

La cuantificación de la condena al pago del déficit concursal, según la doctrina de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

Alexandra Mercader de Sojo

Trabajo de Final de Grado en Derecho (Curso 2013-2014)
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

La responsabilidad concursal ex art. 172bis de la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio es uno de los temas que en la práctica más polémica ha generado en estos últimos años. Encontramos en la doctrina y la jurisprudencia numerosos debates sobre la naturaleza jurídica y el alcance cuantitativo de la responsabilidad concursal. Desde el Real Decreto-ley 4/2014 se ha resuelto la controversia relativa a la naturaleza jurídica estableciendo que la responsabilidad concursal es de naturaleza resarcitoria. Sin embargo, todavía no hay un acuerdo en cuanto a los criterios razonables que deben justificar el alcance de la cuantificación de la condena a la cobertura del déficit concursal. Consecuentemente dependiendo del criterio que adopte el juez se obtendrá un resultado u otro, traspasándose así los límites de la seguridad jurídica.

El objetivo de este trabajo es analizar los criterios de cuantificación de la condena a la cobertura del déficit concursal que se aplican actualmente, a través del estudio de la doctrina que, por su carácter emblemático, ha desarrollado la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en los últimos años. Los resultados de este análisis corroboran la necesidad de determinar un único sistema de criterios razonable que proporcione la seguridad jurídica que todo régimen de responsabilidad debe tener.

Bankruptcy liability ex art. 172bis Spanish Act 22/2003 of July 9th Insolvency is one of the practical issues that has generated considerable controversy in recent years. In the doctrine and case-law, there are numerous debates about the legal status and the quantitative scope of the bankruptcy liability. Since Royal Decree Law 4/2014, the legal nature of bankruptcy liability has been resulted and it is compensatory. Nevertheless, there is not yet consensus about the criteria of quantification that has to justify the quantification's scope of the bankruptcy deficit penalty. In consequence, depending on the judge's criteria the result is one or another, exceeding the limits of legal certainty.

The aim of this paper is to analyze all quantification's criteria of the bankruptcy deficit that has been applied for the past few years, through the study of doctrine developed by the Section 15th of Barcelona's Provincial Audience in recent years. The outcomes obtained corroborate the necessity of to identify a single criteria's system which will provide the legal certainty that the entire system requires.

Title: Quantification of the penalty payment regarding the bankruptcy deficit, according to the doctrine of Section 15 of the Provincial Court of Barcelona

Palabras clave: responsabilidad concursal, déficit concursal, seguridad jurídica

Keywords: bankruptcy liability, bankruptcy deficit, legal certainty

Sumario

1. Planteamiento de la controversia
2. Presupuestos de culpabilidad
 - 2.1 Supuestos de generación de la insolvencia
 - a) Incumplimiento del deber de llevar la contabilidad
 - b) Inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso
 - c) Alzamiento de bienes
 - d) Salida fraudulenta de bienes
 - e) Simulación de una situación patrimonial ficticia
 - 2.2 Supuestos de agravación de la insolvencia: en especial, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso
3. Criterios de cuatificación de la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal
 - 3.1 Naturaleza y gravedad de la conducta
 - a) Generación de la insolvencia
 - b) Agravamiento de la insolvencia
 - Valor de los créditos nacidos con posterioridad al incumplimiento del deber de solicitar el concurso y antes de la efectiva solicitud del concurso
 - Valor de los créditos generados por decisiones tomadas en el periodo de demora indicativas de la voluntad de desafiar el sistema legal concursal
 - Valor de las pérdidas de explotación
 - 3.2 Ejercicio del cargo de administrador o liquidador de la sociedad
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Anexo: Tabla de jurisprudencia de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona

1. Planteamiento de la controversia

La responsabilidad concursal tipificada en el art. 172bis¹ de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ([BOE núm. 64 de 10.07.2003](#)) (en adelante, LC) ha protagonizado uno de los debates más intensos de los últimos años en materia concursal. Puede definirse brevemente la responsabilidad concursal como la facultad judicial de condenar a todas o a algunas de las personas afectadas por la calificación culpable del concurso a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal, en caso de que el concurso se solucione (como ocurre en la inmensa mayoría de los casos) por la vía de la liquidación.

La crisis económica de estos años, como todas las crisis, ha supuesto un golpe muy duro para el conjunto del país pero también nos ha aportado cosas positivas. Una de ellas es la constatación de que el mundo cambia constantemente y que debemos aprender a ser flexibles, a adaptarnos y a aceptar la incerteza. Este aprendizaje es el que ha tratado de plasmar la Ley Concursal en sus diferentes reformas. La Ley Concursal instauró un sistema concursal moderno y unitario que se rige por los principios de unidad legal, de disciplina y procedimiento. Sin embargo, su aplicación ha aflorado determinados aspectos disfuncionales y contrarios a los propósitos del texto original. Entre ellos, la naturaleza jurídica y el alcance cuantitativo de la responsabilidad concursal.

El primer intento de solucionar los problemas derivados de la práctica de la responsabilidad concursal se plasmó en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ([BOE núm. 245 de 11.10.2011](#)). Esta reforma global, que introdujo importantes modificaciones en el texto de la Ley Concursal, tenía como principal objetivo corregir los errores de enfoque detectados en la práctica jurídica. De hecho, precisar el régimen jurídico de la responsabilidad concursal fue uno de los objetivos perseguidos por la Ley 38/2011, en cuya exposición de motivos (VII, párrafo 1º) se afirma: “La ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales”. El problema es que esta reforma no consiguió los objetivos propuestos y en los últimos tres años la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal ha alcanzado todo su cénit.

¹ Dicho artículo establece: “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, **así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165**, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, **en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia**”. El texto subrayado con la marca gráfica en negrita ha sido añadido con el Real Decreto-ley 4/2014.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal es una de las materias más controvertidas en la aplicación de la Ley Concursal y ha protagonizado numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales que han puesto en duda uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico español: la seguridad jurídica. La extensa polémica entre los autores que sostenían la tesis sancionatoria² o punitiva, y quienes defendían la tesis indemnizatoria³ o resarcitoria va más allá de una discusión doctrinal. La falta de criterio unánime en la determinación de la naturaleza de la responsabilidad concursal conlleva la vulneración del marco de seguridad jurídica que todo sistema de responsabilidad debería contener. En estos años, el Tribunal Supremo ha tratado de solucionar este problema desarrollando una jurisprudencia de evolución integradora⁴ que apela a la “justificación añadida”⁵ como requisito de imputación de la responsabilidad. Sin embargo, no ha habido un pronunciamiento claro y contundente sobre la naturaleza y presupuestos de este tipo de responsabilidad, no se ha clarificado si la responsabilidad concursal es una consecuencia de la calificación culpable del concurso para aquellos sujetos afectados por la calificación o si, por el contrario, es necesario enlazar causalmente el desbalance que impide atender a los acreedores, si en este caso se puede graduar esta responsabilidad y conforme a qué criterios. Para no extenderme sobre este punto remito al lector a la obra “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal” (CERDÁ ALBERO, 2013, pp. 1563-1607) la cual detalla en profundidad las características de cada una de las sentencias del Tribunal Supremo.

El segundo intento de solucionar esta controversia es mediante el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial ([BOE núm. 58 de 08.03.2014](#)). Desde el 9 de marzo de 2014 se introduce en la Ley Concursal la afirmación del carácter indemnizatorio de la responsabilidad concursal dando solución a la polémica doctrinal y jurisprudencial de estos últimos años en nuestro país. El artículo único del Real Decreto-ley 4/2014 en su apartado doce añade al inciso primero del anterior art. 172bis LC: “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Consecuentemente, para condenar a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal se deberá atender a la existencia o no del nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente negligente y la generación o agravación de la insolvencia. Ello implica la necesidad de probar la relación de causalidad entre las conductas

² RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA y HUERTA VIESCA, “Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001”, DN 2002 n. 12, pp. 1-17; MACHADO PLAZAS, 2006, p. 264; GARCÍA CRUCES, 2004, pp. 179-188; BELLO MARTÍN-CRESPO, 2005, pp. 1692-1696; GUERREO LEBRÓN et al., 2005, pp. 1975-1977.

³ ALONSO UREBA, 2003, pp. 505-576; CERDÁ ALBERO, 2013, pp. 1563-1611; SANCHO GARGALLO, 2005, pp. 574-575.

⁴ Se trata de 13 sentencias que, manteniendo su tesis original, pretenden complementar la argumentación. Las sentencias son las siguientes: STS, 1ª, 23.02.2012 (RJ 1061/2011; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 12.09.2011 (RJ 5833/2011; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, de 6.10.2011 (RJ 6838/2011; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 17.11.2011 (RJ 8004/2011; MP: Jesús Corbal Fernández); STS, 1ª, 21.03.2012 (RJ 2542/2011; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 20.04.2012 (RJ 2883/2012; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 26.04.2012 (RJ 2877/2012; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 21.05.2012 (RJ 4441/2012; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel; voto particular de Ignacio Sancho Gargallo); STS, 1ª, 16.07.2012 (RJ 5172/2012; MP: Rafael Gimeno Bayón Cobos); STS, 1ª, 19.07.2012 (RJ 6086/2012; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS, 1ª, 14.11.2012 (RJ 9182/2012; MP: Rafael Gimeno Bayón Cobos; voto particular de Ignacio Sancho Gargallo); STS, 1ª, 20.12.2012 (RJ 9145/2012; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

⁵ Desde la STS, 1ª, 6.10.2011, seguido unitariamente por las STSS, 1ª, 17.11.2011, 21.03.2012, 20.04.2012, 26.04.2012, y 21.05.2012.

de los responsables y el déficit o, lo que es lo mismo, que hayan sido esas conductas dolosas o gravemente negligentes las que precisamente han generado o agravado la insolvencia. El mismo precepto establece que el juez podrá condenar pero también no condenar a la cobertura del déficit, lo que dependerá del nexo causal. En este sentido, la responsabilidad civil por el déficit concursal responde a la estructura típica de la responsabilidad civil general (art. 1902 CC para la extracontractual, y art. 1101 CC para la contractual) que exige la concurrencia de cuatro elementos⁶: i) una conducta (acción u omisión imputable a la persona afectada); ii) un criterio de imputación, basado en la calificación culpable del concurso (arts. 164 LC y 165 LC); iii) un daño (cuya cuantía será como máximo la totalidad del déficit concursal⁷); y iv) el nexo de causalidad entre la conducta y el daño que se reclama.

