

1.7. Concursal

La responsabilidad concursal de los administradores: principales aportaciones del operador jurídico*

*The insolvency liability of the corporate directors:
main contributions of the juridical operator*

por

GEORGINA ÁLVAREZ-MARTÍNEZ

Prof. Permanente Laboral.

Universidad Complutense de Madrid (ROR 02p0gd045).

Facultad de Derecho.

ORCID (0000-0002-1123-553X)

RESUMEN: Con el fin de contribuir a la interpretación del régimen jurídico de la responsabilidad concursal de los administradores prevista en el artículo 456 TRLC, este trabajo abunda en sus antecedentes normativos, y en las principales aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina nacional.

ABSTRACT: *To provide a contribution to the interpretation of the legal regimen of the insolvency liability of the corporate directors set out in art. 456 TRLC, this works is focused on its legislative backgrounds, and the main contributions of case law, as well as the national doctrine.*

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad concursal, déficit, administradores sociales, liquidadores, Tribunal Supremo.

KEYWORDS: *nsolvency liability, deficit, corporate directors, liquidators, Supreme Court.*

* Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre “Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia”, cuya investigadora principal es la profesora Juana Pulgar Ezquerro.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL 456 TRLC.—III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: APORTACIONES DEL OPERADOR JURÍDICO EN LA DELIMITACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL. III.1. EL ART. 172.3 LC: CONTENIDO POTESTATIVO DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. III.2. EL ART. 172 BIS LC. RESPONSABILIDAD CONCURSAL. III.3. MODIFICACIONES AL APARTADO 1. 172 BIS LC. RESPONSABILIDAD CONCURSAL. III.4. EL ART. 456 TRLC. CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT.—IV. CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS. V.1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL. V.2. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad concursal de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o de los directores generales de la persona jurídica concursada actualmente se concreta en la condena a la cobertura del déficit y está prevista en el art. 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), cuyo tenor literal no ha sido modificado por la reforma del 2022¹. El propio artículo —y sus antecedentes— ya ha sido objeto de autorizados comentarios en la doctrina, por lo que estas reflexiones no tienen por fin abundar en la exégesis completa del mismo. No obstante, con el objeto de contribuir en su interpretación, se abordarán en este estudio sus antecedentes legislativos, así como las principales aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina nacional.

II. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL 456 TRLC

El art. 456 TRLC integra el capítulo relativo a la calificación del concurso y forma parte del contenido potestativo de la sentencia de calificación, en los siguientes términos:

“1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, 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 del concurso.

4. En caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura”.

El texto de esta norma tiene sus primeros antecedentes en el art. 172. 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) y, más tarde, en las reformas de 2011 y 2014 a la LC, que recogieron en buena medida aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina.

El art. 172.3 de la LC en su redacción original ordenaba en el marco de la regulación de la sentencia de calificación, y siempre que la sección hubiese sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, “condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”. Para hacer efectiva la condena que podía resultar de la aplicación de este artículo, el art. 48.3 LC autorizaba el embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, o de quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso [de la persona jurídica] cuando de lo actuado resultase fundada la posibilidad de que el concurso se calificara como culpable, y de que la masa activa fuese insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió este apartado tercero e introdujo un art. 172 bis bajo la rúbrica de “responsabilidad concursal” con cuatro apartados. Esta norma mantuvo el presupuesto de la formación o reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación a la potestad del juez para condenar a quienes hubiesen sido declarados personas afectadas por la calificación culpable. No obstante, se matizaron y añadieron los siguientes requisitos: se acordó que pudiesen ser condenados todos o algunos; se sumaron al conjunto de personas responsables los apoderados generales de la persona jurídica concursada; se precisó que los eventuales responsables hubieran sido declarados “personas afectadas por la calificación”, y se concretó la condena “a la cobertura, total o parcial del déficit” (primer párrafo del apartado primero); se unió al presupuesto la reapertura de la sección sexta como consecuencia del incumplimiento del convenio, en cuyo caso se ordenaba al juez atender para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura (segundo párrafo apartado primero); para el caso de pluralidad de condenados se ordenó al juez “individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso” (tercer párrafo apartado primero); se previó la legitimación para solicitar la ejecución de la condena (administración concursal y, en su caso, algunos acreedores; apartado segundo); se precisó la integración a la masa activa del concurso

de las cantidades obtenidas en ejecución de la sentencia de calificación (apartado tercero); y, finalmente, se reconoció legitimación a los que hubieran sido parte en la sección de calificación para interponer contra la sentencia recurso de apelación.

En conexión con lo previsto en el art. 172 bis, esta Reforma llevó lo previsto en el apartado tercero del art. 48 LC respecto al embargo de bienes de los administradores y liquidadores, al apartado primero del nuevo art. 48 ter LC donde la adopción de la medida se condicionó a que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación, las personas a las que afecte el embargo, fuesen condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación (en lugar de fundar la posibilidad en que el concurso se califique como culpable y en la insuficiencia de la masa activa para satisfacer las deudas).

El Real Decreto-ley, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial —y la posterior Ley 17/2014 de 30 de septiembre— modificó el apartado primero de este art. 172 bis en dos aspectos: por un lado, sumó al elenco de personas afectadas por la calificación (y susceptibles de ser condenados por responsabilidad concursal) a los socios que se hubiesen 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; y por otro, se fijó la condena 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».

