



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho  
Mercantil*

---

**2013/74**

**Marzo 2013**

---

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL EX  
ARTÍCULO 172 *bis* LC**

Lourdes Garnacho Cabanillas

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 93  
E-mail: [lourdes.garnacho@urjc.es](mailto:lourdes.garnacho@urjc.es)

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es/>

*Copyright © 2013 por el autor.*

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL EX  
ARTÍCULO 172 *bis* LC<sup>1</sup>**

**Lourdes Garnacho Cabanillas.  
Prof. Doctora  
Titular interina de Escuela Universitaria.  
Universidad Rey Juan Carlos.**

**RESUMEN:** En el trabajo se analizan las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes en materia de responsabilidad concursal, sobre cuál es su naturaleza jurídica: si se trata de una medida resarcitoria o, contrariamente sancionadora; o si, diversamente, atiende a otro tipo de funciones. Y ello, atendiendo a la última reforma concursal de 10 de octubre de 2011, con la incorporación del nuevo art. 172 *bis* a la Ley Concursal.

**PALABRAS CLAVE:** Concurso, indemnización, sanción, cobertura del déficit. Personas afectadas por la calificación de concurso culpable.

---

<sup>1</sup> Texto de la comunicación presentada en el X Seminario Harvard-Complutense “A comparative perspective on old and new problems of corporate and financial law”, celebrado en Harvard Law School entre los días 24 a 27 de septiembre de 2012, con el patrocinio de ALLEN & OVERY (Madrid), BANCO SANTANDER, J & A GARRIGUES, S.L.P, ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

**ABSTRACT:** In this work, it is analyzed the different doctrinal and jurisprudential points of view in bankruptcy liability, about what it is its legal nature: whether, a kind of compensation or, on the contrary, a legal sanction; or even more, if it attends to other functions. And all of it, attending to the last bankruptcy reform of 10 October 2011, with the addition of the new article 172 *bis* to the Bankruptcy Law.

**KEY WORDS:** Bankruptcy, compensation, sanction, coverage of the deficit. People affected by the qualification of guilty Bankruptcy.

**SUMARIO:**

<b>I. Introducción.</b>	
<b>4</b>	
<b>II. Planteamiento de la cuestión.</b>	<b>6</b>
A) Introducción.	6
B) Naturaleza resarcitoria.	8
C) Naturaleza sancionadora.	13
D) Otras posturas doctrinales.	15
1. Naturaleza jurídico-mixta de la responsabilidad concursal.	15
2. Interpretación de la norma desde una perspectiva funcional.	16
<b>III. Interpretación jurisprudencial: problemática actual.</b>	<b>18</b>
<b>IV. Conclusiones.</b>	<b>23</b>
<b>V. Bibliografía.</b>	<b>24</b>

## I. Introducción.

El antiguo art. 172.3 de la Ley Concursal (en adelante, LC) establecía la posibilidad de condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de una sociedad concursada (así como a los que lo fueran en los dos años anteriores a la declaración de concurso) «a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa», en tanto en cuanto el procedimiento concursal en el que estuviera inmersa aquella persona jurídica hubiera sido calificado como culpable y se encontrara en fase de liquidación.

Con ello, probablemente, nuestro legislador tuvo a bien recoger en la normativa concursal una figura jurídica que contaba ya como precedente con institutos jurídicos de otros ordenamientos de Derecho comparado que, como el francés, venían a establecer la posibilidad de accionar (bajo determinadas condiciones) contra el patrimonio de los administradores de una persona jurídica insolvente ante una situación de insuficiencia patrimonial que impedía la debida satisfacción de los acreedores de un empresario insolvente: una «acción por complemento del pasivo» (hoy, «acción por insuficiencia de activo»)<sup>2</sup> que se configura por el legislador francés como la posibilidad de que, tramitándose la

---

<sup>2</sup> Precedente normativo al que se hace referencia en varias sentencias (así se reconoce, por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Provincial -SAP- de Barcelona, de 23 de abril de 2012; o a través del voto particular del magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, recogido en Sentencia del Tribunal Supremo -STS-, Sala de lo Civil, secc. 1ª, de 21 de mayo de 2012) y que analizan algunos autores, junto a otros institutos jurídicos de Derecho comparado (así, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en AA.VV., *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012, pág. 5 y ss.; o MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal -Comentario a la STS 1ª. de 23 de febrero de 2011-», en *RCP*, 2011, núm. 15, págs. 463-473, págs. 465-467 y 473); siendo igualmente reconocido por BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012, pág. 2630; o QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RCP*, 2009-1, núm. 10, págs. 19-48, pág. 26); *ibidem*, «La responsabilidad concursal tras la reforma de 2011», en *Documentos de Trabajo de Derecho Mercantil*, 2012/67, <http://eprints.ucm.es>, págs. 4 y 16.

liquidación judicial de una persona jurídica en la que se haga constar una situación de insuficiencia de activo y siempre que «un defecto de gestión haya contribuido a esa insuficiencia de activo, el tribunal competente pueda decidir que «el montante de esa insuficiencia de activo sea soportada, en todo o en parte, por todos los administradores de derecho o de hecho, o por algunos de ellos, al haber contribuido a dicha falta de gestión. En caso de pluralidad de administradores, el tribunal puede, por decisión motivada, declararles solidariamente responsables»<sup>3</sup>. Algo que, desde la perspectiva de nuestro Derecho concursal, se recoge actualmente (tras la reforma acaecida con la Ley 38/2011, de 10 de octubre) en un nuevo precepto, el art. 172 *bis* LC, según el cual «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», debiéndose individualizar, en caso de pluralidad de condenados, «la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso» y siendo las cantidades obtenidas como consecuencia de ello, integradas en la masa activa del concurso<sup>4</sup>. Estamos pues, ante un supuesto de responsabilidad concursal aplicable a las personas afectadas por la calificación culpable de un concurso de acreedores.

Ahora bien, son múltiples los problemas interpretativos que esta medida concursal trae consigo, empezando por cuál es su naturaleza jurídica (si se trata de una medida sancionadora, o contrariamente resarcitoria) y continuando por la dificultad que plantea la delimitación exacta de las «personas afectadas» por la declaración de concurso culpable (categoría jurídica a la que ahora se incorporan los «apoderados generales»); el grado de discrecionalidad que le confiere el legislador concursal al juez de lo mercantil en esta materia (que tiene

---

<sup>3</sup> Figura jurídica ésta, inicialmente incorporada por Ley de 25 de enero de 1985 al Código de comercio francés en su art. L. 624-3, y actualmente confirmada en su art. L. 651-2, por la Ley de salvaguarda de empresas, de 26 de julio de 2005 que, no obstante, ha sufrido diversas modificaciones parciales en 2008 y 2010.