El segundo de los problemas planteados en la aplicación de la responsabilidad concursal es el alcance cuantitativo de la condena. Exactamente, fijar la cuantía del daño atendiendo a la generación o agravación de la insolvencia. Una vez se acredita el nexo causal y se imputa la responsabilidad a la persona afectada, debe concretarse el importe de la condena. La cuantificación de este importe no obedece a criterios compartidos por los tribunales y tampoco la Ley Concursal es, en este punto, segura, clara, inequívoca y predecible. Ello genera que los operadores económicos no puedan ajustar su conducta a sus dictados sin temor a equivocarse, a obrar mal, o a recibir una sanción. En realidad, si las normas o instituciones jurídicas no fueran conocidas, seguras o indubitadas, si permanecieran ocultas o secretas, si fueran dudosas o inciertas, sería imposible la vida común y, por ende, la justicia, el progreso y el propio desarrollo del tejido o entramado social. Según Jaime Guasp Delgado “en la seguridad jurídica subyace la paz social”. Este problema es preocupante, porque una persona afectada por la calificación y declarada responsable del déficit concursal no puede conocer de antemano qué criterio aplicará el juez para el cálculo de la condena. Por este motivo, es necesario determinar aquellos criterios que aclaren en cada supuesto de generación o agravación de la insolvencia las magnitudes financieras que debe usar el juez para realizar la cuantificación de la condena a la cobertura del déficit concursal.

El objetivo de este trabajo es hallar estas magnitudes financieras. Es decir, determinar cuáles de ellas proporcionan un criterio más racional y objetivo para la cuantificación de la condena a la cobertura del déficit concursal y analizar las características de cada una de ellas. Para ello, en primer lugar, determinaré cuáles son los supuestos de generación de la insolvencia y cuáles los de agravamiento. Una vez identificados todos los casos posibles de imputación de la responsabilidad concursal, me centraré en contrastar las magnitudes utilizadas en la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desde que entró en vigor la Ley Concursal. La finalidad última de este trabajo es ofrecer unas pautas, que sirvan para entender mejor el sistema concursal de nuestro país, a través del estudio de un bloque de sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁶ Se refiere a los cuatro requisitos de la responsabilidad civil: E. ROCA TRIAS y M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2011, p. 93; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. V, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 303-304.

⁷ El déficit concursal es la diferencia entre la masa pasiva junto con los créditos contra la masa y el resultado de la liquidación de la masa activa.

2. Presupuestos de culpabilidad

Los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal recogen una pluralidad de causas de culpabilidad del concurso atendiendo a criterios o requisitos diversos. En estos años la jurisprudencia ha logrado asumir una postura unánime a la hora de delimitar la forma de calificar el concurso culpable en base a dos criterios distintos⁸.

El primer criterio, recogido en el art. 164.2 LC, reconoce la culpabilidad del concurso a través de la simple concurrencia de una determinada actividad que no requiere de la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la insuficiencia patrimonial producida. De la misma dicción literal del precepto “en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos”, se desprende que los supuestos tipificados en el art. 164.2 LC merecen por sí mismos la calificación culpable. Por tanto, se declara el concurso culpable con la mera actividad objetiva, sin necesidad de tener en consideración la existencia de dolo o culpa grave ni el nexo causal.

El segundo criterio, recogido en los artículos 164.1 LC y 165 LC, hace precisa una relación de causalidad entre la conducta de la persona afectada y la generación o agravación del estado de insolvencia. Así lo reconoce el art. 164.1 LC y así ha de entenderse respecto al art. 165 LC que recoge de manera específica los supuestos en los que se presume *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa. Es una posición compartida actualmente por la jurisprudencia que el art. 165 LC es un precepto complementario al art. 164.1 LC el cual constituye la norma genéricamente establecida.

Consecuentemente, cuando concurre cualquiera de los criterios expuestos se declara el concurso culpable. Pero ello no implica que se deba imputar la responsabilidad concursal a las personas afectadas por la calificación del concurso⁹. La constatación de la responsabilidad concursal dependerá de si la causa de culpabilidad ha generado o agravado el estado de insolvencia. Mostrar en qué medida la conducta ha incidido en la insolvencia es el objetivo del criterio de imputación de la responsabilidad.

⁸ Se reconocen dos criterios a partir de la STS ,1ª, 6.10.2011 (RJ 6838/2011; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) y la STS ,1ª, 17.11.2011 (RJ 8004/2011; MP: Jesús Corbal Fernández). Anteriormente, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona consideraba que existían tres criterios para la calificación del concurso culpable. Así por ejemplo, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 30.12.2008 (Roj 12269; MP: Ignacio Sancho Gargallo) reconocía el triple criterio y recordaba que también había afirmado este triple criterio en anteriores ocasiones [desde el auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05)]: SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.03.2008 (núm. 650/2007; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 13.03.2009 (Roj 6178; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 16.07.2009 (Roj 9254; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo).

⁹ La SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 21.02.2008 (Roj 7734; MP: Blas Alberto González Navarro) alude a la expresión “primera fase de enjuiciamiento” para resaltar que la responsabilidad concursal no es una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que requiere una segunda fase.

2.1. Supuestos de generación de la insolvencia

a) Incumplimiento del deber de llevar la contabilidad

El art. 164.2.1º LC¹⁰ es uno de los supuestos de calificación del concurso culpable más relevantes. Se trata de una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, lo que significa que con la mera actividad del supuesto el concurso se declara culpable. Las actividades relacionadas con este precepto consideradas una causa de culpabilidad son tres: i) la falta de contabilidad; ii) las irregularidades contables graves; y iii) la doble contabilidad. Todas ellas tienen un denominador común: las acciones u omisiones no hacen posible la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. Debido a la estructura de la responsabilidad concursal, es imprescindible acreditar el nexo causal entre la conducta de la persona afectada y la generación o agravación de la insolvencia para imponer la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal. Por lo que hay que determinar si el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad en cualquiera de sus modalidades genera o agrava el estado de insolvencia de la concursada.

En los primeros años de aplicación de la Ley Concursal se desarrolló una doctrina que ha sido aplicada por la Audiencia Provincial de Barcelona hasta ahora. La SAP Barcelona, Sala Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo)¹¹ razonaba que en la medida en que la falta de contabilidad impide conocer las causas de generación o agravación de la insolvencia y el comportamiento observado por el administrador ante la situación económica financiera y patrimonial de la sociedad en cada momento, se permite construir una presunción judicial *iuris tantum* de responsabilidad con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, desvirtuable mediante prueba en contrario del administrador. En el mismo sentido concluyó la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 04.06.2009 (Roj 7440; MP: Luis Garrido Espa), afirmando que “sin llevanza de contabilidad los administradores no tienen conocimiento fiable de sus necesidades de capitalización, de fondo de maniobra del que disponen, del pasivo exigible, de su productividad, de su capacidad para devolver la deuda o en qué plazo hacerlo. Es evidente que esto sumerge a la entidad, no ya en un descontrol propicio para un endeudamiento innecesario, generador por tanto de insolvencia, sino también de forma sucesiva, en una agravación de los problemas de la deudora y su incapacidad para cumplir con sus obligaciones exigibles”. Por tanto, puede afirmarse que la falta de contabilidad atribuible a la falta de diligencia de los administradores de la sociedad es un supuesto de generación de la insolvencia, en la medida en que imposibilita al juez conocer las verdaderas causas de generación o agravación de la insolvencia, a la vez que imposibilita el correcto ejercicio de las facultades de administración de los administradores de la sociedad.

¹⁰Dicho artículo establece “Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”.

¹¹ También desarrolla el mismo razonamiento la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.03.2008 (Roj 650/2007; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 15.01.2009 (Roj 6130; MP: Blas Alberto González Navarro); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.07.2012 (Roj 11606; MP: Juan Francisco Garnica Martín); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.09.2013 (Roj 9524; MP: José María Ribelles Arellano); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 11.12.2013 (Ar. 19448; MP: Juan Francisco Garnica Martín).

b) Inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso

La causa de culpabilidad contemplada en el artículo 164.2.2º LC¹² es una presunción absoluta de culpabilidad que, en sí misma, no es generadora del estado de insolvencia de la concursada. En primer lugar, esta conducta se realiza en un momento posterior a la generación del estado de insolvencia. La presentación de los documentos se efectúa cuando se solicita la declaración de concurso y se solicita porque la sociedad ya está en situación de insolvencia. En segundo lugar, cabe destacar que el hecho de que los documentos acompañados en la solicitud no sean exactos y verdaderos no perjudica a la sociedad en cuanto a su estado de insolvencia. En todo caso, la inexactitud de los documentos acompañados a la declaración de concurso dificulta la tarea de la administración concursal y supone un incumplimiento de lo establecido en el art. 6 LC. Pero en ningún caso es una conducta de culpabilidad generadora del estado de insolvencia de la concursada. Por tanto, aunque en sede de calificación esta conducta tiene un papel muy relevante como presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, en sede de responsabilidad concursal esta conducta no opera como un criterio de imputabilidad.

En el concurso resuelto por la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.03.2008 (Roj 650/2007; MP: Ignacio Sancho Gargallo), la sociedad concursada alegó en el recurso de apelación que los bienes que no se incluyeron en el inventario sirvieron para pagar deudas de la sociedad, por lo que la inexactitud en el inventario no generó o agravó la insolvencia. En el informe de calificación se corroboró que algunos bienes del inventario que la concursada había acompañado a la solicitud de concurso habían sido previamente entregados a los trabajadores en pago de deudas de la sociedad. La incorrecta inclusión de activos en el inventario de bienes y derechos constituye una irregularidad grave, sobre todo por el valor de estos bienes, que altera sustantivamente la imagen del activo patrimonial de la concursada. Aunque el recurrente manifestó que era necesario, para calificar el concurso culpable basándose en el art. 164.2.2º LC, acreditar que la conducta del art. 164.2.2º LC había generado o agravado el estado de insolvencia, la Sala no lo entiende así. De hecho, no es necesario acreditar la generación o agravación de la insolvencia en sede de culpabilidad, pues el art. 164.2.2º LC es una presunción *iuris et de iure*. Basta que se haya realizado la conducta tipificada para que pueda calificarse culpable el concurso. En cambio, sí que es necesario hacerlo en sede de responsabilidad concursal. En este caso la imputación de la responsabilidad concursal no se atribuyó a la conducta del art. 164.2.2º LC sino a la conducta establecida por el art. 165.1º LC, por lo que no fue necesario acreditar la generación de la insolvencia.

