

Reforma Concursal del RD Ley 4/2014 relativa a la responsabilidad concursal por el déficit (art. 172 bis LC)

Daniel Irigoyen Fujiwara

Consultor de Gómez-Acebo & Pombo

Magistrado Juez de lo mercantil en Barcelona, excedente

El art. 172 LC determina los pronunciamientos que ha de contener la sentencia de calificación culpable, pronunciamientos judiciales que constituyen verdaderas sanciones civiles.¹

Así, calificado culpable el concurso, deben determinarse a continuación las personas afectadas por la calificación y los cómplices, que son las que van a soportar los pronunciamientos de condena. Luego, el art. 172 y 172 bis LC ordena que la sentencia condene:

- a la inhabilitación para administrar bienes ajenos,
- a la pérdida de derechos de acreedor,
- a la devolución de bienes,
- a la indemnización de daños y perjuicios y
- a la cobertura total o parcial del déficit (la responsabilidad concursal).

¿Qué diferencia hay entre la indemnización de daños y perjuicios del art. 172.2.3º LC y la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC?

1. Una tesis minoritaria fue la de la Audiencia Provincial de Barcelona s.15 que sostenía que la responsabilidad concursal del art.172bis LC es una responsabilidad por daño y culpa que efectivamente compartía la misma naturaleza indemnizatoria que la responsabilidad del art. 172.2.3º LC. En ambas, se condenará por la actuación con dolo o culpa del administrador que ha causado o agravado la insolvencia y según su grado de participación o protagonismo (es decir, causalidad) en esa insolvencia se calculará el alcance de la indemnización.
2. Para diferenciarlas y no incurrir en el sinsentido de que el legislador hubiera tipificado doblemente y de forma superflua una misma responsabilidad, la Sala haciendo uso de

¹ La Exposición de Motivos VIII de la LC declara que "Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la pena ni constituir condición de prejudicialidad penal para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia". En la misma dirección, el art. 163 LC.

una interpretación restrictiva de la locución adverbial “*así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*” del art. 172.2.3º LC in fine argumentaba que esta responsabilidad estaba vinculada al supuesto de hecho expresado previamente en el precepto: la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente percibidos del patrimonio del deudor o de la masa activa². En consecuencia, otra clase de actos distintos a la obtención indebida de bienes y que causan daños y perjuicios debían reclamarse por el cauce de la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC.

3. Diferente fue la respuesta de la mayoría del resto de Audiencias Provinciales (AP Madrid, Huesca, León, Pontevedra, Córdoba, Guipuzcoa, Cáceres, Murcia, Granada, Baleares...) que consideraron que la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC era una suerte de responsabilidad-sanción de carácter objetivo, desprovista de todo elemento culpabilístico en la producción de la insolvencia. Según esta tesis, cumplidos los presupuestos indicados en el art. 172 bis LC (apertura de liquidación, calificación culpable y existencia de déficit), se sancionaba la conducta del administrador y su pena era la cobertura de todo o en parte del fallido concursal³.

Con esta tesis, se interpretaba amplia y autónomamente la expresión “*así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*” del art. 172.2.3º LC, sin vincularlo a la previa condena a devolver los bienes obtenidos indebidamente. Procedería dicha responsabilidad siempre que se acreditara la relación

causal entre cualquier caso de daño o perjuicio y la conducta del afectado por la calificación culpable o cómplice.

4. En fin, la diferencia entre una y otra tesis es-tribaba en si el Tribunal debía causalizar o no la condena a cubrir el déficit concursal.
5. Llegados a este punto, la reforma concursal de la Ley 38/11 no aclaró las dudas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal y fue el Tribunal Supremo el que ha acabado de conformar una jurisprudencia sobre esta cuestión⁴, doctrina que el RDL 4/2014 ha puesto en entredicho al dar nueva redacción al art. 172 bis LC.

La jurisprudencia del TS hasta ahora pacífica acerca de la responsabilidad concursal

6. El TS⁵ ha manifestado que:
 - i. Por exclusión, la responsabilidad concursal por el déficit del art. 172bis LC no se conceptúa como una sanción.