<sup>4</sup> ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», en *RCP*, 2011, núm.14, págs. 97-105, se encarga de resaltar las mejoras recogidas en el nuevo art. 172 *bis* LC, con respecto a su predecesor (el art. 172.3 LC), destacando, por ejemplo, su mayor precisión terminológica (pues quien condena es el juez y no la sentencia, como se decía en el anterior art. 172.3 LC); la supresión de referencias temporales superfluas (los dos años anteriores a la declaración de concurso con respecto a las personas afectadas por la calificación de concurso culpable, que ya se venía a recoger en otro precepto de la Ley); o la incorporación de aclaraciones importantes, como que el importe de la condena se integre en la masa activa (y no, que revierta directamente a los acreedores concursales - obviándose con ello la situación en la que quedarían los acreedores contra la masa-).

por inconveniente el tratamiento dispar que puedan recibir las personas afectadas por un concurso, dependiendo del tribunal al que se asigne el mismo); o su eventual solapamiento con otras acciones societarias a través de las cuales se puede ir contra el patrimonio de los administradores o liquidadores de una sociedad concursada *ex art. 48 quáter* LC (como pueda ser, especialmente, la acción social de responsabilidad establecida en los arts. 236 y ss. LC). Cuestiones, todas ellas, de indudable consideración; si bien, sólo será objeto de análisis en estas líneas aquella primera sobre la efectiva naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal, para lo cual se hace preciso un análisis doctrinal y jurisprudencial de la materia, por ser muy diversas las opiniones que se han ofrecido con respecto al derogado art. 172.3 (hoy, art. 172 *bis*) LC.

## **II. Planteamiento de la cuestión.**

### **A) Introducción.**

Si se atiende a la dicción de cualquiera de los preceptos antedichos, son varios los presupuestos que han de darse para hacer posible la aplicación de una responsabilidad concursal: primero, que se produzca la calificación de culpable del concurso de acreedores con respecto a una persona jurídica (y se entiende por tal el incurrir en cualquiera de los supuestos recogidos en los arts. 164 y 165 LC); y segundo, que se haya procedido a la apertura (o reapertura) de la sección de calificación en fase de liquidación. A ello ha que añadirse, además, la existencia de un déficit o insuficiencia de activo para cubrir las deudas del concursado con su propio patrimonio en esa fase de liquidación.

Y uno de los primeros escollos que se han debido solventar en esta materia ha sido la correcta interpretación de aquellos arts. 164 y 165 LC, pues no dejan de recogerse en éstos una pluralidad de causas de culpabilidad del concurso, atendiendo a criterios (o requisitos) diversos.

Por consiguiente, y asumiendo la que parece ser una postura unánime (al menos, desde una perspectiva jurisprudencial)<sup>5</sup>, la Ley concursal viene a delimitar la forma de calificar el concurso culpable en base a dos criterios distintos:

---

<sup>5</sup> Interpretación diversa a la recogida aquí, y admitida en una pluralidad de sentencias por el Tribunal Supremo (al respecto, *vid.* notas 6 y 8), es la que ofrece MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 472-473. Al respecto, *vid.* asimismo apartado II, 4.2.

El primero, recogido en los arts. 164.1 y 165 LC, hace precisa la existencia de una relación de causalidad entre un comportamiento antijurídico (el comportamiento doloso o con culpa grave del deudor o de sus representantes legales, y tratándose de una persona jurídica, el de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, así como de sus apoderados generales) y un daño (esto es, la generación o agravación del estado de insolvencia). Así lo reconoce de manera expresa, y como regla general, la previsión del art. 164.1 LC; y así ha de entenderse con respecto al art. 165 LC que, aunque no deja de ser una norma que recoge de manera específica diversos supuestos en los que se ha de presumir *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave, al mismo tiempo se entiende que es una norma complementaria a aquélla genéricamente establecida<sup>6</sup>.

Y un segundo criterio diverso del anterior, recogido en el art. 164.2 LC, que reconoce la culpabilidad del concurso a través de la simple concurrencia de una determinada actividad, o «supuesto legal de culpabilidad» que no requiere de la existencia de una relación de causalidad entre comportamiento antijurídico y daño<sup>7</sup>. Más allá aún, se entiende que estamos ante meras conductas a las que se les imputa legalmente la calificación de culpable, aún sin tener en consideración la existencia de dolo o culpa grave, ni la necesidad de probar una relación de causalidad con el daño o insuficiencia patrimonial producida<sup>8</sup>; y es que con la

---

<sup>6</sup> Frente al parecer de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15<sup>a</sup>, que vino a considerar la existencia de tres criterios para la calificación del concurso, son diversas las decisiones judiciales que le niegan a la previsión del art. 165 LC ese carácter de «tercer criterio», junto a los ya establecidos en el art. 164.1 y 164.2, reconociéndosele contrariamente a aquel precepto su condición de mera «norma complementaria» al art. 164.1 LC (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo -STS- de 17 de noviembre de 2011, así como de 21 de mayo y de 19 de julio de 2012; criterio dual que defendería, a su manera, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28<sup>a</sup>); como también son diversas las resoluciones judiciales que reconocen para aquel art. 165 LC la necesidad de una relación de causalidad entre comportamiento antijurídico y daño (entre otras, en Sentencia de la Audiencia Provincial -SAP- de Madrid, de 5 de febrero de 2008 y en STS de 17 de noviembre de 2011). Al respecto, *vid.* ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «Calificación del concurso», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012, pág. 396-398; así como, y entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coord. G. Guerra Martín), Madrid, 2011, pág. 345; o QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, pág. 8.

<sup>7</sup> Más concretamente, la STS de 6 de octubre de 2011 viene a reconocer que, a través del art. 165 LC, «la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma»; o, de manera similar, la STS de 19 de julio de 2012 considera que no es necesario que se produzca una generación o agravación del estado de insolvencia para hacer aplicable las causas de concurso culpable prescritas en el art. 164.2 LC.

<sup>8</sup> De manera más contundente, en STS, de 17 de noviembre de 2011, se nos dice que «cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación». Igualmente, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, pág. 9.

mera actividad objetiva (el legislador habla de irregularidades en la contabilidad, documentación inexacta o falsa, falta de solicitud de la insolvencia imputable al deudor, alzamiento de bienes o embargo, salida de bienes fraudulenta o simulación de una realidad patrimonial ficticia) hay concurso culpable.

Partiendo de esta base, y ya en fase de liquidación judicial, 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» a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial de aquélla. Legitimación pasiva de una responsabilidad concursal que habrá de suponer el deber de responder (y ya dependiendo de la interpretación que quiera dársele a la naturaleza jurídica de este precepto como medida resarcitoria o sancionadora) o bien por los daños y perjuicios ocasionados indirectamente a los acreedores insatisfechos del concursado, o bien por las deudas que éste mantenga con aquéllos, por ser insuficiente su patrimonio empresarial. Aunque tampoco hay que olvidar la postura de aquel sector doctrinal que, cuestionándose esa dicotomía interpretativa por no llevar «a ningún resultado aceptable», considera el régimen de responsabilidad del precepto analizado como una norma específicamente concursal que requiere del «uso de técnicas especiales que no se pueden explicar sólo mediante el recurso a las categorías propias del Derecho común», lo que hace preciso que la doctrina científica se preocupe de «identificar los presupuestos de la responsabilidad concursal y definir la antijuridicidad de la conducta de los administradores», teniendo como marco de referencia el Derecho comparado que igualmente ha previsto un supuesto de responsabilidad concursal, como pueda ser el sistema francés (ya mencionado), o más significativamente aún, el régimen británico sobre «*wrongful trading*»<sup>9</sup>.