Finalmente, esta última versión del art. 172 bis LC pasó al art. 456 del TRLC al que se sumaron otras modificaciones tanto de orden formal, como sustancial. Así, de orden formal (también sistemático): la rúbrica del artículo se refiere concretamente a la «condena a la cobertura del déficit», suprimiéndose la más genérica «responsabilidad concursal»; la posible responsabilidad de los socios como personas afectadas fue trasladada al ámbito del concurso consecutivo (arts. 700 a 702 TRLC) que se abría en aquél momento si no se hubiese alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos²; el supuesto de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit pasó casi con los mismos términos del párrafo tercero del apartado primero del art. 172 bis al apartado tercero del art. 456 TRLC; lo propio sucedió con el segundo párrafo del apartado primero del art. 172 bis LC respecto a la responsabilidad por déficit en los casos de incumplimiento de convenio que se integró como apartado cuarto en el art. 456, aunque añadiéndose la precisión de que la condena podrá ser «total o parcial»; por su parte, se llevaron los apartados segundo y tercero del art. 172 bis —relativos a la legitimación para solicitar la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación, y a la integración en la masa activa de las cantidades obtenidas en ejecución de dicha sentencia, respectivamente— al art. 461 TRLC.

Respecto a las modificaciones de carácter sustancial, cabe señalar las que siguen: en el apartado primero del art. 456 TRLC se aclara que el juez podrá condenar «con o sin responsabilidad» a las personas afectadas a la cobertura total o parcial del déficit; se añade entre los referidos a los directores generales de la persona jurídica concursada, en lugar de los apoderados generales; por último, frente a la disparidad de criterios a que había dado lugar la interpretación de este «déficit»³ —tras su incorporación por la Ley 38/2011 en el art. 172 bis, en sustitución de la condena a pagar total o parcialmente a los acreedores concursales el importe

de sus créditos no satisfechos en la liquidación, previsto en el art. 172. 3 redacción original de la LC— se añade en el apartado segundo un concepto de déficit conectado al informe de la administración concursal y a sus documentos anejos —art. 293. 1 TRLC: inventario de la masa activa y lista de acreedores, junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago— desvinculado, por tanto, del resultante de la liquidación —al que atendía, como se verá, el citado art. 172.3 de la LC—. Esta aclaración en relación con la definición del déficit, lejos de unificar criterios de interpretación, va a generar nuevas dudas en la doctrina, y en la jurisprudencia, que se expondrán más adelante en este trabajo.

III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: APORTACIONES DEL OPERADOR JURÍDICO EN LA DELIMITACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL

Conforme lo expuesto en el epígrafe anterior, el contenido del art. 456 TRLC en vigor es el resultado de sucesivas modificaciones legislativas que han ido precisando y matizando el alcance y contenido de esta responsabilidad concursal. Estas modificaciones han hecho eco de las aportaciones de la jurisprudencia —también de la doctrina— y de estas se dará breve cuenta en este lugar.

III.1. EL ART. 172.3 LC: CONTENIDO POTESTATIVO DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN

De acuerdo a lo expuesto, la LC en su artículo 172.3 bajo la rúbrica «Sentencia de calificación», dentro del Título VI relativo a la «Calificación del concurso», previó un régimen específico de responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, de derecho o de hecho, en el ámbito concursal⁴. La norma hacía depender esta responsabilidad de tres presupuestos: por un lado, que se hubiere formado la sección de calificación o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (lo que excluía la responsabilidad concursal cuando se hubiese cumplido el convenio); que se tratase de un concurso de persona jurídica calificado como culpable (conforme arts. 163, 164 y 165 LC); y que, tras la liquidación de la masa activa, quedasen acreedores concursales insatisfechos (excluyéndose los créditos contra la masa del ámbito de esta responsabilidad)⁵.

Bajo estos presupuestos, la norma otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al juez a la hora de hacer efectiva esta responsabilidad concursal («la sentencia, podrá, además condenar a») sin especificar en qué casos, o con arreglo a qué criterios se debía valorar si procedía o no esa condena adicional⁶; tampoco establecía cuándo procedía condenar «total o parcialmente» y en este último caso en qué proporción; y, finalmente, en cuanto a la imputación de los sujetos responsables, el art. 172.3 LC contenía una imputación genérica sin base en una actuación individual —lo que suponía valorar la contribución de estos sujetos a los hechos y decisiones que determinaron el concurso como culpable⁷— y sin precisar si debían resultar personas afectadas y/o cómplices, responsables solidarios o mancomunados⁸.

Estas vaguedades dieron lugar a un arduo debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo en torno a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, basculado con sólidos argumentos entre la tesis indemnizatoria de daños, que propiciaba a un trato más benevolente para los administradores, por la mayor dificultad que conllevaba la acreditación de sus presupuestos, y la sancionadora de ilicitud culpable, que conducía a agravarla. Este dispar posicionamiento en la jurisprudencia, como es de imaginar, generó desigualdad de trato entre los sujetos afectados, al estar condicionada por la teoría que siguiese el órgano competente por el territorio.

