

# El Tribunal Supremo y la responsabilidad concursal

(Comentario breve a la Sentencia del Tribunal Supremo,  
Sala Primera, de 22 de mayo del 2019)

## **Fernando Marín de la Bárcena**

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

---

*La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de mayo, remarca que determinados comportamientos constitutivos de calificación culpable del concurso pueden provocar una inversión de la carga de la prueba sobre la incidencia del comportamiento de los administradores en la generación o incremento del déficit concursal, pero sigue sin ofrecer la «justificación añadida» de la atribución de la responsabilidad concursal.*

### **1. La reforma del artículo 172 bis de la Ley Concursal**

El artículo 172 bis de la Ley Concursal establece que, en caso de calificación culpable del concurso con apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a las personas afectadas por la calificación a reintegrar el déficit concursal «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia». Este último inciso se incluyó mediante el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, que reformó la Ley Concursal, y se aplica a todas las secciones de calificación abiertas con posterioridad a su entrada en vigor.

La reforma pretendía garantizar que la aplicación de la norma se hiciera en clave «indemnizatoria» y no «sancionadora». De este modo, la condena a reintegrar el déficit concursal no dependería de la «gravedad» de la conducta observada por los administradores como personas afectadas por la calificación, sino que se aplicaría (o no) en función de la incidencia

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que su comportamiento hubiera tenido en la «generación o agravación de la insolvencia», entendido este concepto en términos patrimoniales.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo del 2019 aclara que la conducta que «genera o agrava la insolvencia» es la que «a la postre» provoca el déficit concursal cuya reintegración regula el artículo 172 bis de la Ley Concursal. Además, afirma que para condenar a los administradores es necesario ofrecer una «justificación añadida», que consiste en realizar 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». La combinación de ambas ideas permite llegar a la conclusión de que, para establecer esta condena, es necesario comprobar en qué medida la generación o la agravación (el incremento) del déficit concursal es imputable a los administradores.

La sentencia recurrida en casación, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, había condenado a los administradores a reintegrar el déficit concursal en la cantidad de 404 000 euros por haber cometido una irregularidad contable consistente en incluir en el balance un activo por créditos de deudores varios que no existía (un activo «ficticio») por ese mismo o parecido importe.

El Tribunal Supremo considera, acertadamente, que dicho comportamiento de los administradores, si bien suficiente para declarar culpable el concurso, no tiene consecuencia patrimonial alguna sobre el déficit, y por eso revoca la resolución de la Audiencia Provincial.

Además, recogiendo una idea ya expuesta por el ponente en el conocido voto particular a la Sentencia de 21 de mayo del 2012, el tribunal advierte de que el incumplimiento sustancial de los deberes de contabilidad o la comisión de irregularidades relevantes (art. 164.2.1.º), así como el falseamiento de la documentación acompañada a la solicitud de concurso (art. 164.2.2.º), pueden provocar como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar la medida en que el comportamiento constitutivo de calificación culpable contribuyó en la generación o agravación de la insolvencia (*rectius*: en la generación o incremento del déficit concursal) y con ello «invertir la carga de la acreditación».

Es decir, la comisión de incumplimientos o irregularidades contables o documentales puede provocar una inversión de la carga de la prueba respecto de la incidencia que la gestión de los administradores tuvo sobre la generación o agravación del déficit concursal que, si no se produce, determinaría la condena a reintegrar la totalidad de ese déficit.

Es una solución similar a la ofrecida hace años por la Corte de Casación italiana que condena a pagar el déficit ante supuestos de incumplimientos graves y generalizados del deber de llevanza de la contabilidad y similar también a la que ha permitido extender el

ámbito de la acción individual de responsabilidad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital para la indemnización de lesiones indirectas de los derechos de los acreedores sociales en sociedades que desaparecen del tráfico sin depositar cuentas ni liquidarse sus activos de forma ordenada.

## 2. El fundamento de la responsabilidad concursal

La doctrina de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya no era correcta y el tribunal acierta al estimar el recurso de casación interpuesto contra ella. La comisión de una irregularidad relevante en la contabilidad (hacer constar un activo ficticio) determinará la calificación culpable del concurso porque se trata de un comportamiento antijurídico que, producido en la proximidad de la insolvencia, perjudica el derecho de los acreedores del concursado a la comprensión de la situación patrimonial del deudor. En ese sentido «agrava» la insolvencia. Sin embargo, no es una conducta relevante a los efectos de atribuir la obligación de pagar el déficit ni en todo ni en parte. Dicha atribución requiere ofrecer una «justificación añadida» que, a su vez, consiste en establecer una conexión entre el comportamiento de los administradores y la generación o incremento del déficit concursal.