## **B) Naturaleza resarcitoria.**

Una primera dificultad con la que la doctrina se encontró a la hora de entender aplicable la responsabilidad concursal a las personas afectadas por la calificación de concurso culpable estaba en la propia dicción del antiguo art. 172.3 LC, al venir a considerar que «el juez podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores» (que no «deberá», en tanto en cuanto se cumplan

---

<sup>9</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 471.



los requisitos antedichos) al pago del importe de los créditos de los acreedores concursales no satisfechos a través de la liquidación de la masa activa<sup>10</sup>.

Mera facultad, que no potencialidad, en la aplicación de una responsabilidad concursal que llevó a algunos de nuestros autores a pensar que lo que tenemos aquí no es sino un supuesto de responsabilidad por daño y culpa. Y es que, «si [el juez] puede condenar es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa»<sup>11</sup>; en ningún caso, pues, se produciría el automatismo propio de una sanción civil, exigiéndose por contra una relación de causalidad entre un comportamiento doloso o con culpa grave y la generación o agravación del estado de insolvencia del concursado<sup>12</sup>. Algo que, a efectos prácticos, supuso el que dentro del propio procedimiento judicial de concurso se tuviera que reconocer como requisito para la imputación de esa responsabilidad concursal a los administradores y liquidadores del concursado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta llevada a cabo por dichas personas afectadas por la calificación culpable del concurso y la generación o agravación de la insolvencia, después de haberse procedido previamente a su prueba, a efectos de delimitar el concurso como culpable; o lo que es lo mismo, habría de ser necesario un nuevo «reproche culpabilístico», añadido al resultante de la

---

<sup>10</sup> Así parecía entenderlo ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RCP*, 2004, núm. 1, págs. 91-107, págs. 93-94, «al establecer el art. 172.3 LC, no que la sentencia deba condenar sino que podrá condenar, permitiendo, además, una modulación al respecto» (si bien, y atendiendo a la nueva redacción del precepto, hoy art. 172 *bis* LC, reconoce en ello ya un deber -o potencialidad, en caso de cumplimiento de los presupuestos requeridos-, que no una mera facultad de condena para el juez del concurso -al respecto, *vid. ibídem*, «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 586-); o de manera más precisa, vienen a reconocerlo PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 351-352; SANCHO GARGALLO, I., «La calificación del concurso», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 70, Madrid, 2007, págs. 175 y 206; o VILATA MENADAS, S., «La responsabilidad de los administradores sociales dentro y fuera del concurso», en AA.VV., *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, Madrid, 2012, pág. 962. Todos ellos, defensores de una postura indemnizatoria para la responsabilidad concursal del art. 172 *bis* LC; aun cuando aquella sea una idea también defendida por aquellos sectores doctrinales que propugnan una naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal o incluso su naturaleza jurídico-mixta (respectivamente, ALCOVER GARAU, A., «Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital», en *RCP*, 2007, núm. 7, págs. 91-108, pág. 107, discutiendo lo previsto en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Madrid, de 16 de enero de 2007; o QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 28, que, aunque actualmente considera más oportuno ver en el precepto una norma de naturaleza resarcitoria y, ahora, potencialmente aplicable por el juez del concurso en tanto en cuanto se reúnan los requisitos legales exigidos -al respecto, *vid.* «La responsabilidad concursal...», *cit.*, pág. 17-, en sus inicios la consideraba una norma de naturaleza sancionadora-resarcitoria que el juez podía aplicar de manera discrecional).

<sup>11</sup> SANCHO GARGALLO, I., «La calificación...», *cit.*, pág. 175.

<sup>12</sup> SANCHO GARGALLO, I., «La calificación...», *cit.*, pág. 175; y atendiendo al carácter modulado de esta responsabilidad concursal, ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC...», *cit.*, pág. 94.

atribución de concurso culpable, pero ahora, para la imputación (o no) de las personas afectadas por dicha calificación.

Así lo reconocían algunos de nuestros juzgadores<sup>13</sup>, aun cuando sea algo que también se rechazara por otros<sup>14</sup>, resolviéndose esta cuestión finalmente por el Tribunal Supremo en el sentido que, si bien es necesario incorporar un «criterio añadido» al presupuesto de calificación de concurso culpable para la imputación de una responsabilidad concursal a las personas afectadas por dicha calificación, éste habrá de atender a los «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»<sup>15</sup> (ya veremos qué sentido ha de dársele a tal interpretación jurisprudencial).

Pero son otras tantas las razones que, añadidas a la actuación discrecional del juez del concurso (y su consiguiente falta de automatismo), han venido a justificar una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria para este tipo de responsabilidad concursal y, por tanto, la necesidad de exigir a las personas afectadas por el concurso culpable que respondan con su patrimonio, con el objeto de reparar un daño causado a los acreedores (cual es la función de toda regla indemnizatoria) debido a su comportamiento antijurídico<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Concretamente, en SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 19 de marzo de 2007.

<sup>14</sup> Así, en SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2008, se consideraba innecesario «otro reproche culpabilístico» en la imputación de la responsabilidad concursal prescrita en el derogado art. 173.2 LC («o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales»); como igualmente admitiría con posterioridad, la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia de 27 de enero de 2009.

<sup>15</sup> Al respecto, *vid.* nota 46.

<sup>16</sup> En palabras de SANCHO GARGALLO, I., «La calificación...», *cit.*, pág. 206, «la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica». Postura doctrinal igualmente propugnada, entre otros, por ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC...», *cit.*, págs. 93-94 y 97; *ibidem*, «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 567 y ss., 586, y 590 y ss.; GONZÁLEZ CABRERA, I., «Breves consideraciones acerca de la calificación como culpable del concurso de persona jurídica en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal», en *RCP*, 2011, núm. 14, págs. 293-304, págs. 302-303; *ibidem*, «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)», en *RCP*, núm. 16, 2012, págs. 249-264, págs. 258 y ss.; y tras la reforma concursal de 2011, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 340, 345, 353 y 361 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, pág. 25, después de cambiar de parecer -tras la reforma de 2011- en relación a cuál deba entenderse la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (ahora, en su opinión, en todo caso resarcitoria); o VILATA MENADAS, S., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 962-963.

Así y de manera principal, se entiende que no hay sanción civil porque el precepto analizado no se asimila en ningún caso a un supuesto de responsabilidad por deudas (o sancionador) como el previsto en el art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), según el cual los administradores de una sociedad de capital habrán de responder solidariamente, en caso de no instar su disolución (o concurso) aún habiendo causa legal para ello, debiendo responder por la totalidad de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de dicha causa legal de disolución y sin necesidad de que, para ello, se pruebe la efectiva concurrencia de un daño<sup>17</sup>.