Atendiendo a la literalidad de la norma (que no ofrecía criterios para determinar la cuantía de la condena por responsabilidad concursal e implicaba la consecuente facultad del juez para modularla, lo cual, para algunos, se entendía como una consecuencia de la consideración por el legislador como indemnizatoria), y a los créditos concursales insatisfechos, se abogaba por una responsabilidad por daño, resarcitoria o indemnizatoria conectada con los presupuestos de la teoría civil de la responsabilidad causal (al modo en que operaba la responsabilidad societaria derivada de los arts. 133 y 135 de la LSA), a saber: la existencia de daño, (créditos de los acreedores insatisfechos), culpa (generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave), y una relación causal entre ésta y aquél (la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave vinculados al hecho de que los créditos resulten insatisfechos)⁹.

No contradecía esta interpretación del art. 172. 3 LC, lo ordenado en su párrafo segundo ordinal 3 donde se contemplaba la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados¹⁰, porque se entendía que este último recogía el contenido necesario de la sentencia, estaba dirigido tanto a las personas afectadas, como a los cómplices y era consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, sean concursales o contra la masa y, sobre todo, ligada a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor —antes de la declaración del concurso— y los recibidos de la masa activa —durante el concurso— (por ej. devaluación derivada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes y derechos que debían restituirse o por la imposibilidad de verificar dicha devolución por haber perecido los bienes o por estar en posesión de terceros de buena fe (cfr. SAP de Barcelona 21 de febrero, Fundamento de Derecho cuarto).

Tampoco se encontraba incompatible esta tesis con la responsabilidad societaria, coordinándose ambas de la siguiente manera: mientras que la responsabilidad societaria tiene como finalidad resarcir el daño ocasionado a la sociedad, si se ejercita la acción social de responsabilidad (antes art. 134 LSA), o el ocasionado a los socios o acreedores, si se ejercita la acción individual (antes art. 135 LSA), la responsabilidad concursal está prevista para situaciones concretas en los procedimientos concursales y adaptada a sus circunstancias.

En la jurisprudencia menor, siguieron esta interpretación la SAP de Barcelona, Sección 15^a, 19 de marzo 2007¹¹, entre otras de este mismo Tribunal, que más tarde, sostuvo la tesis contraria¹²; la SAP de La Rioja de 17 de octubre de 2008 y la SAP de Jaén, Sección 1^o, de 10 de marzo de 2008, expresándose en los siguientes términos¹³:

«Como ya argumentamos en nuestro Auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), “se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se

opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...”. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización» (AP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2007, Fundamento de Derecho Quinto).

El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal tuvo su eco en la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde no se mantuvo una postura constante. En efecto, las dos primeras sentencias se identificaron con esta postura indemnizatoria: así la STS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011¹⁴. En ambos se negó la naturaleza sancionadora del artículo 172, apartado 3 y se afirmó su función reguladora de la responsabilidad por daño, atendiendo a la contribución de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, con dolo o culpa grave, en la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que se traduce en un daño para los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (STS de 23 de febrero 2011 Fundamento de Derecho séptimo, y 12 de septiembre de 2011, Fundamento de Derecho tercero.).

Con posterioridad, se añadieron algunas consideraciones que alteraron la aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria y revelaron un cambio de tendencia en la postura del TS. Así, la SSTS de 6 de octubre de 2011 y de 17 de noviembre de 2011 precisaron en relación con la condena de los administradores a pagar todo o parte de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa, que no era, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requería una «justificación añadida», respecto a la propia calificación del concurso como culpable, a fin de decidir su cuantificación y la identificación de los administradores responsables.

(cfr. STS de 6 de octubre de 2011, Fundamento de Derecho cuarto; las comillas son nuestras). Sin embargo, esta justificación añadida se conectó con la valoración de los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identificaban o del que formaban parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya fuese el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 —haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia—, ya fuese el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo. De esta forma, se acabó eludiendo el requisito del nexo causal entre la conducta determinante de la calificación y el importe de la condena al déficit concursal, y con ello se estaba suscribiendo más la tesis del carácter sancionador que el indemnizatorio, dejándose sin establecerse un criterio claro conforme al cual un administrador incurso en las conductas tipificadas en el art. 164 LC pudiese defenderse de esta petición¹⁵. Se inscribieron en esta posición la STS del 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, y de 21 de mayo de 2012. En esta última, el voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo puso de relieve el equívoco de la mayoría al negar por un lado la naturaleza sancionadora de la responsabilidad y por otro dejase sin valorar la incidencia de la conducta de los administradores o liquidadores sociales, que había merecido la calificación culpable del concurso conforme el art. 164.2 LC en la generación o agravación de la insolvencia.

En el lado opuesto, también la literalidad del art. 172.3 LC, que se interpreta de estructura similar a los art. 262. 5 LSA y art. 105.5 LSRL —donde se imponía a los administradores la responsabilidad solidaria por las deudas sociales como sanción al incumplimiento de la obligación de convocar la Junta General o de solicitar la disolución judicial— el contexto de concurso culpable, la apertura de la liquidación y la existencia de créditos fallidos por la insuficiencia de activo, constituían argumentos a favor de la responsabilidad sanción (por el incumplimiento de un deber legal concreto, incluso cuando no existiese daño)¹⁶. Se defendía que esta interpretación coordinaba mejor con la responsabilidad prevista en el propio art. 172.2.3º LC y con la responsabilidad societaria (art. 134 LSA), porque evitaba la duplicidad de regímenes con un mismo fin, cual es, la reparación del daño directo causado a la sociedad y el indirecto causado a los acreedores.

