

CONCURSO DE ACREEDORES. CALIFICACIÓN (Comentario a la STS de 21 de mayo de 2012)¹

José Ignacio Atienza López

*Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia
Penitenciaria n.º 3 de Madrid*

EXTRACTO

El Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad es consiguiente y automática a que se haya calificado como culpable el concurso, sea cual sea el motivo aplicado, y se proyecta sobre las personas afectadas por la calificación. Luego, más allá del juicio de imputación de las conductas que merecen la calificación culpable del concurso, no sería necesario acudir a ninguna justificación adicional para imponer la responsabilidad de los administradores a cubrir el déficit concursal. La única justificación adicional sería la que admitiría una moderación de la condena, que permitiría graduar la responsabilidad (que siempre existiría), «en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma, etc.». La calificación del concurso será culpable si se aprecia una presunción que no admita prueba en contrario, con posibilidad del juez de condenar al administrador de la empresa concursada al pago del déficit comercial.

Palabras claves: concurso de acreedores, calificación culpable del concurso, presunciones legales que fundamenten la calificación y condena al pago del déficit concursal.

Fecha de entrada: 15-02-2013 / Fecha de aceptación: 15-02-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*, CEF, núm. 146, marzo 2013, o en *Normacef Civil-Mercantil* (NCJ057627).

BANKRUPTCY. RATED

(Commentary on the Supreme Court of 7 March 2012)

José Ignacio Atienza López

ABSTRACT

The Supreme Court understands that the responsibility is therefore automatic and has been described as the bankruptcy guilty, whatever the design applied, and projected onto the people affected by the rating. Then, beyond judgment of attribution of conduct deserving guilty qualifying contest would not be necessary to go to any additional justification for imposing the responsibility of managers to cover the deficit bankruptcy. The only additional justification which would admit a moderation of the sentence, which would graduate the responsibility (which always exist), «in response to factors such as the severity of the behavioral effect on the nature of bankruptcy guilty, the intensity of the participation of each administrator or liquidator in it, etc.». The rating of the bankruptcy notice is guilty if a presumption not supported by evidence to the contrary, with the possibility of the judge to sentence the insolvent company administrator to pay the trade deficit.

Keywords: bankruptcy, rating guilty of bankruptcy, legal presumptions and ordered to pay the deficit bankruptcy.

Los hechos integrantes de la calificación culpable del concurso de la sociedad NELION COMPUTER INTERNACIONAL, SL se basan en las siguientes conductas:

Con la solicitud de concurso voluntario, la concursada aportó un balance de situación, fechado el 4 de octubre de 2004 y cerrado a 30 de septiembre, que incluía una cantidad por activos ficticios de 1.286.006,11 euros (en concreto, créditos ficticios), que representaba más del 12% del activo según la valoración contenida en dicho balance de situación y más del 20% del activo según la valoración que posteriormente hizo la administración concursal en su informe. El tribunal de instancia apreció que esta conducta constituía, de una parte, una irregularidad en la contabilidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada (art. 164.2.1 de la LC), y, de otra, una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.2 de la LC), que en todo caso merecían la calificación culpable conforme a los números 1 y 2 del artículo 164.2 de la Ley Concursal (LC).

Don Evelio, a través de la sociedad XARXET COMERCION INTERNATIONAL, SL, de la que era socio único, cobró de la concursada 113.856 euros, en concepto de servicios carentes de justificación; y don Anselmo detrajo de la concursada 200.000 euros, «para aplicarlos en su provecho particular a fin de pagarse la compra de una vivienda». Ambas conductas son subsumidas directamente en el artículo 164.1 de la LC, en la medida en que agravaron la situación de insolvencia.

A partir de estos hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012 con su importante voto particular establece una interpretación y aplicación de los artículos 164 y 172 de la LC, discrepante con una línea jurisprudencial marcada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011, 12 de septiembre de 2011, 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011. Concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 establecía que la naturaleza jurídica de la condena al administrador de la sociedad concursada, a todo o parte del déficit concursal *ex artículo* 172.3 de la LC, tenía naturaleza indemnizatoria, frente a la posición de algunas audiencias y juzgados mercantiles que venían defendiendo su carácter sancionador al igual que una buena parte de la doctrina, y concretamente lo hacían en estos términos: «Aunque su lectura pueda sugerir que se ha decantado por la tesis resarcitoria o indemnizatoria que veníamos sosteniendo, no creemos que haya sido así» (...) «si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el Tribunal Supremo afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso» (...). «Solo así se puede explicar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso en un supuesto en el

que resultaba evidente que no existía y no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado el administrador al pago del descubierto o déficit...».

La tesis resarcitoria es mucho más garantista que la sancionatoria, pues como señala Miralbel: «Exigía un doble juicio de causalidad por el tribunal frente a la arbitrariedad que siempre puede entrañar la imposición de sanciones. Añadíamos, en relación con los juicios de causalidad y, por tanto, de motivación de la condena a pagar por los administradores sociales todo o parte del déficit concursal, que debían ser dos: el primero debía referirse a la apreciación de dolo o culpa grave en la conducta del administrador causante o agravante de la insolvencia. El segundo juicio de causalidad debería referirse a la cuantificación del daño en relación con la conducta del administrador eventualmente condenado. Expresábamos nuestro parecer favorable a que, a pesar de las dudas que suscitaba la sentencia de la Sección 15.ª de la APB de 23 de abril de 2012, el Tribunal Supremo hubiera dejado clara su postura fijando el carácter indemnizatorio de la eventual condena».

La Sentencia del Tribunal Supremo que se trae a colación vuelve a plantear la discusión entre ambas tesis en estos términos:

«Expusimos en la Sentencia 644/2011, de 6 de octubre, que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Por esa razón, para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes expresamente impuestos por el propio apartado del artículo 172, es necesario que el órgano judicial llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte y hubiera determinado la calificación del concurso como culpable.

En la Sentencia 644/2011, precisamos que la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno (el previsto en el apdo. 1 de su art. 164) la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culpable, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro (previsto en el apdo. 2 del mismo artículo) la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no hubieran generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo.»

A partir de todo ello, resulta muy interesante el voto discrepante del Magistrado Sancho Gargallo, cuyos parámetros esenciales son:

- a) 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.
- b) La determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del artículo 74 de la LC, debería estar en condiciones de identificar de forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia.
- c) La interpretación formulada en este voto pretende aportar mayor seguridad jurídica, pues deja claro a quienes intervienen en el tráfico jurídico, como administradores o liquidadores de sociedades mercantiles, el marco de responsabilidad que asumen con su actuación. Saben que responderán del déficit, en caso de concurso de acreedores de la sociedad, en la medida en que hayan contribuido a generar o a agravar la insolvencia. Por contra, el criterio seguido por la mayoría podría generar inseguridad, pues impide conocer de antemano los presupuestos de la posible responsabilidad y su relación o conexión con su alcance. Tal es así, que en la práctica no deja margen de revisión, y un ejemplo paradigmático es el presente caso.

La conclusión de esta sentencia es que se puede tratar de lograr la condena al pago del déficit concursal utilizando presunciones o sin su empleo aportando pruebas de actos u omisiones calificables de dolosos o culpables, imputables al administrador de la sociedad concursada.