Por tanto, el TS atribuye a esta fuente de responsabilidad una naturaleza de carácter indemnizatorio o resarcitorio del “*daño que indirectamente fue causado a los acreedores (...) en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa*”⁶. En fin, esta responsabilidad tiene una “*función protectora de los intereses de los acreedores sociales*”, no una función sancionadora o punitiva.

² SAP BCN S.15 de 29 de noviembre de 2007: “*Los daños y perjuicios a que se condenará a pagar a las personas declaradas afectadas por la calificación y/o cómplices va ligados a la referida condena restitutoria como, por ejemplo, la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes o derechos que debe restituirse o la imposibilidad de verificarse dicha devolución por haber perecido los bienes o haber ido a parar a terceros de buena fe o que gozan de irrevindicabilidad o de protección registral*”

³ De la misma manera que en la responsabilidad objetiva de los administradores de la LSC, la evolución de la tesis supuso admitir ciertos matices para graduar o incluso exonerar de la responsabilidad concursal. Así, no siempre se imponía una imputación automática, sino que se exigía una imputación subjetiva, un examen de la participación personal para justificar la condena y la proporción de la responsabilidad.

⁴ STS de 23 de febrero, 12 de septiembre, 6 de octubre, 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo, 26 de abril, 21 de mayo, 20 de junio, 16 y 19 de julio de 2012, 28 de febrero de 2013.

⁵ STS de 16 de julio de 2012.

⁶ STS de 6 de octubre de 2011.

ii. Por exclusión, tampoco es una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave. Esta clase de responsabilidad debe exigirse al amparo del artículo 172.2º.3 LC acreditando los requisitos clásicos de acción/omisión, daño (que se identifican con los daños y perjuicios causados con la "generación o agravación" de la insolvencia) y relación causal.

iii. La responsabilidad concursal por el déficit del art. 172 bis LC es una responsabilidad por deuda ajena. La deuda es propiamente de la concursada persona jurídica insolvente y se exige que responda de ella la persona afectada por la calificación culpable⁷ en caso de apertura de liquidación⁸ y que los acreedores⁹ hayan quedado insatisfechos, total o parcialmente, en el cobro de sus créditos.

7. Dados estos requisitos, el Juez "podrá" condenar a la cobertura total o parcial del déficit.

Este "podrá" planteaba la cuestión de cuál es el criterio de imputación, que no aparece nada claro en el texto legal y que el TS se encargó de disipar reconociendo al Juez una amplia libertad discrecional para condenar y fijar el quantum¹⁰.

8. Por razón de motivación (art. 120.3 CE), exigía el TS, en el ejercicio de la facultad discrecional, una "justificación añadida" de la condena al déficit. Es decir, debían esclarecerse en el caso los motivos que la determinaban.

El TS definió esta "justificación añadida" diciendo crípticamente que "es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo 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"¹¹.

En definitiva, según la jurisprudencia del TS, el art. 172 bis LC no exigía que concurriera una relación causal entre la conducta (dolosa, culposa o no culposa) y la causación o agravación de la insolvencia de la concursada¹².

9. La doctrina expuesta está siendo aplicada y desarrollada por los tribunales de justicia.

Por ejemplo, la s.15 de la AP Barcelona, con la fuerza del converso, explica, en síntesis, que la función resarcitoria de la

⁷ Pueden ser personas afectadas "todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada", y ahora también por la reforma del RDL 4/2014 "los socios que se hayan 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".

⁸ No habrá responsabilidad por el fallido concursal en caso de que la calificación culpable tenga lugar en el seno de un concurso concluido por convenio, aunque el mismo sea sumamente gravoso (art. 167.1 LC).

⁹ Sean concursales o contra la masa.

¹⁰ STS 16 de julio de 2012: "No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador (...)".

¹¹ STS 28 de febrero de 2013 y las que cita.