Siguieron esta interpretación: SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008, entre otras de este mismo Tribunal; SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008; SAP de Huesca de 29 de enero de 2008; SSAP Córdoba, Sección 3ª, de 28 de marzo de 2008, de 15 de julio de 2008; SSAP Alicante, Sección 8ª, de 18 de diciembre 2008, de 13 de enero 2009, de 12 de marzo 2009; SAP de Murcia, Sección 4ª, de 31 julio de 2008; SAP de León, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2008; SAP de Valladolid, Sección 3ª, de fecha 22 de Julio de 2009. La doctrina de estas sentencias expresaba:

“Se trata de una responsabilidad prevista sólo para los casos más graves de concursos de personas jurídica calificados como culpables, puesto que es preciso que se haya abierto la fase de liquidación y exista déficit patrimonial para cubrir las deudas de la persona jurídica concursada, y no es exigible a los cómplices sino solamente a quienes hayan sido administradores o liquidadores de la persona jurídica [...] nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la

que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales”. (Cfr. SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008, Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo).

Por lo que respecta al TS, en las sentencias de 16 de julio de 2012, 14 de noviembre de 2012, y 20 de diciembre de 2012, negó —apartándose de lo interpretado en las STS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011— que la condena a pagar a los acreedores el importe no satisfecho en la liquidación fuese una indemnización por el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena condicionado a la concurrencia de los requisitos legales, y que no quedaba oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuía al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo¹⁷. Esta discrecionalidad —que también servía para fundamentar la tesis indemnizatoria, porque lo que induce a pensar que el único criterio de imputación es la incidencia que la conducta del demandado ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia— explica que de la calificación del concurso como culpable no derivaba necesaria e inexorablemente la condena a los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, sin embargo no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder, ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta (Cfr. ST de 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero). Frente a esta indefinición, “es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable” (STSS de 6 de octubre y de 17 de noviembre de 2012, citadas en la sentencia del 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero).

A caballo entre ambas posturas, se proponía a modo de *tertium genus* una responsabilidad objetivada —no objetiva ni automática— en la que había que determinar el grado de imputación del resultado deficitario y la conducta, activa u omisiva o de mero incumplimiento legal, de los administradores societarios, en base a criterios objetivos, no causalistas¹⁸. Parecía así entenderlo la SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009 que confirmando la sentencia de primera instancia, condenó al administrador único de una SL a responder personalmente de las cantidades que los acreedores concursales no hubieren percibido en la liquidación, descontando una valoración individualizada de la culpa, pero valorando un conjunto de circunstancias concretas —a través de las cuales, a nuestro modo

de ver, si se llegaba a valorar el nexo causal entre la conducta del administrador y los créditos fallidos— como inexactitudes contables, sobrevaloración de activos, falta de control en las obras encargadas por terceros, en los costes, márgenes de beneficios, todo lo cual revela, en palabras del propio Tribunal, «un incumplimiento decisivo y de todo punto relevante, en el plano causal, de la generación de la quiebra económica de una sociedad, en los siguientes términos»:

“Se instaura así una responsabilidad especial, de difusos contornos tanto contextuales como teleológicos, y acusada inseguridad donde, cualquiera que sea la denominación y carácter que se le asigne, dentro del debate doctrinal, como meramente indemnizatoria o por daños que centra su atención en el ámbito de la culpa y de los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual o como responsabilidad eminentemente resarcitoria, sancionadora y objetiva, la misma ha de venir precedida de una serie de presupuestos que, propios en unos casos e incompatibles en otros, con una u otra naturaleza, le dota de singularidad propia, distinta a la que ya viene contemplada en los arts. 133 [responsabilidad indemnizatoria] y 262 [responsabilidad sancionatoria] de la LSA y concordantes de la LSRL y, pese a su redacción, de carácter dudosamente potestativo de concurrir sus presupuestos legales, aunque sí moderable en atención a la gravedad del reproche culpabilístico, a la propia imputabilidad y a la relación de causalidad con el estado de insolvencia o agravamiento del mismo; y siempre, por último, subsidiaria al exigir su concreción definitiva la propia excusión de bienes de la Sociedad. Responsabilidad pues, en todo caso, objetivada por el legislador, con tal que concurren sus presupuestos normativos y donde, a los presupuestos indicados: concurso culpable y fallido tras la liquidación del concurso con incapacidad patrimonial para satisfacer todos los créditos, (responsabilidad por deudas) será necesario también que al/los administrador/es le/s sea imputable a título de dolo o culpa grave tanto el abocar a la Sociedad a la situación de insolvencia que justifica el concurso, como su desenlace y agravación en su caso” (SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009, Fundamento de Derecho Segundo).

III.2. EL ART. 172 BIS LC. RESPONSABILIDAD CONCURSAL

Las primeras sentencias del TS en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (STSS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011) explicaron que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal se propusiese modificar —zanjando la polémica y aportando seguridad jurídica— la redacción del proyectado art. 172 bis, ordenando expresamente la obligación de indemnizar a los acreedores con el pago total o parcial, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Sin embargo, la propuesta fue rechazada (enmienda nº 139) y el art. 172 bis finalmente aprobado dejó sin definir este asunto.