Y no hay naturaleza sancionadora en el supuesto de responsabilidad recogido en el art. 172 *bis* LC porque, aun cuando ambas figuras jurídicas cuentan con semejanzas tales como la de que precisan de un comportamiento antijurídico o incumplimiento de un deber de diligencia, o hacen posible igualmente una exoneración de responsabilidad para los administradores (y, en su caso, demás personas afectadas *ex* concurso) que puedan probar su falta de implicación en los hechos desencadenantes de una u otra responsabilidad<sup>18</sup>, el régimen de la responsabilidad concursal ha de individualizarse entre los sujetos afectados por la calificación de concurso culpable atendiendo a su efectiva participación en los hechos determinantes de la misma: responsabilidad mancomunada pues, que el juez del concurso habrá de modular para cada una de las personas afectadas por la calificación, en función de su contribución al daño ocasionado a los acreedores del concursado<sup>19</sup>; o lo que es lo mismo (y para la concreción de una condena individualizada de cada una de las personas afectadas), será necesaria una imputación a los administradores, liquidadores o apoderados generales afectados atendándose bien a «la generación o agravamiento de la insolvencia» o bien a «los

---

<sup>17</sup> Y niega esa similitud, entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 360.

<sup>18</sup> Algo que se deriva de la propia redacción del art. 172 *bis* LC y que, diversamente, reconoce el Tribunal Supremo para el supuesto de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. Y es que, a este respecto y como bien reconoce VILATA MENADAS, S., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 948-949, la más moderna jurisprudencia ha venido a «templar la responsabilidad de los administradores en atención a condicionantes y circunstancias objetivos y subjetivos concurrentes», mitigando así el rigor del régimen del antiguo art. 262.5º de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 105.5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), hoy unificados en el art. 367 LSC (en este sentido, *vid.* STSS de 22 de noviembre de 2006, así como de 31 de enero y de 7 de febrero de 2007); asimismo, y entre otros, ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC...», *cit.*, pág. 93; *ibidem*, «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 592; GALLEGO, E., «Responsabilidad de los administradores», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012, pág. 2646; o QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria...», *cit.*, pág. 41.

<sup>19</sup> ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 586 y 593. Asimismo, GONZÁLEZ CABRERA, I., «Breves consideraciones...», *cit.*, pág. 303; *ibidem*, «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 259-260; o, tras la reforma de 2011, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, págs. 11, 22 y 25.

“hechos de concurso culpable”, con trascendencia (daño) a los acreedores en virtud del déficit concursal derivado de esa imputación»<sup>20</sup>.

A ello podría igualmente añadirse el hecho de que, y frente al incumplimiento de un deber legal concreto y específico como es el que acontece en el art. 367 LSC (antes, art. 262.5º LSA y 105.5º LSRL), el precepto aquí analizado sólo se plantea un «incumplimiento del deber genérico de diligencia determinante de un daño directo a la sociedad (generación o agravamiento del estado de insolvencia) y derivativo a los acreedores (que sus créditos resulten total o parcialmente fallidos)»<sup>21</sup>.

Pero más allá de lo que es una comparativa entre responsabilidad concursal y responsabilidad por deudas *ex art. 367 LSC*, la doctrina entiende asimismo que, y a efectos de mera sistemática, una pretendida naturaleza resarcitoria o indemnizatoria del supuesto de responsabilidad concursal recogido en el art. 172 *bis LC* resultaría perfectamente compatible con la previsión del art. 172.2 3º *LC*, pues en él se recoge un supuesto de responsabilidad indemnizatoria diverso del previsto en aquel otro, al limitarse a la mera indemnización de los daños y perjuicios derivados de la obtención indebida de los bienes o derechos del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa; nada que ver con aquel 172 *bis LC* que persigue «la reparación de los daños y perjuicios que nacen de la conducta del sujeto afectado por la calificación y que provoca o agrava el estado de insolvencia»<sup>22</sup>.

Es más, hay quien incluso ha considerado justificada una naturaleza resarcitoria para la responsabilidad concursal atendiendo a su falta de consideración dentro de la fase de convenio (aunque para otros, sea más un inconveniente)<sup>23</sup>, por entender que *«sólo en la liquidación puede acontecer el daño directo a los acreedores [...] y no así en supuestos de convenio en los que la eficacia novatoria que éste conlleva (art. 136 LC) determina que los créditos de los acreedores ordinarios, subordinados y de los privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, queden extinguidos en la parte a la que afecte la quita y*

---

<sup>20</sup> ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 595-596; siendo reiterada esta idea en *op. cit.*, págs. 567-569, 570, y 571-572.

<sup>21</sup> ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC...», *cit.*, pág. 94. De manera similar, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 357.

<sup>22</sup> Así, GONZÁLEZ CABRERA, I., «Breves consideraciones...», en *cit.*, págs. 302-303; como también reconocen ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 596-597; o PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 364-365.

<sup>23</sup> ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 571.

*aplazados en su exigibilidad, por lo que no concurriría el daño al que se conecta la responsabilidad, esto es, la existencia de pasivo insatisfecho»<sup>24</sup>.*

### **C) Naturaleza sancionadora.**

Pero si ya había quien propugnaba desde un principio una naturaleza jurídica indemnizatoria para la responsabilidad concursal, como lo son las normas recogidas en Derecho societario *ex arts. 236 y ss. LSC*, hay quienes han venido defendiendo, contrariamente, un carácter sancionador para el actual art. 172 *bis* LC, al estilo del art. 367 LSC<sup>25</sup>, por diversas razones:

Primero, y a efectos prácticos, porque durante la tramitación parlamentaria de la norma, se terminaron rechazando las enmiendas<sup>26</sup> presentadas a favor de una pretendida naturaleza resarcitoria de la norma (sobre la idea de establecer una condena proporcional al daño ocasionado)<sup>27</sup>.

Segundo y atendiendo a la sistemática propia de la Ley concursal, porque la inclusión de una norma específicamente indemnizatoria dentro del art. 172.2 3º LC habría de suponer, de preverse igual naturaleza para la recogida en el art. 172.3 LC (ahora, 172 *bis*), una superposición de normas sin sentido. Una duplicidad de normas que, no obstante, se entiende inexistente desde el mismo momento en que se propugna para el segundo de aquellos preceptos una

---

<sup>24</sup> Así, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 348-349 y 358-359. De manera similar, VERDÚ CAÑETE, M. J., «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores», en *RCP*, monografía núm. 8/2008, págs. 99-100; si bien, esta autora matiza que sí puede hablarse de un daño sufrido por aquella minoría de acreedores que se ven sometidos a un convenio aprobado mayoritariamente.

<sup>25</sup> Asimilan la figura jurídica contemplada en el antiguo 172.3 LC con la de los igualmente derogados art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), entre otros, ALCOVER GARAU, A., «Aproximación...», *cit.*, pág. 93; y hoy, unificados en el art. 367 LSC, GALLEGO, E., «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 2646. Según este nuevo precepto: «1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando éste no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior».