¹² En numerosas sentencias, el TS rechaza el alegato del recurrente condenado a pagar el déficit concursal de que la Audiencia (que aplicó la tesis sancionadora) debió justificar o motivar la relación causal entre el comportamiento del administrador y la causación o agravación de la insolvencia. Expone la STS 19 de julio 2012 en un caso en que aplicó una presunción del art. 164.2 LC (irregularidad contable) que "Hemos declarado en las mencionadas ocasiones que, dada la relación existente entre la norma del artículo 172, apartado 3, y las que le sirven de precedente, no se corresponde con el necesario respeto a la discrecionalidad judicial que reconoce ni al canon sistemático o de la integridad hermenéutica, que impone la recíproca iluminación de los preceptos concernidos, condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que no es exigido para integrar el tipo que dio lugar a la calificación del concurso como culpable."

responsabilidad por el fallido no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el “daño que indirectamente fue causado a los acreedores” (...); “podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexos causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso”. La s.15 reconoce que es el juez quien en cada caso precisa el importe y al mismo tiempo le indica el criterio de imputación de que debe servirse: como el art. 172 bis LC es una norma de distribución o atribución de riesgos -como la responsabilidad societaria por deudas sociales del art. 367 LSC- “Hay una imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales”. Con todo, la s.15 reconoce que pueden constatarse hechos que permitan excluir o reducir aquella imputación objetiva. Por consiguiente, en ese juicio de fijación del quantum se deben tener en cuenta todos los hechos y circunstancias que en cada caso sean relevantes para imputar el agravamiento de la insolvencia y no sólo en términos causales el comportamiento realizado en relación con el tipo culpable de la causación/agravación de la insolvencia. Precisa la Sala que “se trata de enjuiciar en qué medida le es imputable a los administradores el descubierto, para lo cual deben ser tomados en consideración, de forma tanto conjunta como independiente, todos los hechos a los que se ha asociado la declaración como culpable del concurso”¹³.

En otras partes (Oviedo), se acude a distinguir las conductas tipificadas en orden a su gravedad, no concreta, sino abstracta. Por ejemplo, la llevanza de doble contabilidad, inexactitud grave o falsedad en la documental aportada en el concurso, alzamiento de bienes, actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, salida fraudulenta de bienes, simulación, la condena debería fijarse entre un 75% y un 100% del déficit concursal. En un segundo grupo de conductas, como el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, irregularidad relevante contable, apertura de liquidación por incumplimiento de convenio o el incumplimiento de los deberes relacionados con las cuentas anuales, condenaría al

déficit en un arco del 30% al 75%. Finalmente, la condena no superaría el 30% del déficit, en los casos de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, del deber de colaboración e información y la falta de asistencia a la junta de acreedores.

10. El TS con esta doctrina consistente en no limitar la discrecionalidad judicial en la condena a la cobertura del déficit a la relación causal entre la conducta del condenado y la causación o agravación de la insolvencia ha causado una gran inseguridad jurídica y preocupación en los justiciables que no saben a ciencia cierta a qué atenerse para evitar tan onerosa y grave responsabilidad.

La reforma en esta materia operada por el RDL 4/2014

11. Pues bien, dentro de las profundas reformas que ha operado en la Ley Concursal la promulgación del RDL 4/2014 hay una que merece una atención especial por su gran trascendencia práctica que va a tener en el régimen de responsabilidad de las personas afectadas por la calificación culpable de un concurso liquidativo y con un resultado en que los acreedores no han sido completamente satisfechos (déficit concursal).

Dejando aparte el novedoso supuesto de que serán personas afectadas por la declaración culpable aquellos que “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” (art. 165.4º, 172.2.1º y 172 bis LC), el RDL 4/2014 ha dado una nueva redacción al apartado 1 del artículo 172 bis que ha introducido un parámetro para determinar la responsabilidad por el déficit concursal. Ahora la condena a la cobertura total o parcial de dicho déficit debe ser “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”.

Con esta directriz, a fin de evitar la inseguridad jurídica, el legislador reacciona contra la jurisprudencia del TS sobre esta

¹³ SAP BCN s.15 de 23 de abril de 2012.

materia y rechaza la facultad discrecional judicial para condenar o no al déficit, ordenando que el juicio de responsabilidad se casualice en los términos que puso de manifiesto el voto particular del magistrado discrepante en la STS de 21 de mayo de 2012: “el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia.

En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que 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 concursal; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia”.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com

Barcelona | Bilbao | Madrid | Málaga | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York