Como se sabe, La Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió el apartado tercero del art. 172 LC e introdujo el citado art. 172 bis dirigido en exclusiva a regular esta responsabilidad. El Preámbulo de esta Ley explicó que la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación se mantenía, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico tendientes a resolver los principa-

les problemas que su aplicación venía suscitando en nuestros tribunales¹⁹. Entre las cuestiones que habían generado alguna controversia, el art. 172 bis LC precisó (aunque no eliminó las discusiones en la doctrina): los sujetos responsables, incluyendo entre las personas “afectadas” a los apoderados generales, englobando en estos a quienes sin tener una posición orgánica (administradores o liquidadores) ejercían una función gerencial equivalente sobre la base de un poder general que los habilitaba para las relaciones con terceros con un ámbito propio de autonomía²⁰; la responsabilidad mancomunada para el caso de pluralidad de condenados, ordenando en el párrafo tercero de su apartado primero “individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”²¹; e ingreso de la condena en la masa activa del concurso, previendo en su apartado tercero que las cantidades obtenidas en la sentencia de calificación se integrasen en la masa activa del concurso²², respetando con ello la *par conditio creditorum*²³. Junto a lo anterior, la Reforma sustituyó la condena a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe no satisfecho con la liquidación de la masa activa, por la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit el que, en conexión con el art. 48.1 ter LC, había que asociarlo al «resultante de la liquidación».

Una de las discusiones doctrinales que se mantuvieron tras la Reforma estaba vinculada a la regla de la responsabilidad mancomunada para el caso de pluralidad de responsables, que exigía ahora expresamente el legislador. Una parte de la doctrina, que también defendía la función indemnizatoria de esta responsabilidad, consideraba inviable aplicar el régimen de la responsabilidad solidaria indiscriminada —y una consiguiente presunción de culpa— porque el juez del concurso debía imponerla solo frente a quienes concurriesen los presupuestos de la norma²⁴. Por otro lado, se aceptaba la imposición de una condena por importe distinto cuando cada uno de los administradores afectados respondía por actos realizados en períodos distintos, sin embargo, veía complicada su aplicación si la responsabilidad por generación o agravación de la insolvencia fuese imputable a todos los integrantes de un mismo órgano de administración y por comportamientos observados en un mismo período²⁵. De este lado, se encontraba difícil armonizar la responsabilidad concursal mancomunada con las reglas de atribución de la responsabilidad solidaria de los administradores del Derecho de las sociedades de capital²⁶.

Junto a lo anterior, conforme se ha adelantado en el primer párrafo de este epígrafe, el art. 172 bis omitió definir la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, y con ello dejó abierta también esta discusión. Respecto a la función de la responsabilidad concursal, por un lado, tras la Ley 38/2011, quienes defendían la tesis de una responsabilidad-sanción civil de carácter punitivo, encontraron reforzados sus argumentos, por los siguientes motivos²⁷: se había rechazado la enmienda al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003 que acogía la tesis indemnizatoria; se aportaba mayor claridad en la previsión de dos responsabilidades: la indemnizatoria en el art. 172. 2. 3º LC y la punitiva en el art. 172 bis; el apartamiento del TS de la tesis indemnizatoria puntualizando que: “no se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave —imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal—, sino un supuesto de respon-

sabilidad por deuda ajena” (STS del 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero), que no se deriva necesariamente de la calificación culpable del concurso y cuya justificación no exigía otro enlace causal distinto del que resulta *ex lege* de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 LC y la imputación de tales conductas a algunos administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada; cambio de tendencia en la Audiencia Provincial de Barcelona que había defendido la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal hasta la sentencia del 23 de abril de 2012²⁸; el éxito de la acción de responsabilidad por deudas sociales, de corte punitivo, de los arts. 262. 5 LSA y 105.5 LSRL refundidos en el art. 367.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, frente a las acciones de responsabilidad por daños, en particular la acción individual de responsabilidad, debido a las menores dificultades que exigía la acreditación de sus presupuestos.

Por otro lado, en el contexto de la entrada en vigor de esta Reforma a la Ley Concursal (1 de enero de 2012), cabe recordar que, en la STS de 21 de mayo de 2012 el voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo²⁹, discrepó de la interpretación y decisión final de la mayoría de la Sala³⁰ en relación con la redacción original del art. 172.3 LC aplicable al caso y, siguiendo una interpretación literal y sistemática del mismo (en relación con el nuevo art. 172 bis), la *ratio legis del precepto*, e incluso atendiendo a la norma francesa en que se había inspirado, comprendió que la justificación añadida (exigida también por la mayoría) debía conectarse con la apreciación de la participación de la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia, y no meramente con los criterios de imputación culpable del concurso (art. 164.2 LC). Es oportuno, atender al conjunto de este razonamiento basado en las siguientes consideraciones, que suscribimos de la dicción literal del precepto se infirieren los presupuestos para que pudiese operar la responsabilidad, así como la sucedánea facultad del juez a condenar a los administradores o liquidadores (de derecho o de hecho, actuales o quienes lo hubieren sido durante los dos años anteriores a la declaración del concurso) a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa; la ubicación sistemática del apartado tercero —art. 172 LC destinado a regular el contenido de la sentencia de calificación— permite concluir que los posibles responsables *ex art.* 172.3 LC no son distintos de quienes hubiesen sido previamente identificados como personas afectadas por la calificación; el art. 172.3 LC expresa el posible contenido de esta responsabilidad, esto es, el pago total o parcial, así como la discrecionalidad del juez, para condenar o dejar de condenar; en caso de condena se debe precisar su alcance, esto es, la proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que deben responder los administradores; la *ratio* del precepto deriva de serles imputables —por haber contribuido con dolo o culpa grave— la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa; siendo esta la *ratio iuris* de la responsabilidad, es lógico que para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores y liquidadores sociales y su alcance se atienda a la incidencia que la conducta

que ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

Tras las diferencias entre el voto de la mayoría y el voto particular de esta sentencia del TS, cabe señalar importantes coincidencias: por una parte, ambas rechazan que la responsabilidad concursal sea una consecuencia automática de la calificación culpable del concurso y que se precisa una justificación añadida; y, por otra, los dos revelan la preocupación por colmar la ausencia de criterios legales en la identificación de los administradores que debían responder, y en la cuantificación de la parte de la deuda que debía ser cubierta (STS de 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero. 2.3, y Voto Particular a la STS de 21 de mayo de 2012).

III.3. LAS MODIFICACIONES AL APARTADO PRIMERO DEL 172 BIS LC. RESPONSABILIDAD CONCURSAL

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, y la posterior Ley 17/2014, de 30 de diciembre, además de ampliar el círculo de personas afectadas susceptibles de ser condenadas por responsabilidad concursal a los socios que se hubiesen 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, previó que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit debía serlo “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia” (apartado primero art. 172 bis *in fine*).

Este último añadido venía a asumir la interpretación del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo al art. 172.3 LC, que se había expresado en votos particulares en sucesivas sentencias del TS, —uno de los cuales acabamos de exponer aquí *ut. supra*— y aportaba algo más de seguridad jurídica en la determinación de la responsabilidad concursal³¹. A este respecto, la STS, Sección Pleno, del 12 de enero de 2015 recuerda en primer lugar, en el Fundamento de Derecho tercero, que la opinión de la Sala en relación con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad es que constituye “un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, naturaleza que no queda oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo” (Fundamento de Derecho tercero). Pero enseguida, en el Fundamento de Derecho cuarto, bajo el epígrafe “Trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo”, niega el carácter sancionador de la norma que regula la responsabilidad concursal —por lo que no se le aplican las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables— así como el carácter meramente interpretativo o aclaratorio de la reforma, otorgado por alguna Audiencia Provincial³², e interpreta que la voluntad del legislador ha sido modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria. No obstante, al no resultar aplicable este nuevo régimen al caso —se había descartado la naturaleza sancionadora de la responsabilidad y la finalidad interpretativa de la Reforma— el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el administrador de la sociedad concursada, porque entendió que la

Audiencia Provincial no había realizado una aplicación automática del art. 172.3 LC, sino que había valorado los elementos subjetivos —único administrador de la sociedad que había incumplido el deber de solicitar el concurso— y objetivos de la conducta —relevancia de esta demora en la generación o agravamiento de la insolvencia— y la entidad de la participación en tal conducta del administrador para calificar el concurso como culpable en los términos exigidos por el art. 165. 1 LC.

Sin embargo, tras esta interpretación del TS respecto de la voluntad del legislador de introducir un régimen de responsabilidad concursal de naturaleza indemnizatoria, en los meses siguientes omitió pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, probablemente porque se abordaban casos en los que resultaba aplicable el régimen anterior a la Reforma. Así las STSS de 7 de mayo de 2015, de 21 de mayo de 2015 y de 1 de junio de 2015, que trataron supuestos de demora en el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso (art. 165.1 LC), coincidieron en valorar la gravedad de las conductas atendiendo a su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia —pese a tratarse de un supuesto calificado de mera actividad— que midieron según la duración de la demora y el aumento del déficit patrimonial, aunque con diferencias en torno a la prueba del nexo causal entre el retraso y la agravación de la insolvencia. En otras, aplicando también la redacción normativa anterior al Real Decreto-ley 4/2014, en supuestos de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad (art. 164.2.1 LC) se valoró como elementos objetivos del comportamiento, no solo la gravedad de tales irregularidades, sino también el resultado que habían producido en los acreedores (privación de información) para ajustar mejor la medida de la responsabilidad. En esta dirección: STS de 5 de junio 2015 y 27 de octubre 2017.

Con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 4/2014 el TS se pronunció sobre la aplicación e interpretación del art. 172 bis en la sentencia del 22 de mayo de 2019. Siguiendo a la doctrina, entendió que la Reforma traía consigo dos consecuencias lógicas, que afectaban al enjuiciamiento: por un lado, no cabe condenar a los administradores sociales (y demás sujetos afectados) a la cobertura del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable del concurso y su declaración de persona afectada por la calificación) si no hay contribuido a la generación o agravación de la insolvencia; por otro, que el alcance de esta condena estará en función de la incidencia que esa conducta ha tenido en la generación la insolvencia o en su agravación. Aplicando estas consecuencias casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya y dejó sin efecto la condena a los administradores a la cobertura del déficit concursal, porque en ella no se había justificado de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable (que conllevaba la calificación culpable del concurso), consistente en la inclusión de un activo ficticio, pudo agravar la situación de insolvencia.