<sup>26</sup> Enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Mixto (núm. 368 y 16, respectivamente) en el Congreso de los Diputados; y posteriormente reiteradas en el Senado por el Grupo Parlamentario Mixto y los Grupos Entesa Catalana pel Progrés y el Grupo Parlamentario Socialista.

<sup>27</sup> Así, ALCOVER GARAU, A., «Aproximación...», *cit.*, pág. 94; o BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», *cit.*, pág. 2635.

naturaleza diversamente sancionadora y, por tanto, absolutamente compatible con aquella otra norma jurídica resarcitoria<sup>28</sup>.

Y tercero, por razones de política jurídica, porque «la tesis indemnizatoria deja sin tratamiento aquellas conductas u omisiones dolosas que no se concretan en daños identificables pero que indudablemente ayudan al menos a agravar la insolvencia», o lo que es lo mismo, porque una teoría indemnizatoria dejaría impune comportamientos de personas afectadas por la calificación cuando no pudiera demostrarse una relación de causalidad. Y es que bien puede hablarse de conductas que provocan daños difusos que hacen imposible una prueba de la existencia de una relación de causalidad entre comportamiento antijurídico y daño, cuando esto es precisamente lo que ocurre con la norma contemplada en el (antiguo) art. 172.3 LC (hoy, 172 *bis* LC), al permitir una responsabilidad concursal más allá de la necesaria demostración de una causalidad<sup>29</sup>.

Consideraciones a las que se suma el convencimiento de que, y produciéndose una individualización de la imputación de la responsabilidad concursal entre los distintos sujetos afectados por la calificación de concurso (aun cuando ello no impida una posible distribución del déficit de manera solidaria, de darse el caso)<sup>30</sup>, su razón jurídica deba encontrarse en la graduación que se haga del dolo o culpa grave. Algo contrariamente irrelevante a los efectos de una indemnización por daño; como injustificada sería además, de ser una norma resarcitoria, su falta de regulación (y, por tanto, de aplicación) dentro del ámbito del convenio concursal o su limitación a supuestos de dolo o *culpa lata*, sin atender a cualquier otro grado distinto de culpabilidad<sup>31</sup>.

En definitiva, y para estos autores, «en la responsabilidad concursal el origen o empeoramiento de la insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño a la sociedad, atiende a una finalidad de cobertura de los créditos impagados en la liquidación, y, por tanto, al interés de los acreedores afectados»<sup>32</sup>; una finalidad que busca la moralización de las

---

<sup>28</sup> Igualmente, ALCOVER GARAU, A., «Aproximación...», *cit.*, pág. 101 y ss; o GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación...*, *cit.*, pág. 186.

<sup>29</sup> ALCOVER GARAU, A., «Aproximación...», *cit.*, pág. 103.

<sup>30</sup> Algo que queda al arbitrio del juez del concurso, según BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», *cit.*, pág. 2639.

<sup>31</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación...*, *cit.*, pág. 185; o BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», *cit.*, pág. 2634.

<sup>32</sup> Así, GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación...*, *cit.*, pág. 210; o BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», *cit.*, págs. 2634-2635. Falta de consideración del daño a los efectos de imputación de una responsabilidad concursal, igualmente reconocida por GALLEGU,

conductas, la «vigencia de unas exigencias éticas mínimas (dolo, *culpa lata*)»<sup>33</sup>. Una responsabilidad concursal la recogida en el art. 172 *bis* LC, al fin y al cabo, asimilable a la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC; o dicho de otra manera, esta última superpuesta a aquélla, algo que además hace lógica su desactivación (o suspensión) en favor del art. 172 *bis* LC, constante el concurso<sup>34</sup>.

#### D) Otras posturas doctrinales.

##### 1. Naturaleza jurídico- mixta de la responsabilidad concursal.

Pero no son aquéllas las únicas posturas doctrinales existentes en nuestro panorama doctrinal con respecto a cuál sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal. Hay quienes, por su parte, ya analizaban el antiguo art. 172.3 LC desde una doble perspectiva sancionadora-resarcitoria<sup>35</sup>.

Función punitiva, porque se entendía que existía una obligación de pago de deudas (que no, de indemnizar por daños) «objetivamente conectada a un concurso calificado como culpable»; pero función igualmente resarcitoria, porque igualmente se consideraba que el juez de lo mercantil necesitaba valorar la «conexión causal entre la actuación de los administradores y el daño a los acreedores» al «imponer o medir» la condena a aplicar a esas personas afectadas por la calificación de concurso culpable. Dicho en otros términos, «lo que la ley permite al juez es que sancione a los responsables concursales obligándoles a pagar deudas insatisfechas del concursado, “castigando” así su contribución dolosa o gravemente culpable a la insolvencia y, por tanto, al impago, y no tanto que les condene a indemnizar un daño que, en términos abstractos, podría coincidir o no con el importe de los créditos pendientes. Otra cosa es que ambas

---

E., «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 2646, aunque ello no impide que deba cuantificarse por el juez por lo que ha de responder cada persona afectada, de haber una pluralidad de imputados, en función de la valoración individual de su conducta y de su participación en los hechos determinantes de la calificación de concurso culpable.

<sup>33</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación...*, *cit.*, págs. 187; así como, BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», *cit.*, pág. 2635.

<sup>34</sup> GALLEGO, E., «Responsabilidad...», *cit.*, págs. 2655-2657.

<sup>35</sup> Defienden esta postura doctrinal, entre otros, PRENDES CARRIL, P. «La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal», en AC, febrero, 2004, núm. 18, págs. 31-54, pág. 42; o VERDÚ CAÑETE, M. J., «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 90 y ss. Si bien, esta autora hace hincapié en el hecho de que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil por daños con las peculiaridades propias del ámbito en el que se desarrolla (esto es, dentro de la sección de calificación del concurso) y de ahí, su función igualmente sancionadora (al respecto, *vid.* más concretamente, págs. 91, 98 y 109); ejemplos de este carácter sancionador en un sentido amplio son la imposición de una responsabilidad concursal de oficio por el juez del concurso, la posible discordancia entre la cuantía de la condena y el efectivo perjuicio, o el grado cualificado de la culpa.

magnitudes coincidan en el caso concreto, que objetivamente el impago constituya un daño patrimonial, o que el juez, a la hora de fijar la cuantía de la condena, deba tener en cuenta para imputar la responsabilidad la relación de causalidad entre la conducta observada y el perjuicio producido o la gravedad de aquélla». Y de ahí, que llegase a plantearse «un evidente paralelismo estructural» entre la responsabilidad concursal y los supuestos de responsabilidad por deudas de los arts. 262 LSA y 105 LSRL (hoy unificados en el art. 367 LSC), en contraposición a la responsabilidad societaria por daño patrimonial de los arts. 133, 134 y 135 de la LSA<sup>36</sup>.