En la misma línea resolvió la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.04.2011 (Roj 3930; MP: Luis Garrido Espa), confirmando la sentencia recurrida, la cual había detectado una discrepancia entre el valor total de los créditos relacionados en la lista de acreedores aportada a la solicitud del concurso y el monto total del pasivo concursal reconocido en el informe de la administración concursal. En este caso el magistrado concluyó que “las conductas de falta de colaboración con la administración

¹² El artículo establece: “Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”.

concurzal y de inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud no pueden vincularse causalmente con la generación o agravación de la insolvencia, por lo que no pueden justificar la condena al administrador con base en el art. 172.3. LC”.

c) Alzamiento de bienes

El supuesto de culpabilidad tipificado en el art. 164.2.4º LC¹³ requiere que el deudor se haya alzado con sus bienes, pero también que tal alzamiento haya sido lesivo para sus acreedores o que haya dificultado un embargo. Por tanto, la misma dicción literal del precepto afirma que se producirá una generación o agravación del estado de insolvencia, pues el perjuicio de los acreedores, la disminución de la masa activa, se puede traducir en la generación de la insolvencia. Así, si el juez aprecia que el alzamiento de bienes ha perjudicado a los acreedores calificará el concurso culpable y, posteriormente, imputará la responsabilidad concursal en la medida que se haya generado el estado de insolvencia. Es decir, deberá valorar en qué medida se ha perjudicado a los acreedores para imputar la cuantía de la condena.

La administración concursal, en el concurso resuelto por la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2012 (Roj 14674; MP: Juan Francisco Garnica Martín), propuso como causa de la calificación culpable del concurso las salidas fraudulentas de recursos del patrimonio de la concursada que se cuantificaron en 1.603.139,34 €. Se concretó que el consejero delegado de la concursada, actuando en la doble condición de administrador de la concursada y de una de las sociedades socias de la concursada, desvió recursos que deberían haber entrado en el patrimonio de la concursada. El juez mercantil confirmó la propuesta de la administración concursal y calificó el concurso culpable condenando al administrador al pago del déficit concursal. Según la Audiencia Provincial de Barcelona “esa responsabilidad presupone que exista, además de un hecho dañoso, el necesario nexo de causalidad entre el mismo y el daño causado. El hecho dañoso es evidente y ya ha sido suficientemente ilustrado en los motivos anteriores; el daño consiste en la insuficiencia de la masa para atender a las deudas de la sociedad; el nexo causal, al contrario de lo que entiende el recurrente, nos parece evidente porque los fondos desviados del patrimonio de la sociedad han impedido atender, al menos en parte, a deudas sociales de la concursada”.

d) Salida fraudulenta de bienes

La causa de culpabilidad establecida en el art. 164.2.5º LC¹⁴, la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, guarda estrecha relación con el alzamiento de bienes ya que ambas suponen un vaciamiento patrimonial en perjuicio de la masa activa de la concursada. Esta causa de culpabilidad genera el estado de insolvencia de la concursada porque el activo de la sociedad se ve gravemente afectado. La SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 14.09.2009 (Roj 14327; MP: Luis Garrido Espá) afirmaba que los cheques y salidas de caja no justificados es una práctica

¹³ Dicho artículo dispone: “Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

¹⁴ “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.

susceptible de agravar la insolvencia, “en la medida en que se trata de desplazamientos patrimoniales efectuados por la sociedad a sus socios o directivos a título gratuito, sin contraprestación, ni justificación jurídica”.

Del mismo modo resolvía la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo), la cual confirmó la sentencia apelada que calificaba el concurso culpable en base a tres razones, una de ellas la salida fraudulenta de bienes. El motivo que llevó al magistrado a calificar el concurso culpable en base al art. 164.2.5º LC fue la venta del inmueble donde la concursada tenía su centro de trabajo. La venta se realizó por un precio de 390.000 €. No obstante, unos meses antes se había concedido una opción de compra a otra entidad en la que se cifraba como precio de compra 600.061 €. La entidad acabó renunciando a los derechos de la opción de compra que había adquirido a cambio de 102.000 € que fueron abonados a la entidad por el comprador del inmueble. Esta venta no sólo es claramente perjudicial para la masa, porque el precio de venta es muy inferior al valorado por la propia concursada unos meses antes, casi una diferencia del 40 %, sino que además, tal y como expone la Sala, debe calificarse de fraudulenta en atención a la proximidad a la declaración de concurso y a que el administrador la realizó consciente en todo momento del perjuicio que suponía. La concursada, pudiendo vender el bien por 600.061 €, lo enajena por 390.000 €, ingresando menos dinero en la caja y generando el estado de insolvencia.

Otra sentencia que llegó a la misma conclusión que la anterior es la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.10.2013 (Roj 11261; MP: Juan Francisco Garnica Martín). En este caso, el Tribunal señalaba que lo que se le imputa, en definitiva, es que “en un momento en el que la situación económica era muy apurada, ya que carecía de liquidez suficiente para poder hacer frente a sus deudas corrientes, procedió a vaciar su patrimonio, esto es, trasladar a otras sociedades del grupo, fundamentalmente la matriz, Gepro, sus activos principales, esencialmente dinero en efectivo”. Los recurrentes intentaron justificar el vaciado de patrimonio alegando la licitud del “cash pooling”, una técnica de gestión contable, que les permitía reducir los costes de esta gestión. Sin embargo, el Tribunal entiende que esta técnica contable no puede justificar el vacío que se produjo en el patrimonio, y por consiguiente, confirmaron el criterio de la resolución recurrida, en cuanto a la culpabilidad del concurso en atención a la salida injustificada de bienes que generó el estado de insolvencia de la concursada.

e) Simulación de una situación patrimonial ficticia

Por último, la Ley Concursal en su art. 164.2.6º LC¹⁵ tipifica como causa de culpabilidad aquellos actos que van dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia. Si estos actos consiguen que la masa activa del concurso aumente, no habrá ninguna razón para imputar a las personas afectadas por la calificación culpable la responsabilidad concursal. Si, por el contrario, reflejan una situación patrimonial irreal en perjuicio de la masa activa del concurso, la imputación de la responsabilidad concursal estará justificada.

¹⁵Dicho artículo establece: “Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”.

La SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 14.09.2009 (Roj 14327; MP: Luis Garrido Espa), valora tres conductas merecedoras de la calificación culpable del concurso. La tercera conducta que merece la calificación del concurso como culpable se subsume en el apartado 6º del art. 164.2 LC y se concreta en la sobrefinanciación o financiación múltiple a partir de una misma factura o pedido. La sentencia dispone que “es una conducta idónea, en relación causa-efecto, para agravar la insolvencia la práctica de la sobrefinanciación múltiple de una misma factura o pedido, que se presenta o se cede a varias entidades financieras para obtener su anticipo, obteniendo así una cantidad que duplica, triplica o en general multiplica el importe de la factura, con lo que aumenta el pasivo de la sociedad sin la correspondiente cobertura o garantía de activo, ya que es obvio que esa factura sólo se pagará una vez por el cliente, en tanto que el endeudamiento generado será muy superior”. En este caso, claramente se agravó el estado de insolvencia de la concursada.

2.2. Supuestos de agravación de la insolvencia: en especial, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso

El art. 165 LC es una disposición que recoge de manera específica los diversos supuestos en los que se debe presumir *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave en la actuación del deudor consistente en la generación o agravación de la insolvencia. En concreto, el precepto establece que “se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores” incluyendo, a continuación, tres incisos que detallan las tres conductas susceptibles de calificación culpable del concurso, sin necesidad de probar que se hayan realizado con dolo o culpa grave¹⁶. No obstante, el administrador o liquidador podrá desvirtuar esta presunción negando la realización con dolo o culpa grave y evitando así la calificación culpable. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el contenido de las conductas tipificadas en el art. 165 LC constituye incumplimientos de deberes legales del deudor, que representan cuanto menos una negligencia grave. Por tanto, resulta difícil que la persona afectada justifique su incumplimiento, dado que únicamente servirán como exoneración aquellas circunstancias excepcionales como un accidente, enfermedad grave o imposibilidad física¹⁷. Por lo que atañe a la responsabilidad concursal, la única de las tres conductas tipificadas en el art. 165 LC susceptible de agravar el estado de insolvencia y, por tanto, justificar la imputación de la responsabilidad concursal es el incumplimiento del deber de

¹⁶ La Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona ha cambiado de criterio en dos ocasiones para adaptarse a la jurisprudencia del TS. Inicialmente la Sala entendía que la estructura de la imputación del art. 165 LC sólo atendía a la realización del acto y al establecer una presunción de dolo o culpa grave la misma alcanzaba tanto a la culpabilidad como al agravamiento de la insolvencia [SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 16.06.2011 (Roj 8909; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.04.2011 (Roj 3930; MP: Luis Garrido Espa)]. Rectificaba su criterio en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.01.2012 (Roj 2720; MP: Juan Francisco Garnica Martín) para adecuarlo a los pronunciamientos de las SSTS ,1ª, 06.10.2011 y 17.11.2011, que establecían que la conducta del art. 165.1º LC no contiene otra cosa que una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, pero no exonera de la exigencia del requisito de que la conducta imputada sea causal desde la perspectiva de la generación o agravación de la insolvencia. No obstante, el TS matizó su posición en resoluciones posteriores como las SSTS ,1ª, 21.05.2012 y 29.06.2012, lo que llevó a la Sala a cambiar de nuevo a la posición originaria. Así lo hizo en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 23.10.2012 (Roj 14935; MP: José María Ribelles Arellano) y SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 12.09.2013 (Roj 9532; MP: Juan Francisco Garnica Martín).

¹⁷ Así lo reconoce la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.01.2012 (Roj 3301; MP: Ignacio Sancho Gargallo).

solicitar el concurso. Por ello, centraré el estudio del conjunto de sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en este punto.

El art. 165.1º LC¹⁸ hace referencia al incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. El art. 5 LC en su inciso segundo establece una presunción del conocimiento de la situación de insolvencia: “salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente”. El legislador ha contemplado el concurso no sólo como una facultad, sino también como un deber por parte del deudor. El incumplimiento de este deber desencadena la presunción de dolo o culpa grave prevista en el art. 165.1º LC en relación con el art. 164.1 LC.