El problema reside en que no acaba de acertarse en definir en qué consiste tal justificación, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo del 2019 tampoco lo hace.

En nuestra opinión, la atribución del déficit concursal debe llevarse a cabo en la medida en que los administradores (o personas afectadas por la calificación) hayan infringido deberes de prevención, control y, en su caso, minoración del riesgo de insolvencia de la persona jurídica concursada (v. gr., capitalización adecuada, reconocimiento temprano de la crisis, control de la liquidez y de situaciones de sobreendeudamiento, disolución temporánea o adopción de medidas de saneamiento, etcétera) que de modo previsible para los administradores haya determinado la situación, ya irreversible, de impago de todas o parte de las deudas sociales. El artículo 172 *bis* de la Ley Concursal es la consecuencia prevista por el legislador de comportamientos que han determinado una traslación o incremento indebida del riesgo de insolvencia de la sociedad sobre los acreedores sociales que se manifiesta en el déficit. Ese tipo de comportamientos se «compensa» mediante la extensión del área de responsabilidad por deudas de la sociedad a los administradores (como hace el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital en el caso de incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución).

El incumplimiento más frecuente de este tipo de deberes consiste en la continuación indebida de la actividad empresarial de una sociedad incursa en causa de disolución o insolvencia actual. Ese comportamientos, que antepone de forma indebida los intereses de los socios, generará normalmente pérdidas que perjudicarán al colectivo de los acreedores sociales o provocará otro tipo de «daños directos de cuota»

como ocurre cuando se efectúan indebidamente pagos a favor de unos determinados acreedores en perjuicio de los demás (v. gr., créditos privilegiados). Generalmente, la norma se aplica mediante el contraste entre la situación patrimonial existente en el momento en que los administradores debieron cumplir sus deberes de minoración (v. gr., promoción de la disolución o solicitud de concurso) y la existente en el momento de la apertura del procedimiento (cfr. SAP Murcia de 31 de octubre del 2018). En otros casos, la administración concursal enfocó el análisis desde el punto de vista del incremento sólo del pasivo durante el periodo de continuación indebida de la actividad (cfr. SJMER Santander de 8 de enero del 2019).

Pues bien, no cabe duda de que la prevención, el control o la minoración del riesgo de insolvencia requieren antes que nada la llevanza de una contabilidad mínima y de una planificación mínima de la actividad y la financiación empresarial. No se trata por tanto de invertir la carga de la prueba en ausencia de toda contabilidad, como sugiere el Tribunal Supremo, sino de aplicar la norma de modo conforme a su sentido y finalidad. La totalidad del déficit concursal debe imputarse a quien incumple este tipo de deberes porque determinan una traslación del riesgo empresarial de los socios a los acreedores. En este sentido, es destacable la doctrina que contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero del 2019, que, en un caso posterior a la reforma del 2014, condenó a reintegrar el déficit concursal por detectar incumplimientos contables «extremadamente graves» y una «prácticamente nula» planificación y financiación de la entidad concursada. Ésta es, en nuestra opinión, la línea correcta.

### 3. Conclusiones

Las conclusiones que cabe extraer de la última sentencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad concursal de los administradores (art. 172 bis LC) son tres:

- a) la «justificación añadida» que se requiere para imputar a los administradores la cobertura del déficit concursal consiste en realizar 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»;
- b) a los efectos de la aplicación de esta norma, la generación o agravación de la insolvencia es la generación o incremento del déficit concursal;
- c) algunos comportamientos determinantes de la calificación culpable del concurso, si impiden conocer la medida en que el comportamiento de los administradores provocó la generación o la agravación del déficit concursal, pueden determinar la condena a reintegrarlo en su totalidad (por resultar una inversión de la carga de la prueba).

Con todo, es inevitable una crítica a la sentencia. Es necesario que el Tribunal Supremo español se pronuncie sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad concursal, es decir, qué tipo de comportamientos activos u omisiones pueden justificar la atribución a los administradores de la obligación de pagar en todo o en parte las deudas insatisfechas en el concurso de acreedores. Ésta es la «justificación añadida» que se exige a los operadores, pero que el tribunal no ofrece y la práctica reclama.