## 2. Interpretación de la norma desde una perspectiva funcional.

Pero incluso hay quien, desde un principio, ha evitado analizar la responsabilidad concursal del art. antiguo art. 172.3 LC (y, actualmente, art. 172 *bis* LC) atendiendo a la dicotomía «resarcimiento - sanción» que ha venido enfrentando a nuestra doctrina científica, por resultar aquello insatisfactorio, y ha pasado a considerar relevante para el estudio de esta figura jurídica su perspectiva funcional, atendándose para ello a la evolución que ha tenido en nuestro Derecho comparado la norma británica sobre el «*wrongful trading*» (o francesa de la «*action pour insuffisance d'actif*»)<sup>37</sup>.

Según este parecer, estamos ante una norma específicamente concursal que, inserta en un marco de referencia comparado, precisa del uso de técnicas especiales «que no se pueden explicar sólo mediante el recurso a las categorías propias del Derecho común»<sup>38</sup>. «Técnicas específicas concursales para el enjuiciamiento del comportamiento de los administradores en el contexto de la crisis empresarial» que operan «sin perjuicio de los remedios generales del Derecho de daños»<sup>39</sup> y que, como efectivamente se reconoce para el sistema concursal británico o francés, encuentran su fundamento jurídico en el deber de los administradores de adoptar todas las medidas oportunas para la minimización de la pérdidas potenciales de los acreedores a partir del momento en que constaten o deban de haber constatado que no hay perspectivas razonables de

---

<sup>36</sup> Así, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria...», *cit.*, págs. 30-31, venía inicialmente a considerar una naturaleza punitivo-resarcitoria para la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC; postura doctrinal que, no obstante y tras la última reforma concursal acaecida, se ha visto alterada, al decantarse finalmente en favor de una naturaleza meramente resarcitoria de la responsabilidad concursal *ex art.* 172 *bis* LC (al respecto, *vid.* nota 16).

<sup>37</sup> Así, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 471.

<sup>38</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 471.

<sup>39</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, págs. 467.



evitar que una empresa incurra en una liquidación concursal; pues, de lo contrario, podrá condenarse a dichos administradores a complementar la masa activa del concurso en la medida adecuada<sup>40</sup>.

Más concretamente, y ya desde la perspectiva de nuestro Derecho concursal, dicho autor entiende errónea la interpretación que se hace de la cláusula general de calificación culpable del concurso (art. 164.1 LC) al considerar que en ningún caso la referencia que en él se hace a la generación o agravamiento del estado de insolvencia tiene un sentido patrimonial, sino funcional y, por tanto, ha de interpretarse como la «infracción de deberes de control del riesgo de insolvencia de la sociedad que operan en la proximidad a la insolvencia (“generación”) o una vez constatada esta (“agravación”)». Prueba de ello es que tampoco se recoja mención alguna a un daño patrimonial, ni en el art. 164.2 ni en las presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave previstas en el art. 165 LC<sup>41</sup>.

Por consiguiente, y ante una actuación no diligente del administrador social sobrepasando lo que sería un riesgo general asumible por los acreedores como consecuencia de una insolvencia fortuita, el legislador reacciona para corregir una alteración no permitida de ese riesgo, haciendo posible su imputación a los administradores del concursado (algo que hay que entender extensivo al resto de personas afectadas -liquidadores y apoderados generales- si seguimos las indicaciones del nuevo art. 172 *bis* LC); o lo que es lo mismo, y ante una alteración no permitida de ese riesgo, esta norma cumple una función de atribución (que no, una obligación de indemnizar un daño) del riesgo de insolvencia de la persona jurídica concursada<sup>42</sup>.

Habría que distinguir entonces un doble juicio: de calificación y de atribución de la responsabilidad concursal. El primero es un juicio sobre antijuridicidad de la conducta que aparece desconectado de la idea de daño, siendo los comportamientos designados en el art. 164 LC reflejo de la infracción de ese deber de prevención, control y minoración del riesgo de insolvencia de la sociedad concursada, por parte de sus gestores (se entiende con esto sus administradores, liquidadores y apoderados generales). Y el segundo permite a los jueces atribuir a dichos gestores ese riesgo mediante la condena a pagar la

---

<sup>40</sup> Medidas especiales de protección de los intereses de los acreedores, inicialmente recogidas en la s. 214 de la *Insolvency Act* inglesa de 1986 y en el art. L. 624-3 Ccom francés y con respecto a su subsiguiente evolución, *vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, págs. 465 y ss.

<sup>41</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 472.

<sup>42</sup> Asimismo, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 473.

totalidad o parte de las deudas sociales, siendo en este momento cuando pueda alegarse y probarse una eventual ruptura de la exigida conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento de aquellos sujetos y la generación o agravación del riesgo de insolvencia (o impago de deudas sociales), lo que les permitirá, en su caso, exonerarse o reducir el alcance de su responsabilidad<sup>43</sup>.

Con ello, se está reconociendo la obligación de individualizar la responsabilidad concursal de las personas afectadas por la calificación en atención al criterio de la «participación» en el hecho determinante de la calificación de concurso culpable, siendo la prueba de la exacta incidencia de su comportamiento en la generación o agravación del déficit concursal no un presupuesto de responsabilidad, sino una causa de exclusión de la imputación objetiva que corresponde alegar y probar a aquellos afectados; lo que significa que habrán de ser éstos mismos los que prueben su falta de vinculación al hecho determinante de la calificación (o el alcance limitado de su participación en el mismo), pudiéndose, por el contrario, establecer una responsabilidad solidaria por el déficit total o parcial por parte del juez del concurso, cuando no sea posible determinar una distinta participación de los sujetos efectivamente responsables<sup>44</sup>.

### **III. Interpretación jurisprudencial: problemática actual.**

Y si todas ellas son las opiniones doctrinales que, un tanto diversas, podemos encontrarnos al analizar la naturaleza jurídica del nuevo supuesto de responsabilidad concursal inserto en la Ley concursal de 2003 (y reformado recientemente en 2011), no es menos imprecisa la interpretación que se ha recogido del mismo por parte del Tribunal Supremo; o mejor aún, la interpretación que se ha hecho de sus resoluciones judiciales, por parte de algunas de nuestras Audiencias Provinciales.

Siempre se ha tenido claro que este tipo de responsabilidad concursal necesita, para su aplicabilidad, de la concurrencia de una «justificación añadida» a los presupuestos que la hacen posible (ese deber de ser una sociedad concursada inmersa en una fase de liquidación, habiéndose calificado su concurso como culpable y existiendo un déficit patrimonial que cubrir), por no resultar «una consecuencia necesaria» del concurso culpable la condena de las personas

---

<sup>43</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Reformas en materia de calificación concursal», en *RCP*, 2012, núm. 16, págs. 97-102, págs. 101-102; *ibidem*, «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 473.

<sup>44</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Reformas...», *cit.*, pág. 102.

afectadas por dicha calificación en tanto en cuanto el precepto analizado establece una facultad discrecional del juez de condenar (o no) a todos o algunos de los administradores y liquidadores (así como, se sobreentiende -desde la reforma de 2011-, apoderados generales) del concursado, a cubrir total o parcialmente la insuficiencia patrimonial que afecta a sus acreedores<sup>45</sup>.