De entrada, conviene recordar que la imputación de responsabilidad viene determinada por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable, haya tenido en la generación o agravación del estado de insolvencia. En este sentido, el retraso en la solicitud de concurso no será, en ningún caso, un supuesto de generación de la insolvencia, porque el estado de insolvencia se genera con anterioridad al incumplimiento. Lo que sí que puede ocurrir es que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso no incida en la agravación del estado de insolvencia. Un ejemplo de ello, aunque no siempre es así como ya veremos, es cuando la sociedad cesa por completo su actividad y durante el periodo existente entre el incumplimiento del deber y la efectiva declaración de concurso no se generan nuevas obligaciones.

Una de las primeras sentencias que reconoció que como causa de agravación de la insolvencia el incumplimiento del deber de solicitar el concurso fue la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo). En este caso, la situación de insolvencia concurría en diciembre de 2004, pero el concurso no fue solicitado hasta abril de 2005, transcurriendo por lo tanto dos meses desde el momento en que debería haber solicitado el concurso (febrero de 2005) y la fecha de solicitud del concurso (abril de 2005). Según la Sala “el retraso en la solicitud de concurso ha dado lugar, en concreto el agravamiento de la situación de insolvencia”. Otra sentencia que llega a la misma conclusión e incluso precisa el alcance del agravamiento es la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.03.2008 (Roj 650/2007; MP: Ignacio Sancho Gargallo). La sentencia recurrida calificó el concurso culpable en atención al retraso en la presentación del concurso (art. 165.1º LC), pero también por las inexactitudes graves en el inventario aportado con la solicitud de concurso (art. 164.2.2º LC). Hay que constatar que la calificación del concurso como culpable puede hacerse con fundamento en cualquiera de las causas tipificadas en la Ley Concursal. Sin embargo, la imputación de la responsabilidad concursal depende de la incidencia de la causa de culpabilidad en la agravación o generación de la insolvencia y, en este caso, sólo se apreció dicha vinculación en el retraso en la solicitud del concurso. Desde la fecha en que se debía instar el concurso (noviembre de 2004) y la efectiva solicitud de concurso (el día 25 de enero de 2005) se

¹⁸ Dicho artículo dispone lo siguiente: “Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”.

generaron deudas por valor de 2.468.096 €, indicadoras del agravamiento de la insolvencia. El mismo razonamiento aplica la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.04.2011 (Roj 3930; MP: Luis Garrido Espa), considerando el agravamiento de la insolvencia un aspecto intrínseco de la conducta, ya que el tiempo que excede de la fecha en que debió solicitarse el concurso “ha de estimarse como retraso culpable, determinante, en principio, de un agravamiento de la situación de insolvencia en la medida en que, desde entonces, en lugar de promover la declaración de concurso, el administrador siguió contrayendo nuevas deudas, es decir, generando más endeudamiento, que ha ido engrosando la masa pasiva luego reconocida en el concurso. En esa misma medida hemos de presumir que su conducta ha contribuido a agravar la insolvencia”.

Aunque la mayoría de las sentencias han apreciado que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso es una causa de culpabilidad que agrava el estado de insolvencia y, por lo tanto, que permite imputar a las personas afectadas la responsabilidad concursal, otras sentencias que no siguen esta lógica. Quizás una de las más sorprendentes en este sentido es la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.07.2012 (Roj 11606; MP: Juan Francisco Garnica Martín). La calificación culpable del concurso está fundamentada en la no llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1º LC), la falta de colaboración de la concursada con la administración concursal (art. 165.2º LC) y el retraso en la solicitud de concurso (art. 165.1º LC). Pues bien, para la Sala “cualquiera de ellas justifica el signo de la resolución recurrida, que ha imputado al administrador todo el déficit patrimonial”. Es más, afirma que “La tercera, la demora en la solicitud, también la puede justificar, aunque con alguna mayor dificultad, al menos en abstracto, porque no es descartable que al menos parte del pasivo sea preexistente al momento en el que se afirma que la concursada se encontraba en insolvencia. No obstante, se imputa un retraso de más de un año en la solicitud y el administrador no ha hecho esfuerzo alguno en demostrar qué concretas deudas eran preexistentes. Por consiguiente, también por esta causa está justificada la imposición al administrador de la responsabilidad por todo el descubierto patrimonial”. En mi opinión, y dicho con el mayor respeto hacia la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, este razonamiento es erróneo, porque el incumplimiento del deber de solicitar el concurso es un supuesto de agravación de la insolvencia y no de generación, por lo que nunca se imputará la totalidad del déficit por esta causa como afirma la sentencia¹⁹.

Hasta ahora hemos visto que el bloque de sentencias analizado tiene en cuenta las deudas generadas a partir del momento en que debía solicitarse el concurso y hasta la fecha de la efectiva solicitud del concurso, para estimar o no que se ha agravado el estado de insolvencia. A partir de ahora veremos que este criterio presenta problemas de aplicación, cuando hay un cese de actividad de la concursada o un despido de toda la plantilla de trabajadores antes de la efectiva solicitud de concurso.

Un conjunto de sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que se debe absolver a los administradores de la sociedad, cuando no se generan nuevas deudas en el

¹⁹ Imputa también erróneamente la totalidad del déficit concursal la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 12.09.2013 (Roj 9532; MP: Juan Francisco Garnica Martín). Según la sentencia “si se acreditan las concausas, es cuando queda facultado el juez de concurso para poder moderar el importe del déficit del que deben responder los administradores”. Dado que no se acredita que el déficit se hubiera originado por causas distintas al retraso en la solicitud del concurso, se mantiene la condena a la totalidad del déficit.

periodo de demora. Así lo entiende la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 21.02.2008 (Roj 7734; MP: Blas Alberto González Navarro) que estimó parcialmente el recurso y absolvió al administrador de la condena a la cobertura del déficit patrimonial. El motivo de ello es que consideró que no se había podido acreditar de forma bastante que la conducta del administrador agravara el estado de insolvencia de la concursada. El razonamiento que siguió es el siguiente: “es cierto que existen deudas por impago de alquiler de mayo a agosto de 2004 y que la sociedad tenía pérdidas, pero ello determina la situación de insolvencia que determinó el concurso y no que, finalizado el plazo legal para solicitarlo, la insolvencia se hubiera incrementado”. La agravación de la insolvencia provocada por el retraso de un mes en la solicitud del concurso viene determinada por “los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento (en este caso, desde el 1 de enero de 2005) y antes de la solicitud del concurso (1 de febrero de 2005), y en concreto por el importe total de dichos créditos”. Como no pudo apreciarse en qué medida el retraso agravó la insolvencia ya concurrente, se estimó el recurso y se absolvió al administrador. Lo mismo ocurre en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 30.01.2009 (Roj 1819; MP: Luis Garrido Espa) en la que la Sala ratifica la declaración del concurso culpable, pero apunta que “el retraso de tres meses y medio en la solicitud de concurso, aunque pueda fundar la calificación de concurso culpable, no es una conducta idónea para generar la insolvencia sino, en su caso, para agravarla, en la medida en que el administrador, objetivada ya la situación de insolvencia determinante del concurso, hubiera contraído o generado nuevas deudas en ese estado”. Dado que es un hecho probado y acreditado que desde 2009 cesó la actividad de la sociedad y la actividad laboral y, además, no hay constancia de que se hayan contraído nuevas deudas desde marzo de 2005, la Sala concluye que no puede afirmarse que el retraso en la solicitud haya agravado la insolvencia ya generada.

Sin embargo, hay otro bloque de sentencias que entienden que no es suficiente la ausencia de generación de créditos durante el periodo de demora, sino que debe atenderse a las decisiones tomadas durante este periodo para acreditar si se ha agravado o no el estado de insolvencia. En la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.01.2012 (Roj 3301; MP: Ignacio Sancho Gargallo), la sentencia recurrida declara culpable el concurso por el retraso en la presentación del mismo, ya que, estando la sociedad en situación de insolvencia en octubre de 2008, no pidió el concurso hasta el día 28 de abril de 2009. Por tanto, cabe situar el retraso en la solicitud desde el día 31 de diciembre de 2008. El apelante alega que el retraso “no agravó la situación de insolvencia pues, desde el día 31 de diciembre de 2008, la concursada no generó ninguna deuda, como consecuencia de haber cesado en su actividad”. De ser cierto este extremo, no habría motivo alguno para condenar a los administradores al pago del déficit concursal. Sin embargo, la sociedad habría cesado el día 23 de enero de 2009, al resolver las relaciones laborales, condenándola más tarde, el día 7 de mayo de 2009, por despido improcedente al pago de 1.472.089,01 €. Ante ello, el juzgado mercantil argumenta que, si se hubiera solicitado el concurso el día 31 de diciembre de 2008, se habría podido tramitar un ERE concursal, siendo más rápido que el juicio de despido, la indemnización menor y generando menos salarios. Además, se habrían ahorrado los salarios de 27 trabajadores de sesenta días como mínimo y los intereses que se devengaron de las deudas sociales desde el 31 de diciembre de 2008 hasta que se solicitó el concurso, así como la deuda con la Seguridad Social. Finalmente, la Sala confirma la condena de primera instancia para no conceder más de lo solicitado, pero conviene poner de relieve que la apreciación del agravamiento de la insolvencia que la Sala realiza en este caso tiene en cuenta no

sólo los créditos generados durante el periodo de demora, sino que también tiene un papel muy relevante la condena del juzgado de lo social por despido improcedente. Ésta deviene un crédito que nace con posterioridad (el 7 de mayo de 2008) a la efectiva solicitud de concurso, pero que en efecto agrava el estado de insolvencia de la sociedad.

