supuestos de “fracaso” de acuerdo de refinanciación o de acuerdo extrajudicial de pagos, es decir, de supuestos de concurso consecutivo (art. 695 TRLC). El artículo 702, además, añade que la condena a los socios a la cobertura se realizará en función del grado de contribución que hubieran tenido en la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo y solo procederá en la medida que esa negativa hubiera determinado la calificación del concurso como culpable por agravación de la insolvencia.

En segundo lugar, el artículo 456 referido a la condena a la cobertura del déficit concursal, que introduce algunas precisiones reseñables. De un lado, establece en su primer apartado 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, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia*. En la redacción de este primer apartado se precisa que el juez podrá condenar con o sin solidaridad, precisión que podría considerarse era deducible, además de ser ese el sentido que se le había conferido en la interpretación judicial; que el juez podrá condenar a las personas que indica, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, lo que supone una mayor precisión terminológica que refuerza la naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal; y que el juez podrá condenar, a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada, lo que introduce un cambio mucho más relevante, dado que frente al término previo de apoderados generales ahora la referencia es a los directores generales de la persona jurídica concursada, además de administradores o liquidadores de derecho o de hecho. De otro lado, el apartado segundo del artículo 456 proporciona un concepto de déficit, se entiende que con la finalidad de aclarar: *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*.

Por último, se mantienen sin precisiones reseñables las reglas específicas relativas a pluralidad de condenados y reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio (art. 456. 3 y 4 TRLC). E, igualmente, se mantienen las previsiones respecto a la interposición de recurso de apelación y a la ejecución, pero ahora se recogen diferenciadas del régimen establecido para la condena a la cobertura del déficit con-

cursal, habida cuenta que el recurso de apelación (art. 460 TRLC) y la ejecución (art. 461 TRLC) se refieren a la sentencia de calificación, y no sólo al pronunciamiento en la misma de condena a la cobertura del déficit concursal.

## Bibliografía

- ALONSO UREBA, A.: “Las relaciones entre las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores y la responsabilidad concursal de los mismos (artículo 48 quáter LC)”. En *Estudios sobre derecho de la insolvencia* (GARCÍA BARTOLOMÉ, PACCHI & PÉREZ DEL BLANCO), Eolas, León, 2016.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, *ADCo*, núm. 29, 2013-2.
- GARCÍA CRUCES, J.A.: “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1.
- *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012.
- GARNACHO CABANILLAS, L.: “A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 22, 2015.
- “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 20, 2014
- GONZÁLEZ CABRERA, I.M.: “La responsabilidad concursal del administrador de hecho: (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)”, *RDCyP*, núm. 16, 2012.
- HERNANDO MENDÍVIL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria La ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2013.
- “Responsabilidad concursal y seguridad jurídica”. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (DIEZ PICAZO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, Vol. 1, 2014.
- HUERTA VIESCA, M.I. & RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “La responsabilidad concursal de los administradores: (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “Responsabilidad concursal”, *ADCo*, núm. 28, 2013-1.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extra 1, 2016.
- MARTÍN REYES, M.A.: “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *ADCo*, núm. 26, 2012-2.

- MORALES BARCELO, J.: “La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español”, *Revista de Derecho*, núm. 21, 2016.
- MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2012.
- QUIJANO, J.: “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *RDCyP*, núm. 22, 2015.
- “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal”, *RDCyP*, núm. 18, 2013.
- SANZ ACOSTA, L.: “La reforma concursal de la Ley 38/2011 en materia de calificación y responsabilidad de administradores por deudas sociales y concurso”, *Actualidad civil*, núm. 1, 2012.
- TORRUBIA CHALMETA, B.: “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societaria”, *RDM*, núm. 287, 2013.
- RIBELLES ARELLANO, J.M.: “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCyP*, núm. 22, 2015.
- RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. & HUERTA VIESCA, M.I.: “La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo”, *ADCo*, núm. 36, 2015.
- ROJO, A. & CAMPUZANO, A.B. (Dirs): *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2018.
- SANCHO GARGALLO, I.: “La responsabilidad por el déficit concursal”. En *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum* (ROJO & CAMPUZANO), Vol. 2, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- VIÑUELAS SANZ, M.: “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDCyP*, núm. 24, 2016.
- *Responsabilidad de obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011
- VIZCAINO GARRIDO, P.L & RUIZ MUÑOZ, M.: “Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales”, *ADCo*, núm. 36, 2015.