Así, y centrando su atención en la figura del administrador social (por ser el supuesto fáctico que se resolvía en casación), se ha establecido como «criterio añadido» a la calificación de concurso culpable de una sociedad insolvente en fase de liquidación a tener en consideración por el juez de lo mercantil, «conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario», la evaluación de «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* -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo»<sup>46</sup>.

Ahora bien, el problema está en qué entender exactamente por aquello; una referencia, por lo demás, reiterada por el Tribunal Supremo en sucesivas ocasiones<sup>47</sup>.

Y lógico resulta, en mi opinión, que se haga responder al administrador atendiendo al comportamiento que afecta al órgano social al que pertenece y del que se deriva la calificación de concurso culpable, entre otras cosas, porque el comportamiento calificado como culpable en un concurso de una sociedad mercantil es el propio de aquel gestor que actúa y representa a aquélla en el tráfico mercantil. Con ello se nos está diciendo que, a la hora de la imputación de la responsabilidad concursal a todos o algunos de los sujetos afectados por la calificación de concurso culpable, el juez del concurso habrá de tener en consideración los hechos que sirvieron para calificar el concurso del empresario social como culpable pues la actuación de su órgano social no es otra que la de sus propios integrantes, no pudiendo contrariamente exigirse la prueba de una

---

<sup>45</sup> En este sentido, *vid.* STS, de 21 de mayo de 2012, en el voto particular que la misma recoge.

<sup>46</sup> En este sentido, *vid.* STS de 6 de octubre, de 2011, en su fundamento jurídico cuarto. Y con posterioridad a ella, es una postura que se reitera en otras tantas, como la STS de 17 de noviembre de 2011, o de 21 de mayo y 16 de julio de 2012.

<sup>47</sup> Al respecto, *vid.* nota 46.

relación de causalidad para esta imputación concursal de responsabilidad si no se ha requerido previamente en el juicio de calificación para la propia sociedad; o lo que es lo mismo, y como reconoce el mismo Tribunal Supremo, «no se corresponde con la lógica [...] 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»<sup>48</sup>.

Pero consecuencia de ello es también que pueda interpretarse esa expresión sobre la evaluación de los «elementos subjetivos y objetivos» del comportamiento de los sujetos afectados por la calificación de concurso culpable atendiéndose al carácter dual con el que se ha venido configurando el mismo *ex* arts. 164.1-165 LC y 164.2 LC. Con otras palabras, y dependiendo del tipo de concurso culpable en el que nos encontremos, habría de concebirse la responsabilidad concursal de él derivado *ex* art. 172 *bis* LC como un instrumento a través del cual se tome en consideración el comportamiento de los sujetos afectados por la calificación del concurso, atendiéndose a la incidencia que éste tenga en la generación o agravamiento del estado de insolvencia (y, por tanto, exigiéndose una relación de causalidad entre comportamiento antijurídico y daño) pero también, atendiéndose simplemente a la mera participación de aquellos sujetos en los hechos resultantes de la calificación de concurso culpable (sin la necesidad de probar un daño o su relación de causalidad con aquel comportamiento antijurídico). Algo que se ajustaría más, de entre las distintas posturas doctrinales anteriormente analizadas, a la que atiende a una naturaleza jurídico mixta o punitivo-sancionadora de la responsabilidad concursal.

No obstante lo dicho, lo cierto es que ese criterio (o razón jurídica) que ha recogido el Tribunal Supremo en una pluralidad de sentencias para la imputación de la responsabilidad concursal ha provocado una pluralidad de interpretaciones al respecto; aun cuando siempre nuestros jueces han partido de un mismo punto, esto es, el considerar que no estamos ante una norma sancionadora.

---

<sup>48</sup> Así lo recogen, por ejemplo, las SSTs de 6 de octubre y de 17 de noviembre de 2011 (en su fundamento jurídico cuarto), así como la de 21 de mayo de 2012 (en su voto particular).

Así, se ha hecho una interpretación resarcitoria de la responsabilidad concursal<sup>49</sup> por quienes entienden que dicha responsabilidad atinente a las personas afectadas por un concurso culpable deriva de serles imputable el daño que indirectamente ha sido causado a los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban; o lo que es lo mismo, y puesto que «el objetivo de aquel precepto [el antiguo art. 172.3 LC] es exigir a los administradores la reparación del daño causado, directa o indirectamente, a los acreedores de la sociedad concursada que han visto perjudicados sus créditos por la insuficiencia del patrimonio de la compañía para pagarlos, en ese sentido la naturaleza de la responsabilidad es resarcitoria»<sup>50</sup>.

Pero también hay quienes, como ya dijera anteriormente, han interpretado este tipo de responsabilidad, no de una manera exactamente resarcitoria, sino asimilándola a otras figuras jurídicas que, como la acción francesa de complemento del pasivo, vienen a reconocer aquí un supuesto de norma meramente atributiva de la responsabilidad o de imputación de riesgos. Y ello por considerar que, aun cuando de la lectura de una concreta sentencia del Tribunal Supremo al respecto podría derivarse el reconocimiento de una responsabilidad concursal resarcitoria o indemnizatoria, la intención de aquel órgano jurisdiccional no ha sido otra que la de ver en la responsabilidad concursal del antiguo art. 172.3 LC una función resarcitoria, aún sin revestir ésta la naturaleza propia de una acción de resarcimiento o por daños; esto es, se niega la existencia de una finalidad sancionadora, lo que no significa que dicha responsabilidad tenga carácter indemnizatorio *strictu sensu*, aun cuando sí cumpla una función resarcitoria que «no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el “daño que indirectamente fue causado a los acreedores”»; y de ahí que «no deba exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de un nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso». Estaríamos pues ante una «responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad», no debiéndose «atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados»; idea que se entiende reforzada, más aún si cabe, con la nueva redacción del art. 172 *bis* LC<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ésta es, por ejemplo, la interpretación que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ha hecho de las SSTs emitidas el 23 de febrero, el 12 de septiembre, o el 6 de octubre de 2011.

<sup>50</sup> Asimismo, *vid.* SAP de Palma de Mallorca, de 7 de marzo de 2012, fundamento jurídico sexto.

<sup>51</sup> En este sentido, *vid.* la ya mencionada SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2012, en su fundamento jurídico quinto.

Aunque más destacable resulta aún, si cabe, el hecho de que esa falta de unanimidad sobre cuál sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal haya llegado a producirse entre los propios miembros del Tribunal Supremo, al ofrecerse últimamente una interpretación, diversa a la propuesta y mayoritariamente establecida por dicho órgano jurisdiccional; o más aún incluso, al recogerse por el mismo Tribunal Supremo una forma distinta de entender el alcance de dicha responsabilidad concursal.

Así, es hoy por hoy postura minoritaria la defendida por quien entiende necesaria (para la aplicación de una responsabilidad concursal *ex art. 172 bis LC*) la concurrencia de una relación de causalidad entre el comportamiento de las personas afectadas por la calificación de concurso culpable y el daño causado indirectamente a los acreedores, al margen de la causa legal que provoque tal calificación (esto es, aún derivándose de cualquiera de los hechos legales de culpabilidad del art. 164.2 LC); y, por tanto, en contraposición al carácter aparentemente dualista que podría reconocérsele a dicha responsabilidad con la expresión sobre una evaluación de los «elementos subjetivos y objetivos» del comportamiento de los sujetos afectados por la calificación de concurso culpable. Pues si bien es cier

n o

gico que se reserve

n de la insolvencia»<sup>52</sup>.