Otro caso muy parecido al anterior es el resuelto por la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 24.04.2012 (Roj 3499; MP: Juan Francisco Garnica Martín). El recurrente, persona afectada por la calificación, alega en el recurso que no existe nexo causal entre el despido de todos los trabajadores de la concursada y la insolvencia porque, si bien el despido se produjo pocos días antes (el día 26 de marzo de 2007) de instar la solicitud de concurso (29 de marzo de 2007), no fue hasta el 20 de noviembre de 2007 que el juzgado de lo social lo declaró nulo, de forma que el agravamiento de la insolvencia se produjo con posterioridad a haberse declarado el concurso culpable. La sentencia reconoce que el incremento de la masa pasiva tiene lugar una vez producida la declaración de concurso, por lo que el incremento de la insolvencia es una consecuencia indirecta del incumplimiento. Sin embargo, afirma que “eso no es razón que impida estimar que se ha producido el agravamiento de la insolvencia a efectos de la calificación culpable del concurso”. La Sala coincide con el juzgado mercantil en que al administrador recurrente le es imputable el mayor déficit que ha generado su decisión de proceder a despedir a todos los trabajadores. El motivo de ello es que “se le imputa la responsabilidad derivada de una decisión adoptada en un momento ulterior al momento en que debía haber instado la declaración del concurso y que se ha podido constatar más tarde como un acto que ha incrementado el déficit”. Así, según la Sala el hecho de que se trate de una consecuencia indirecta no repercute en la incidencia que la conducta (solicitud tardía del concurso) ha tenido en la agravación de la insolvencia. En realidad, la misma sentencia afirma que “resulta irrelevante si existe o no nexo causal en sentido propio entre el despido y el agravamiento de la insolvencia”. Así pues, hay que concluir que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso es una causa de culpabilidad que agrava el estado de insolvencia, a pesar de que no haya un criterio compartido a la hora de apreciar el alcance de este agravamiento.

Por último, merece especial atención la conducta del art. 165.2º LC²⁰ que establece como causa de culpabilidad el incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal que impone el art. 42 LC al deudor. Aunque esta conducta puede ser una causa por la que el concurso se declare culpable, nunca podrá justificar la imputación de la responsabilidad concursal a la persona afectada. Así lo entiende la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo) cuando explícitamente afirma que “las conductas que se describen en el art. 165 LC no necesariamente pueden haber incidido en la generación o agravación de la insolvencia (especialmente la segunda conducta de incumplimiento del deber de colaboración, que se desarrolla siempre después de que se haya declarado el concurso y por tanto nunca habrá influido en la generación o agravación de la insolvencia)”. Y también la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 04.06.2009 (Roj 7440; MP: Luis Garrido Espa), que declaró el concurso culpable en base a tres causas de entre las cuales el

²⁰ Dicho artículo establece: “Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores”.

incumplimiento del deber de colaboración con el juez y la administración concursal (art. 165.2º LC), pero a la hora de imputar la responsabilidad concursal dejó al margen esta conducta por entender, a su juicio, que “no pueden vincularse causalmente con la generación o agravación de la insolvencia”²¹. De hecho, la Sala afirmó “que el incumplimiento del deber de colaboración, ya declarado el concurso, por parte del administrador de la persona jurídica deudora, no es, por su propia naturaleza y cronología, una conducta que pueda contribuir a la generación o agravación de la insolvencia, preexistente a la declaración del concurso”.

La única sentencia que ha apreciado que la causa de culpabilidad del art. 165.2º LC puede justificar la imputación de la responsabilidad concursal es la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.07.2012 (Roj 11606; MP: Juan Francisco Garnica Martín), con la que ya he manifestado mi discrepancia anteriormente. Según esta sentencia, el incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal constituye una conducta de ocultamiento de la situación patrimonial que determina por sí misma la atribución de la responsabilidad, cuando el administrador no ha demostrado que tal conducta tenga una explicación distinta. No tiene sentido afirmar que es una conducta de ocultamiento de la situación patrimonial y menos aún imputar la responsabilidad por esta causa, pues en ningún caso la falta de colaboración con el juez o la administración concursal es un supuesto de agravación de la insolvencia.

3. Criterios de cuantificación de la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal

El ejercicio de la facultad discrecional atribuida al juez en virtud del art. 172bis LC implica decidir si se condena o no al pago del déficit concursal, determinar a quién de las personas afectadas por la calificación se condena y a cuánto se condena –es decir, por qué concreto importe-. Para responder a todas estas cuestiones, es necesario que el juez recurra a criterios seguros que permitan al tráfico jurídico y a los operadores económicos saber por qué criterios el juez los puede condenar o no al pago del déficit concursal y por cuánto. En este sentido, conviene puntualizar que la seguridad jurídica no es una cuestión baladí y merece ser respetada. El camino para superar la actual falta de seguridad jurídica pasa por hallar criterios claros, precisos y predecibles para el ejercicio de la discrecionalidad judicial.

En estos últimos años se ha conseguido responder a varios de los interrogantes planteados. Desde el Real Decreto-ley 4/2014, los agentes económicos del mercado saben que la realización de cualquiera de las conductas tipificadas en los arts. 164 LC y 165 LC como causas de culpabilidad, generadoras o agravadoras del estado de insolvencia de su compañía, conlleva la imputación de la responsabilidad concursal. En la medida en que se haya generado o agravado la insolvencia se cuantificará la condena que deben pagar.

²¹ El lector podría pensar que esta afirmación entra en conflicto con lo expuesto en el apartado 2.1.1. del trabajo. Pues bien, me gustaría aclarar que fue el juez mercantil quién consideró que no había vínculo causal entre la falta de contabilidad y la generación de la insolvencia, mientras que la Sala sí que estimó que indirectamente el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad constituye un supuesto de generación de la insolvencia.

El problema se encuentra en determinar “la medida” en que deben responder las personas afectadas por el concurso culpable. Es decir, determinar qué criterios debe seguir el juez a la hora de fijar la cuantía de la condena. Hasta ahora la jurisprudencia ha sido muy heterogénea en cuanto a los criterios que ha utilizado para determinar la cuantía de la condena. Por este motivo, un análisis de estas resoluciones jurídicas y una sistematización de los parámetros hasta ahora aplicados nos permitirán conocer mejor la problemática que genera esta cuestión.

Ante todo, hay que diferenciar dos aspectos que afectan de modo distinto a la cuantificación de la condena. El primero es el aspecto objetivo o análisis de la naturaleza y gravedad de la conducta. Se debe determinar si la conducta ha sido generadora del estado de insolvencia, o bien, ha contribuido a agravar el estado de insolvencia para poder aplicar el criterio correcto de cuantificación. El segundo aspecto es el subjetivo temporal. No entraré en detalle en este punto, pero sí que conviene tener presente que es importante a la hora de cuantificar la condena a la cobertura del déficit patrimonial el tiempo que el administrador, de hecho o de derecho, o liquidador ha ejercido en su cargo.

3.1. Naturaleza y gravedad de la conducta

Los parámetros de cuantificación deben diferenciarse en función de si la conducta determinante de la atribución de la responsabilidad concursal es una conducta generadora de la insolvencia o agravadora de la misma. Además, es necesario que el juez en cada caso precise la causa de culpabilidad por la que se imputa la responsabilidad para cuantificar la condena. En este sentido, conviene releer el art. 172.1bis LC en su párrafo tercero: “en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación culpable”. Este párrafo implícitamente prescribe que, en caso de haber realizado varias conductas que hayan motivado la calificación culpable, se debe especificar con arreglo a qué conducta se imputa la responsabilidad concursal al administrador. Como hemos visto, son varias las conductas que pueden calificar el concurso culpable. Por ello es necesario que se justifique la incidencia que cada una de ellas tiene en la determinación de la responsabilidad y se fije la cuantía en razón a esta determinación. Hay algunas resoluciones que han seguido este procedimiento y han llegado a imputar la responsabilidad basándose en más de una causa de culpabilidad, precisando el monto que se atribuye a cada causa. Así lo hizo, por ejemplo, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 22.05.2013 (Roj 9461; MP: Juan Francisco Garnica Martín)²², que condenó a los administradores de hecho y de derecho a satisfacer conjunta y solidariamente a los acreedores de la concursada la cantidad de 3.506.900,59 €. Esta cantidad era el resultado de imputar la cantidad de 1.159.897,13 € en concepto de salidas fraudulentas y 2.347.000,46 € por la demora en la solicitud de concurso.

a) Generación de la insolvencia

²² También detalló las cantidades que debían responder los administradores en función de la conducta la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 25.10.2013 (Roj 11261; MP: Juan Francisco Garnica Martín).

Como hemos visto, las causas de culpabilidad susceptibles de generar la insolvencia son fundamentalmente tres: la falta de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1º LC)²³, el alzamiento de bienes (art. 164.2.4º LC) y las salidas fraudulentas de bienes del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC). Ahora bien, en la mayoría de estos casos únicamente se imputa la responsabilidad concursal en relación con el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad.

En cambio, cuando concurre el supuesto del art. 164.2.4º LC ó art. 164.2.5º LC con otras causas de culpabilidad, el conjunto de sentencias analizadas se decanta por imputar la responsabilidad en consideración a estas últimas. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo), acredita la calificación del concurso culpable en atención a la salida fraudulenta de bienes, pero no procede a imputar la responsabilidad por esta causa a pesar de la sencilla cuantificación de su incidencia en la generación del estado de insolvencia. El bien se acabó enajenando por 390.000 €, pero podría haberse vendido por 600.061 €, causando un perjuicio patrimonial de 210.061 €. Sin embargo, hay algunos casos puntuales en los que los tribunales han imputado la responsabilidad concursal de acuerdo con la causa de culpabilidad de los arts. 164.2.4º LC ó 164.2.5º LC y han utilizado como criterio el importe de las actuaciones (por ejemplo, las facturas) que han vaciado el patrimonio. En este sentido, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 22.05.2013 (Roj 9461; MP: Juan Francisco Garnica Martín), condena a pagar 1.159.897,13 € en concepto de salidas fraudulentas, correspondiendo esta cantidad al importe total de diversas facturas de gastos por intermediaciones y servicios profesionales a sociedades vinculadas a la concursada. Asimismo, en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 23.04.2012 (Roj 3547; MP: Juan Francisco Garnica Martín), el importe de 1.322.270,08 € al que se condena a pagar corresponde a un total de 55 facturas que la concursada había pagado durante los meses anteriores a la solicitud de concurso por servicios de asesoramiento financiero e inmobiliario a sociedades vinculadas. En cambio, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 26.03.2014 (Roj 3378; MP: Ramón Foncillas Sopena), a la hora de aplicar este criterio, tiene en cuenta la cantidad en que se logró reducir el perjuicio. Cuantifica la condena en 39.647,91 €, que es la diferencia entre el importe de las deudas indebidamente abonadas (104.547,91 €) y la cantidad en que se redujo el perjuicio (65.000 €). La aplicación de esta corrección al criterio que hemos señalado responde mejor a la finalidad de la condena de la responsabilidad concursal, porque tiene en cuenta el perjuicio realmente causado.