En este ámbito temporal cabe citar la STS de 29 de mayo de 2020 porque vuelve sobre la razón de esta responsabilidad concursal para definir, a falta de especificación legal, lo que debe entenderse por déficit en el art. 172. bis LC. A este respecto considera que la causa de la responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia que ha determinado la apertura del concurso. Por ello, no es tanto la insuficiencia patrimonial que había al tiempo de la declaración del concurso, como sostenía el recurrente en el caso, y cuya determinación surgía del inventario del activo y de la lista de acreedores, la que definía el déficit, sino la

insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos del concursado para pagar todos los créditos.

III.4. EL ART. 456 TRLC. CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT

Como se ha expuesto en la primera parte de este comentario el art. 172 bis LC pasó con modificaciones al actual art. 456 TRLC bajo la rúbrica “Condena a la cobertura del déficit” —aunque sus apartados segundo y tercero se llevaron al art. 461 TRLC— el que en sí mismo se ha mantenido intacto tras la Reforma del 2022, sin perjuicio de las modificaciones de orden sistemático que le pueden afectar (cfr. arts. 445 bis, 446, 448, 449, 450, 450 bis, 450 ter TRLC). La norma vigente ha asumido aportaciones jurisprudenciales y resuelto algunas cuestiones discutidas en la doctrina, pero, como se verá, no ha cerrado el debate sobre su contenido y alcance.

Llegados a este punto, puede valorarse la mayor o menor incidencia que han tenido las aportaciones jurisprudenciales, como las discusiones en la doctrina, que se han ido exponiendo en este trabajo, sobre el texto en vigor.

El supuesto en el que resulta exigible la responsabilidad concursal sigue siendo la apertura de la fase de liquidación y es presupuesto necesario —aunque no suficiente por la exigencia de la justificación añadida— la calificación del concurso como culpable bajo la cláusula general del art. 442 TRLC (antes 164.1 LC) bien en base a los supuestos especiales del art. 443 TRLC (antes art. 164.2 LC) bien por aplicación de las presunciones de culpabilidad del art. 444 TRLC (antes art. 165.1 LC). En el apartado primero de este art. 456 TRLC se introdujo la regla de que el juez “puede” —la condena sigue siendo potestativa— fijar la condena con o sin solidaridad, acogiendo con ello las opiniones contrapuestas de la doctrina, pero sin definir en qué caso procederá una u otra fórmula, y resultando complicado coordinar, en su caso, la solidaridad con la individualización de la cantidad a satisfacer por cada condenado cuando haya pluralidad³³. Se elimina, entre los afectados, a los apoderados generales y en su lugar se incluye a los directores generales³⁴. Se incorpora en el apartado segundo un concepto de déficit distinto del resultante de la liquidación —tal como se entendía en la redacción originaria del art. 172.3 *in fine* LC «importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»— conectado al inventario de bienes y a la lista de acreedores. En relación con esta definición, cabe advertir que la STS del 29 de mayo de 2020 sostuvo, atendiendo a la generación o agravamiento de la insolvencia que fundamenta la responsabilidad concursal, que el déficit debía entenderse conectado a la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos, y no con la insuficiencia patrimonial —reflejada en el inventario y en la lista de acreedores— al tiempo de la declaración del concurso. A nuestro modo de ver, es complicado armonizar el carácter resarcitorio de esta responsabilidad, que ha sido reconocido por el TS tras la Reforma del 2014 al primer párrafo del art. 172 bis, y que se mantiene en el art. 456. 1. *in fine* TRLC, necesariamente asociado al daño por la falta de satisfacción de los créditos que resulta de la liquidación y, por otro, relacionar el déficit con los documentos que acompañan al informe de la administración concursal, porque pudiendo o no haber desbalance —no es el déficit patrimonial lo que ha provocado la apertura del concurso, sino la insolvencia, por cuya generación o agravación se condena a

responder a los administradores— no se fija aquí el daño definitivo a los acreedores en tanto que, podría agravarse o surgir después con conductas posteriores a la declaración del concurso —así por la falta de colaboración (art. 442.2 TRLC) o el incumplimiento del convenio por culpa del concursado (art. 443.6° TRLC)— o suavizarse —a consecuencia del éxito de acciones de reintegración o por efecto de la condena del art. 455. 2. 4° y 5°— y con ello los acreedores conseguir una mayor satisfacción de los créditos en la liquidación.

Por último, el art. 456.1 *in fine* TRLC, como se ha acaba de exponer, mantiene la exigencia de que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit lo sea en la medida que la conducta de las personas afectadas —todas, algunas, o ninguna— que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia. Se acoge expresamente una responsabilidad concursal por culpa y daño, y la necesidad de una justificación añadida a la calificación culpable del concurso —exigida por el TS desde la Sentencia del 6 de octubre de 2011— cualquiera sea su causa, bien por aplicación de la cláusula general del art. 442 TRLC, o por aplicación de los supuestos de los arts. 443 y 444 TRLC.