O igualmente destacable es la interpretación que el propio Tribunal Supremo ha recogido de ese «criterio añadido» aplicable a la responsabilidad concursal (eso sí, delimitándose a resolver un caso de concurso culpable de los

---

<sup>52</sup> Voto particular emitido por el magistrado, D. Ignacio Sancho Gargallo, en STS de 21 de mayo de 2012; y postura jurisprudencial entendida como la correcta, actualmente, por QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, págs. 10, 12, 22 y 25 que, como aquél, reconoce que «aunque entre hechos e insolvencia no sea necesario nexo causal para calificar el concurso como culpable, sí lo es entre conducta y daño para condenar por responsabilidad concursal»; o dicho de otra manera, que «la imputación de responsabilidad debería haber exigido una contribución comprobada a la generación o agravación de la insolvencia, aunque tal conexión no se precise para la calificación del concurso como culpable». De manera similar, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, págs. 568-569, 570-571, 584 y 595, insiste constantemente en la idea de que con respecto a cualquiera de los «hechos de concurso culpable» tipificados en el art. 164.2 LC se produce una relación de causalidad, de aquéllos con el déficit concursal del que deriva el daño a los acreedores.

previstos en el art. 164.2 LC que, como sabemos, no precisan de una causalidad) como un supuesto que nada parece tener que ver con una responsabilidad resarcitoria *strictu sensu*, al hablar de ella como una «responsabilidad por deuda ajena» que ha de individualizarse prescindiendo «totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia» y teniendo en cuenta «la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso»<sup>53</sup>

#### IV. Conclusiones.

En consecuencia, la reforma concursal en materia de responsabilidad concursal ha supuesto un avance insuficiente en el tratamiento de esta figura jurídica, al menos, a efectos de configurar su naturaleza jurídica; y ello, por no favorecer una interpretación unitaria que permita ver en este tipo de responsabilidad una norma meramente resarcitoria o contrariamente sancionadora (o incluso, de naturaleza mixta). Falta de determinación que, sin embargo, resulta absolutamente imprescindible en mi opinión, pues no deja de tener efectos considerables elegir una u otra opción; y es que, atendiéndose a la postura meramente resarcitoria de la responsabilidad concursal, puede no hacerse responder a sujetos afectados por la calificación de concurso culpable en fase de liquidación de una sociedad insolvente si no hay prueba suficiente de la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico efectuado por él y el daño sufrido (la generación o agravación del estado de insolvencia).

Menos aún nos sirve la interpretación que de la Ley concursal hacen al respecto nuestros jueces y magistrados.

En mi opinión, y mientras no se produzca una variación normativa en la (hasta ahora) calificación dual del concurso culpable, presupuesto éste necesario para la imputación de una responsabilidad concursal, no puede hablarse sino de una naturaleza igualmente dual o mixta para esta última; y ello, porque la actuación del órgano gestor castigada a través de la calificación culpable del concurso no es otra que la actuación de sus integrantes, aquí individualizada, a través del comportamiento efectivo que haya llevado cada uno de ellos. Lo que es lo mismo que decir que sólo se puede exigir una relación de causalidad entre el comportamiento de un sujeto afectado por la calificación y el daño, en tanto en

---

<sup>53</sup> En este sentido, *vid.* STS de 16 de julio de 2012, en su fundamento jurídico tercero, segundo submotivo.

cuanto aquélla se haya exigido probar con respecto al órgano gestor de la sociedad cuyo concurso haya sido calificado como culpable *ex arts.* 164.1 y 165 LC; o que no habría de exigir tal causalidad a aquellos sujetos afectados por la calificación cuando el hecho determinante de la misma se encuentra entre los supuestos objetivos de culpabilidad recogidos en el art. 164.2 LC (siendo ésta graduable, en su caso, en atención a la mayor o menor culpabilidad con la que se haya actuado).

Un supuesto de responsabilidad *sui generis* entonces, el planteado dentro de un procedimiento concursal, por su doble implicación sancionatorio-resarcitoria; pero en el que además podría verse el origen de un posible supuesto de responsabilidad atributiva del déficit patrimonial del concursado como medida de control del riesgo de insolvencia. Y es que bien podría llegar a enfocarse esta figura jurídica desde una perspectiva funcional, como reconoce algún sector doctrinal. Aunque esto es, en mi opinión y por el momento, más una pretensión que una realidad, o una propuesta de *lege ferenda* que habría de ser atendida (de ser aquélla finalmente la intencionalidad del legislador concursal para con el art. 172 *bis* LC), pues nada dice nuestro legislador societario (o incluso concursal) sobre un deber del administrador de proteger el interés de los acreedores de una sociedad en situaciones de crisis económica, más allá del deber de proteger el interés de los socios estipulado en los arts. 225 y ss. LSC. Para que ello fuera posible, sería necesario una regulación específica que efectivamente permitiera desatender el interés social a favor del de unos acreedores que se van a ver afectados por la proximidad de un procedimiento concursal; normativa aún inexistente dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

ALCOVER GARAU, A., «Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital», en *RCP*, 2007, núm. 7, págs. 91-108.

ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RCP*, 2004, núm. 1, págs. 91-107.



- «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «la responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», en *RCP*, 2011, núm.14, págs. 97-105.

- «Calificación del concurso», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012.

BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Responsabilidad concursal», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012.

GALLEGO, E., «Responsabilidad de los administradores», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. II, Navarra, 2012.

GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Navarra, 2004.

GONZÁLEZ CABRERA, I., «Breves consideraciones acerca de la calificación como culpable del concurso de persona jurídica en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal», en *RCP*, 2011, núm. 14, págs. 293-304.

- «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)», en *RCP*, núm. 16, 2012, págs. 249-264.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal. (Comentario a la STS 1ª. de 23 de febrero de 2011)», en *RCP*, 2011, núm. 15, págs. 463-473.

- «Reformas en materia de calificación concursal», en *RCP*, 2012, núm. 16, págs. 97-102.

PRENDES CARRIL, P., «La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal», en *AC*, febrero, 2004, núm. 18, págs. 31-54.

PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coord.. G. Guerra Martín), Madrid, 2011.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RCP*, 2009-1, núm. 10, pág. 19-48.

— «La responsabilidad concursal tras la reforma de 2011», en *Documentos de Trabajo de Derecho Mercantil*, 2012/67, <http://eprints.ucm.es>.

SANCHO GARGALLO, I., «La calificación del concurso», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 70, Madrid, 2007.

VERDÚ CAÑETE, M. J., «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores», en *RCP*, monografía núm. 8/2008.

VILATA MENADAS, S., «La responsabilidad de los administradores sociales dentro y fuera del concurso», en AA.VV., *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, Madrid, 2012.

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)