Ante los casos de incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad y, en particular, ante la falta de contabilidad, el criterio compartido por las resoluciones judiciales es la regla de imputación de todo el déficit patrimonial. La SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.07.2012 (Roj 11606; MP: Juan Francisco Garnica Martín) establece que “cuando se producen conductas de irregularidades contables tan graves como la falta de contabilidad, generalmente debemos partir de la regla de la imputación de todo el déficit patrimonial al administrador por entenderse que esas conductas determinantes de la culpabilidad han podido ir dirigidas al ocultamiento de otras que sí han podido ser determinantes de la generación o el agravamiento de la insolvencia”. Esta presunción *iuris tantum* que se establece como criterio ha sido aplicada en varias sentencias posteriores²⁴. De hecho, la SAP Barcelona (Secc. 15ª), de 11 de diciembre de 2013, establece que

²³ Esta causa de culpabilidad se articula como una presunción *iuris tantum* de generación de la insolvencia.

²⁴ Entre ellas: SSAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 22.05.2013 (Roj 9461; MP: Juan Francisco Garnica Martín); 06.09.2013 (Roj 9524; MP: José María Ribelles Arellano); 27.03.2014 (Roj 2918; MP: Juan Francisco Garnica Martín).

“El criterio que justifica la imposición de todo el déficit se encuentra implícito en la propia naturaleza de la causa que ha determinado la calificación culpable y no creemos que consista en la gravedad de la conducta”.

Sin embargo, algunas de las resoluciones más recientes, las SSAP Barcelona, Civil Sec. 15^a, 06.03.2014 (Roj 2917; MP: Juan Francisco Garnica Martín), 12.03.2014 (Roj 2920; MP: José María Ribelles Arellano) y 20.03.2014 (Roj 2928; MP: María Elena Boet Serra), aplican la regla de la totalidad del déficit pero aprecian, al mismo tiempo, una razón distinta a la conducta del administrador que contribuye a la generación del déficit. Ésta es la crisis económica la cual ha hecho que se desplome el valor de los activos. La concurrencia de una circunstancia ajena a la conducta del administrador, pero generadora de una parte sustancial del déficit, es el motivo por el cual, en ambas resoluciones, se modera el importe de la condena y se fija en el 50 % del déficit concursal.

b) Agravamiento de la insolvencia

Cuando se trata de una conducta que agrava el estado de insolvencia, como ocurre en el caso de retraso en la solicitud del concurso, la cuantía se calcula siguiendo tres criterios distintos. El primero tiene en cuenta los créditos generados en el periodo de demora. El segundo perfecciona el primer criterio, en la medida que se tienen en cuenta las decisiones que ha tomado el administrador de la sociedad durante el periodo de demora y que son el origen de los créditos que deben cuantificarse. El tercer criterio toma como referencia las pérdidas de explotación, y no el pasivo, a diferencia de los dos anteriores.

- **Valor de los créditos nacidos con posterioridad al incumplimiento del deber de solicitar el concurso y antes de la efectiva solicitud de concurso**

El cálculo del valor de los créditos nacidos con posterioridad al incumplimiento del deber de solicitar el concurso y antes de la efectiva solicitud de concurso es el criterio principal que ha seguido el bloque de sentencias de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona para cuantificar la condena a la cobertura del déficit concursal²⁵. Conviene señalar que, aunque se condene al pago del total del valor cuantificado²⁶, esta cuantía opera como límite. Se condena al pago del déficit concursal hasta el límite de la cuantía calculada.

En particular, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15^a, 21.02.2008 (Roj 7734; MP: Blas Alberto González Navarro), afirma que “la agravación de la insolvencia provocada por el retraso en la solicitud de concurso vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento y antes de solicitud de concurso, y en concreto por el importe total de dichos créditos”.

²⁵ Entre otras: SSAP Barcelona, Civil Sec. 15^a, 29.11.2007 (Roj 14673; MP: Ignacio Sancho Gargallo); 30.01.2009 (Roj 1819; MP: Luis Garrido Espa); 23.10.2012 (Roj 14935; MP: José María Ribelles Arellano); 28.01.2010 (Roj 2742; MP: Luis Garrido Espa); 17.10.2012 (Ar. 83547; MP: Marta Rallo Ayezuren); 11.03.2009 (Roj 6120; MP: Luis Garrido Espa); 04.03.2013 (Roj 5944; MP: José María Ribelles Arellano); 10.06.2013 (Roj 7203; MP: Marta Rallo Ayezuren); 12.03.2014 (Roj 2920; MP: Juan Francisco Garnica Martín).

²⁶ Así por ejemplo la SAP Barcelona, Civil Sec. 15^a, 29.11.2007 (Roj 14674; MP: Ignacio Sancho Gargallo) condena “a pagar a los acreedores la suma correspondiente a los créditos vencidos posterior al 2004”.

Exactamente el mismo criterio siguió la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.04.2011 (Roj 3930; MP: Luis Garrido Espa), “La consecuencia resarcitoria, de conformidad con el art. 172.3 LC, será, por tanto, coincidente con el nuevo pasivo contraído (no ya vencido, sino generado, de nueva producción) a partir del 20 de octubre de 2007 (momento en que debía declararse el concurso), porque en esa medida el retraso ha contribuido al agravamiento de la insolvencia, en presunción que no ha sido desvirtuada”²⁷.

Aunque son muchas las sentencias que han guiado la cuantificación de la condena basándose en este criterio, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 06.09.2013 (Roj 9524; MP: José María Ribelles Arellano), lo modifica levemente. En este caso, la Sala calcula la condena a partir del porcentaje en que se incrementa el pasivo durante el periodo que media entre el momento en que se revela la insolvencia y la fecha en que se solicita el concurso. Por tanto, tiene en cuenta la generación de pasivo en el periodo de demora, pero la cuantía no se fija como un valor absoluto que opera como límite, sino que es un valor relativo, un porcentaje, que deja de ser un límite para pasar a ser la condena en sí. La sentencia condenó al pago del 18 % del déficit concursal, porque el pasivo se había incrementado en un 18 %. Este criterio presenta un problema, y es que el déficit concursal sobre el que se aplica el porcentaje depende del pasivo concursal, pero también del valor de la liquidación del activo efectuada por la administración concursal. Por tanto, la cantidad obtenida de la liquidación y que puede aumentar o disminuir el déficit –y con ello la condena–, depende únicamente de la administración concursal y no del administrador de la sociedad. Así pues, el valor de la liquidación como circunstancia ajena a la conducta del administrador justifica la imputación de la responsabilidad concursal y, por ello, no es coherente condenar al administrador al pago de una cantidad que no depende de su conducta.

- Valor de los créditos generados por decisiones tomadas en el periodo de demora indicativas de la voluntad de desafiar el sistema legal concursal

El origen de este criterio debe situarse en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 15.06.2012 (Roj 11834; MP: Juan Francisco Garnica Martín), cuando establece que “no todas las deudas que se hayan generado después del momento en el que el concurso debería haberse solicitado y hasta el momento de la declaración son imputables a los administradores sociales, sino exclusivamente aquellas que son indicativas de la voluntad de desafiar el sistema legal y querer continuar el desarrollo de la actividad societaria contra el mandato del legislador”. Según la Sala, únicamente es imputable a los administradores el pago de aquellas obligaciones verdaderamente asumidas como consecuencia de su decisión, pero no aquellas independientes de su decisión, porque se hayan producido o generado como consecuencia directa de decisiones previamente adoptadas. Estas obligaciones a que se refiere la Sala son las nóminas, en el caso de continuidad de la actividad, y las prestaciones periódicas como son los suministros de agua, electricidad y teléfono. El fundamento de este criterio es que los administradores no deben responder de aquellos créditos que son consecuencia directa del normal devenir del proyecto empresarial; sólo cabe imputarles aquellos créditos que se generen por su decisión de demorar la solicitud del concurso.

²⁷ Utiliza el mismo criterio y palabras muy similares la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 28.01.2010 (Roj 2742; MP: Luis Garrido Espa): “La consecuencia resarcitoria, al amparo del art. 172.3 LC, será, por tanto, coincidente con el pasivo generado a partir del 1 de septiembre de 2005, porque en esa medida el retraso ha contribuido al agravamiento de la insolvencia, en presunción que no ha sido desvirtuada”.

Como muy bien indica la Sala “lo determinante no es el carácter del crédito, sino si su existencia se podría haber evitado o su importe hubiera sido inferior en el caso de haberse instado temporáneamente el concurso”. En el caso de los créditos de devengo periódico y previamente comprometido por un contrato de tracto sucesivo, hay que constatar dos cosas. La primera es que la decisión de generar esos créditos es anterior a la situación de insolvencia; en consecuencia, los créditos que se devengan con posterioridad al incumplimiento de solicitar el concurso no son propiamente “nuevos”. La segunda es que estos créditos no se habrían dejado de devengar por el hecho de haber anticipado la solicitud. Es por ello, que la Sala deduce de la condena los créditos de suministros periódicos y reduce la cuantía a 1.349.372,40 €.

La aplicación de este parámetro permitiría explicar la condena que planteaba la Sala en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.01.2012 (Roj 3301; MP: Ignacio Sancho Gargallo), como fórmula para calcular el agravamiento, y que acabó sin aplicar para no conceder más de lo solicitado por la administración concursal (416.828,98 €). El argumento de la Sala era que, si se hubiera presentado el concurso cuando debía hacerse, se habría podido tramitar un ERE concursal que hubiese generado menos salarios y la indemnización habría sido menor. Según la Sala, la agravación de la insolvencia debe cuantificarse en la diferencia de la indemnización por despido improcedente y la indemnización en un ERE (sólo un tercio de la primera), a la cual hay que añadir los salarios que se hubiesen ahorrado de haber tramitado un ERE, los intereses que se devengaron de las deudas sociales desde el incumplimiento y la deuda con la Seguridad Social. En este caso, los apelantes afirmaron que durante el periodo de demora no se generó ninguna deuda. De ser así, aplicando el primer criterio debería absolverse a los administradores. No obstante, es notorio que el crédito generado por la decisión de resolver las relaciones laborales durante el periodo de demora mediante un despido por causas objetivas es un crédito que agravó el estado de insolvencia. También es verdad que el crédito nace posteriormente a la declaración de concurso y, por tanto, según el primer criterio no podría cuantificarse en la condena. Sin embargo, este segundo criterio hace referencia a los créditos nacidos de decisiones tomadas durante el periodo de demora. Por tanto, se podría incluir este crédito en la cuantificación de la condena, como señaló la Sala.

El mismo criterio siguió la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 24.04.2012 (Roj 3499; MP: Juan Francisco Garnica Martín), condenando a los administradores a pagar el resultado de su decisión de despedir a todos los trabajadores tres días antes de la efectiva declaración de concurso. Si el concurso se hubiese solicitado cuando debía hacerse, no se habría tomado esta decisión y no se hubiese generado el crédito de 72.826,16 € que responde a la condena del juzgado de lo social por despido improcedente (75.271,95 € más 26.633,11 € de salarios de tramitación) menos el importe de las indemnizaciones que se hubiesen concedido en un ERE (29.078,90 €). Si bien es cierto que el agravamiento de la insolvencia se produjo con posterioridad a la solicitud de concurso, la decisión fue tomada durante el periodo de demora conociendo la concursada el estado de insolvencia en el que se encontraba y, por tanto, desafiando el sistema legal concursal. La Sala estima en parte el recurso, porque no se han tenido en cuenta los salarios contra la masa que se hubiesen producido de haberse tramitado el ERE en vez del despido y, por tanto, que no es razonable que se tomen en consideración para fijar el importe final. El cálculo que utiliza la Sala para corregir este aspecto es considerar que la resolución de las relaciones laborales por el

ERE habría comportado una demora de dos meses. Si se tiene en cuenta que la condena a pagar salarios de tramitación fue de ocho meses (el despido fue el día 26 de marzo de 2007 y la condena del juzgado de lo social el día 20 de noviembre de 2007) debe reducirse a esta responsabilidad la parte proporcional a dos meses, resultando la condena 66.167,89 €.

- **Valor de las pérdidas de explotación**

El «criterio de las pérdidas» tiene en cuenta para el cálculo del agravamiento de la insolvencia las pérdidas generadas durante el periodo de demora a partir de los datos de la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad. La diferencia básica entre las pérdidas de explotación y los créditos generados radica en que las pérdidas son el resultado de la diferencia entre los gastos y los ingresos, mientras que los créditos contra el deudor, constituyen el pasivo y, por tanto, son una obligación. Conviene poner de relieve que hay casos en los que una sociedad puede tener pérdidas, porque genera pocos ingresos, pero que tenga mucho activo inmovilizado y, en consecuencia, que el problema sea únicamente de liquidez. La misma Ley Concursal, para determinar el estado de insolvencia de la sociedad, recurre a un concepto de imposibilidad de pago regular de las obligaciones y no a un concepto de patrimonio neto²⁸. Hay que diferenciar el problema de insolvencia de una sociedad del problema patrimonial de ésta misma. Para identificar el primero, es preciso analizar el *cash flow* o flujo de caja de la sociedad, que es el indicador de los recursos que es capaz de generar la sociedad. En cambio, para identificar el segundo, hay que atender al patrimonio neto. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ([BOE núm. 161 de 03.07.2010](#)) (en adelante, LSC) regula en el art. 363 LSC las causas de disolución de las sociedades de capital. En concreto, el apartado primero en la letra e) establece como causa de disolución de la sociedad que el patrimonio neto quede reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Por tanto, las pérdidas son un indicador del problema patrimonial que puede conllevar la disolución de la sociedad, pero no son un buen instrumento para la medir la insolvencia de la misma. Por este motivo, el «criterio de pérdidas», al basarse en el patrimonio neto de la sociedad, no es el más adecuado para la cuantificación de la condena al pago del déficit concursal.

La resolución recurrida en la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 23.04.2012 (Roj 3547; MP: Juan Francisco Garnica Martín) utiliza como criterio para cuantificar el agravamiento causado por el retraso en la solicitud de concurso las pérdidas de explotación. En realidad, es la administración concursal quien fija la cuantía que, a su juicio, representa el agravamiento de la insolvencia en 1.434.238,58 €. Esta cifra se extrae de las pérdidas acumuladas durante el ejercicio de 2008, de las cuales 5.032.823,22 € corresponden al periodo de tiempo que media entre el 1 de septiembre de 2008, momento en el que se debía solicitar el concurso, y el 21 de noviembre de 2008, momento en que efectivamente se solicitó el concurso. De esta cantidad, la administración concursal dedujo el importe de la financiación que durante ese periodo había logrado la concursada de diversas entidades bancarias utilizando la contabilidad falseada (4.896.818,20 €), resultando la condena en la cantidad de 1.434.238,50 €. La Sala confirma la resolución.

²⁸ El art. 2.3 LC establece que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Otra de las sentencias que se ha acogido a este criterio, aunque utilizando un método de cálculo muy poco apropiado, es la resolución recurrida de la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 22.05.2013 (Roj 9461; MP: Juan Francisco Garnica Martín)²⁹. En realidad, la propia Sala pone en duda este parámetro reconociendo que “nos genera dudas que esta justificación sea suficiente, porque la propia resolución recurrida afirma que no consta que la concursada hubiera contraído nuevas obligaciones durante ese período, ni tampoco que se haya privilegiado a unos acreedores sobre otros”. De haber aplicado el primer criterio analizado, los administradores hubiesen resultado absueltos. Sin embargo, la resolución recurrida optó por tomar la cifra de 6.122.955,73 € que corresponde a las pérdidas acumuladas durante el ejercicio 2008 e imputar la responsabilidad por déficit concursal en la parte correspondiente al periodo de demora, que fue de cuatro meses. Lo que significa que el juzgado de lo mercantil aplicó una “regla de tres” para calcular un tercio de las pérdidas de 2008, resultando una cifra de 2.347.003,46 €. Al aplicar esta regla de tres, no podemos afirmar que durante el periodo de demora se haya agravado la insolvencia, porque no sabemos si las pérdidas que se imputan se generaron o no durante este periodo. La misma Sala le da la razón al recurrente, cuando afirma que más razonable que acudir a una regla de tres sería acudir a otros criterios tales como: i) la diferencia entre las concretas pérdidas y ganancias del propio periodo (1.716.029 €), ii) el importe de gastos financieros de las deudas con terceros (791.926,6 €), o iii) la cifra total de gastos financieros (1.379.757 €). El problema es que la Sala entiende que la justificación de la responsabilidad concursal *ex* art. 172bis LC “no responde a criterios cerrados sino a criterios abiertos”. Lo que quiere decir que “no existe únicamente una forma de justificarla adecuadamente sino una pluralidad de métodos de justificación asimismo válidos. La resolución recurrida ha adoptado uno que es probable que no sea el mejor, pero ello no lo descalifica”. Precisamente es ésta la concepción de la responsabilidad concursal que debe cambiar. Es necesario que se defina un criterio o conjunto de parámetros cerrados, que permitan a los operadores económicos conocer las reglas del juego.

Especial consideración merece la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 20.03.2013 (Roj 2707; MP: Marta Rallo Ayezcurén), porque en ella se enfrentan el criterio de generación de créditos y el criterio de pérdidas. Por una parte, la administración concursal limitó la solicitud de la responsabilidad a la suma de 4.590.940,70 €, que era la cifra de la deuda concursal asumida después del día 1 de septiembre de 2008 (fecha en la que concurría el estado de insolvencia). Por otra parte, el juez mercantil razonó que la mera generación de pasivos no es acreditativa de la agravación de la insolvencia y entendió que lo relevante era el incremento de déficit patrimonial entre ambas fechas. Atendiendo a las pérdidas del ejercicio de 2009 (1.082.997,48 €) y a las del ejercicio de 2010, hasta septiembre (fecha en la que se declaró el concurso) 342.448,47 €, el juez suma ambas cantidades, así como la doceava parte de las pérdidas de 2008, y cuantifica la condena en 1.611.404,86 €. En segunda instancia, el Tribunal expone que no puede rechazar el criterio del juez mercantil por inadecuado y desestima el recurso.

Finalmente, la SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 07.10.2010 (Roj 11298; MP: Marta Rallo Ayezcurén), muestra, en esencia, la necesidad de fijar un criterio en cuanto a la cuantificación de la condena al déficit concursal. Al final no es tan importante el criterio que se determine, como que se

²⁹ El juzgado de lo mercantil distingue dos apartados en la imputación de responsabilidades pecuniarias. La explicación va dirigida únicamente al retraso en la solicitud de concurso.

determine uno. En este caso, el concurso se declaró culpable por el incumplimiento del deber de solicitar el concurso y el juez mercantil condenó a los administradores a pagar el déficit concursal hasta el máximo de 1.278.714,50 €. Esta cuantía hace referencia al desvalor de los fondos propios entre la fecha en que se debía solicitar el concurso (31 de diciembre de 2004) y la fecha en que se solicitó el concurso (13 de junio de 2005). Por su parte, el recurrente cuestiona el criterio de pérdidas para cuantificar la responsabilidad concursal y afirma que debería atenderse al criterio del valor de los créditos generados durante el periodo de demora. Si se escogiere este segundo criterio, debería absolverse al administrador, porque no se generaron nuevas deudas, sino que hubo una minoración de pasivo. La evolución de los acreedores en el periodo de demora fue de 3.748.606,02 € a 3.708.743 €, disminuyendo en una cantidad de 39.863,02 € y quedando, según el primer criterio, sin demostrar que la insolvencia se viese agravada por el retraso en la solicitud. Sin embargo, la Sala no ve ningún obstáculo en establecer el límite de responsabilidad según el criterio de pérdidas adoptado por el juez mercantil. Considera que “es razonable y no queda desvirtuada, en absoluto, por la distinta forma de cuantificación que propone la parte apelante que, en definitiva, implicaría la eliminación, en el caso concreto, de la responsabilidad regulada en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, como se reconoce al pedir directamente la absolución”.

3.2. Ejercicio del cargo de administrador o liquidador de la sociedad

En la cuantificación de la condena a la cobertura del déficit concursal es importante tener en cuenta, además del aspecto objetivo, (la gravedad y naturaleza de la conducta) el aspecto subjetivo temporal. El hecho de que un administrador cese de su cargo antes de la solicitud de concurso tiene implicaciones en el desarrollo de la actividad de la sociedad, pero también en la responsabilidad que se le puede imputar.

La SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 17.10.2012 (Roj 83547; MP: Marta Rallo Ayezuren) muestra cómo la cuantía de la condena puede ser modificada por el aspecto subjetivo temporal. En este caso, el administrador considerado persona afectada por la calificación del concurso culpable cesó de su cargo el día 26 de febrero de 2009. Si bien el presupuesto objetivo de concurso (junio de 2008) concurría antes del cese, no se le pueden imputar como responsabilidad todos los créditos generados desde el incumplimiento del deber de solicitar el concurso (agosto de 2008) hasta la efectiva declaración de concurso (julio de 2009), porque los créditos generados entre el cese del cargo y la declaración de concurso no derivaron de decisiones que él pudiese controlar y, por tanto, no era su conducta la que agravó la insolvencia de la sociedad. En este sentido, resolvió la Sala limitando la responsabilidad a las deudas devengadas desde el 31 de agosto de 2008 a la fecha de cese del cargo, el día 26 de febrero de 2009.

4. Conclusiones

Las páginas anteriores han tratado de ilustrar y resumir cuál ha sido el devenir de los distintos pronunciamientos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la cuantificación de la responsabilidad concursal *ex art.* 172bis LC. Hasta la fecha, la Audiencia

Provincial de Barcelona ha aplicado distintos criterios para cuantificar la condena de la responsabilidad concursal, resultando un bloque de resoluciones judiciales heteróclito.

La génesis de la problemática actual se encuentra en la pluralidad de causas de culpabilidad del concurso (arts. 164 LC y 165 LC) que trae consigo la existencia de una diversidad de nexos causales a los cuales puede obedecer la generación o el agravamiento de la insolvencia, y estos a la disparidad de criterios de cuantificación de la condena al pago del déficit concursal. De este contexto se deriva la dificultad de establecer un único criterio, que permita calcular la condena al pago del déficit concursal en todos los casos en los cuales la conducta del administrador ha generado o agravado el estado de insolvencia. En realidad, éste podría ser el motivo por el cual el Legislador confió la cuantificación de la condena a la discrecionalidad del juez. Sin embargo, a pesar de haber atribuido al juez la facultad discrecional de precisar la condena, la complejidad del sistema ha dado lugar a una falta de parámetros precisos y coherentes necesarios para la justificación lógica o razón de ser de la remisión a la discrecionalidad. El resultado de todo ello es una patente falta de seguridad jurídica y un amplio arbitrio judicial.

La determinación del bloque de parámetros que debe solucionar la controversia actual es una tarea de gran complejidad que requiere un estudio que abarque toda la jurisprudencia española. No obstante, este trabajo es una primera aproximación a la problemática del alcance de la cuantificación de la condena, con la finalidad de extraer las principales ideas que, en mi opinión, deberían guiar este propósito. De entrada, debemos señalar que, aunque hemos analizado los diferentes criterios que vienen aplicándose para fijar la condena a la cobertura del déficit concursal, no siempre se aplica uno u otro. En realidad, hay numerosas resoluciones que no justifican el criterio aplicado o directamente no aplican ningún parámetro concreto, cuando determinan la cuantía de la condena.

En cuanto a los criterios analizados se pueden diferenciar cinco parámetros compartidos por las diferentes resoluciones. Cada uno de estos parámetros debe corresponder a una causa de culpabilidad distinta, generadora o agravadora del estado de insolvencia.

El primer parámetro compartido por las sentencias analizadas es la **regla de imputación de todo el déficit concursal**. Este criterio opera en los casos de falta de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1º LC), y es una presunción *iuris tantum* de generación de la insolvencia en tanto que el déficit de información, que ha podido generar la conducta del administrador, permite imputar esta presunción.

El segundo parámetro, aplicado en los casos de alzamiento de bienes (art. 164.2.4º LC) o de salida fraudulenta de bienes (art. 164.2.5º LC), es la cuantificación del **importe de la pérdida de masa activa** que ha supuesto esta conducta. En estos casos, el importe de las facturas falsas o de las deudas indebidamente abonadas sirven de parámetro para calcular la condena. Conviene poner de relieve que, cuando se imputa la responsabilidad concursal (art. 172bis LC), el conjunto de sentencias analizadas entiende que no corresponde imputar a la vez la responsabilidad por daños y perjuicios del art. 172.2.3º LC.

Por último, abordaremos la problemática que presentan los tres últimos parámetros hallados, y que son: i) el valor de los créditos generados durante el periodo de demora; ii) el valor de los créditos generados por decisiones tomadas durante el periodo de demora; y iii) el valor de las pérdidas de explotación. Como hemos dicho, cada uno de estos parámetros debe responder a una sola causa de culpabilidad. Sin embargo, cuando concurre el incumplimiento del deber de solicitar el concurso (art. 165.1º LC), es cuando se aplican indistintamente estos tres parámetros para calcular la condena al pago del déficit concursal. Esta práctica genera una absoluta falta de seguridad jurídica, ya que los agentes del mercado no conocen de antemano cuál de estos tres criterios determinará la consecuencia económica de su conducta. Así pues, es menester fijar sólo uno de los tres parámetros como criterio que justifique, en todos los casos de incumplimiento del deber de solicitar el concurso, el alcance de la cuantía de la responsabilidad concursal. En mi opinión, éste debería ser el valor de los **créditos generados por decisiones tomadas durante el periodo de retraso**. En primer lugar, porque tiene en cuenta los créditos y no las pérdidas. No debemos olvidar que el presupuesto objetivo del concurso es la constatación del estado de insolvencia y éste se mide por la capacidad que tiene el deudor de hacer frente regularmente a las obligaciones exigibles, y no en atención a las pérdidas o el patrimonio neto de la sociedad. En segundo lugar, porque es importante distinguir la naturaleza y gravedad de los créditos que se generan durante el periodo de demora. Mientras unos obedecen a la voluntad de desafiar el sistema legal concursal y, por tanto, deben cuantificarse en la condena, hay otros que provienen del devenir regular de la empresa y que se devengan aunque el concurso se declare en el momento preciso, por lo que no tiene sentido cuantificarlos en la condena. El tercer aspecto relevante de este criterio es que no se ciñe estrictamente al periodo de demora. Es decir, no tiene en cuenta exclusivamente los créditos nacidos entre el incumplimiento del deber y la efectiva solicitud de concurso, sino que abarca aquellos créditos nacidos después de la declaración de concurso que perjudican a la masa activa.

Finalmente, debemos precisar que hasta ahora los criterios explicados responden a la valoración de la conducta que ha influido en la generación o agravamiento de la insolvencia. Sin embargo, estos parámetros no excluyen la posibilidad de que el juez tenga en cuenta circunstancias, distintas a la conducta del administrador, que generan o agravan la insolvencia, para fijar el alcance de la condena y modular la cuantía. Una de estas circunstancias es la crisis económica.

Esta exégesis es una primera configuración del bloque de criterios que motivarían la razón de ser de la remisión a la discrecionalidad del juez. Sin embargo, más allá de determinar qué parámetros específicos deben tenerse en cuenta, la clave de bóveda de la controversia radica en la necesidad de establecer un único sistema de criterios unificados.

5. Bibliografía

Alberto ALONSO UREBA (2003), “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en Rafael GARCÍA VILLAVARDE/ Alberto ALONSO UREBA/ Juana PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, Dilex, Madrid, pp. 505-576.

María del Pilar BELLO MARTÍN-CRESPO (2005), “Responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital y Ley Concursal”, en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, pp. 1679-1735 (pp. 1692-1696).

Fernando CERDÁ ALBERO (2013), “La responsabilidad de los administradores por el déficit concursal», en Vicente CUÑAT EDO/ José MASSAGUER FUENTES/ Francisco José ALONSO ESPINOSA/ Esperanza GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.) María Victoria PETIT LAVALL (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1563-1611.

Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (2011), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. V, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 303-304.

José Antonio GARCÍA CRUCES (2004), *La calificación del concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 179-188.

Jaime GUASP DELGADO (1971), *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, pp. 313-324.

María Jesús GUERRERO LEBRÓN y Juan Manuel GÓMEZ PORRÚA (2005), “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, pp. 1965-1988 (pp. 1975-1977).

José MACHADO PLAZAS (2006), *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*, Aranzadi, Navarra, p. 264.

Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL (2011), *Derecho de daños, textos y materiales*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 93.

Daniel RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA y María Isabel HUERTA VIESCA (2002), “Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001”, DN 2002 n. 12, pp. 1-17.

Ignacio SANCHO GARGALLO (2005), “Calificación del concurso”, en Ignacio QUINTANA CARLO/Ángel BONET NAVARRO/ José Antonio GARCÍA-CRUCES (Dir.) *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 545-580 (pp. 574-575).

6. Tabla de jurisprudencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado-Ponente</i>
15ª, 29.11.2007	14674	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 21.02.2008	7734	Blas Alberto González Navarro
15ª, 25.03.2008	650/2007	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 30.12.2008	12269	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 15.01.2009	6130	Blas Alberto González Navarro
15ª, 30.01.2009	1819	Luis Garrido Espa
15ª, 11.03.2009	6120	Luis Garrido Espa
15ª, 13.03.2009	6178	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 04.06.2009	7440	Luis Garrido Espa
15ª, 16.07.2009	9245	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 14.09.2009	14327	Luis Garrido Espa
15ª, 28.01.2010	2742	Luis Garrido Espa
15ª, 07.10.2010	11298	Marta Rallo Ayezuren
15ª, 06.04.2011	3930	Luis Garrido Espa
15ª, 20.01.2012	3301	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 25.01.2012	2720	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 16.06.2011	8909	Ignacio Sancho Gargallo
15ª, 23.04.2012	3547	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 24.04.2012	3499	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 15.06.2012	11834	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 20.07.2012	11606	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 17.10.2012	83547	Marta Rallo Ayezuren
15ª, 23.10.2012	1493	José María Ribelles Arellano
15ª, 29.11.2012	193793	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 04.03.2013	5944	José María Ribelles Arellano
15ª, 20.03.2013	2707	Marta Rallo Ayezuren
15ª, 22.05.2013	9461	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 10.06.2013	7203	Marta Rallo Ayezuren
15ª, 06.09.2013	9524	José María Ribelles Arellano
15ª, 12.09.2013	9532	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 25.10.2013	11261	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 11.12.2013	19448	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 06.03.2014	2917	Juan Francisco Garnica Martín
15ª, 12.03.2014	2920	José María Ribelles Arellano
15ª, 20.03.2014	2928	Mª Elena Boet Serra
15ª, 26.03.2014	3378	Ramón Foncillas Sopena
15ª, 27.03.2014	2918	Juan Francisco Garnica Martín