IV. CONCLUSIONES

- I. La condena a la cobertura del déficit concursal originariamente prevista en el art. 172.3 LC estaba vinculada a un amplio margen de discrecionalidad judicial, porque la norma no ofrecía criterios concretos para determinar en qué casos o con arreglo a qué criterios procedía esta condena adicional conectada con la sentencia de calificación de concurso culpable. Las sucesivas reformas al texto normativo y la interpretación judicial han ido fijando pautas, aunque partiendo de la facultad del juez para imponerla o no.
- II. Las vaguedades del art. 172.3 LC dieron lugar a un arduo debate en la jurisprudencia —y en la doctrina— en relación con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, que implicaba a su vez, conciliarla con la responsabilidad societaria, y con la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados prevista en el art. 172.2.3.LC. Por un lado, se sostenía la tesis indemnizatoria (más benevolente para los administradores sociales por la mayor dificultad que entrañaba la acreditación de sus presupuestos), y por otro la tesis sancionadora o punitiva por deuda ajena (cuya aplicación conducía a agravarla). Ambas posturas incidían en la facultad del juez de poder condenar o no, y frente a la indefinición legal, negaron que se tratase de una consecuencia automática a la calificación culpable. De uno y otro lado se acabó insistiendo en la justificación añadida a la que aludió por primera el TS en su sentencia de 6 de octubre de 2011. No obstante, la apreciación de esta justificación añadida no fue constante en los tribunales, lo que generó inseguridad jurídica.
- III. El art. 172 bis LC mejoró la redacción anterior, aunque dejó sin definir la función de esta responsabilidad, y abrió otro debate en relación con su carácter mancomunado en caso de pluralidad de condenados, que no encajaba con la responsabilidad solidaria de los administradores del Derecho de Sociedades.

- IV. El Tribunal Supremo, y la Audiencia Provincial de Barcelona que en un primer momento lideró la postura indemnizatoria- asumieron las dos tesis en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal, aunque no de manera constante. No obstante, por ambos lados, se insistió en que la condena de los administradores a pagar todo o parte de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa requería una “justificación añadida” respecto a la propia calificación del concurso culpable.. El voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo a la Sentencia del TS de 2012 relacionó la justificación añadida, con la *ratio legis* del precepto y, desmarcándola del mero cumplimiento de los requisitos exigidos para la calificación culpable, atendiese a la incidencia que la conducta que había merecido la calificación culpable del concurso, había tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Esta interpretación fue asumida expresamente en la Reforma del RDL 4/2014 a la LC al apartado primero del art. 172 bis in fine ordenando que la condena a la cobertura total o parcial del déficit debía serlo “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Con esta reforma, se interpretó que la voluntad del legislador había sido modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal, introduciendo un régimen de naturaleza resarcitoria.
- V. Esta última versión del art. 172 bis LC pasó al art. 456 TRLC bajo la rúbrica Condena a la cobertura del déficit con algunas modificaciones tanto de orden formal, como sustancial. En este art. la condena sigue siendo potestativa, pudiendo el juez condenar con o sin solidaridad, pero sin precisar en qué casos procede una u otra fórmula. Además, incorpora un concepto de déficit distinto al resultante de la liquidación que se aparta de la interpretación judicial, y que no casa del todo con el carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal. Todo apunta a que el debate sobre la función de la responsabilidad concursal continuará.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

V.1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- Sección 1: STSS de: 23 de febrero (RJ 2011\2475); 12 de septiembre de 2011 (RJ 2011\2475); 6 de octubre de 2011 (RJ 2012\1084); 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3368); 21 de marzo de 2012 (RJ 2012\5265); 20 de abril de 2012 (RJ 2012\5910); 26 de abril de 2012 (RJ 2012\6101); 21 de mayo de 2012 (RJ 2012\6535); 16 de julio de 2012 (RJ 2012\9330); 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1614); 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1623); de 7 de mayo de 2015 (RJ 2015\146863); 21 de mayo de 2015 (RJ 2015\139855); 1 de junio de 2015 (RJ 2015\2494); 5 de junio 2015 (RJ 2015\2508); 27 de octubre 2017 (RJ 2017\4824); 22 de mayo de 2019 (2019\2102); 29 de mayo de 2020 (RJ 2020\1515)
- Sección Pleno, del 12 de enero de 2015 (RJ 2015\609).

V.2. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto AP de Barcelona de 6 de febrero de 2006 (JUR 2006\242022).
- SSAP de Barcelona, Sección 15ª, 19 de marzo 2007 (JUR 2007\272870); 29 de noviembre de 2007 (JUR 2009\33340); 21 de febrero de 2008; (JUR 2008\318271); 3 de noviembre de 2010 (AC 2011\1699); 23 de abril de 2012 (JUR 2012\176693).
- SAP de La Rioja de 17 de octubre de 2008 (AC 2009\140).
- SAP de Jaén, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2008 (JUR 2008\227040).
- SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008 (AC 2008\834)
- SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008 (JUR 2008\183846).
- SAP de Huesca de 29 de enero de 2008 (JUR 2008\124208).
- SSAP Córdoba, Sección 3ª, de 28 de marzo de 2008 (JUR 2008\216841), de 15 de julio de 2008 (JUR 2009\95657)
- SSAP Alicante, Sección 8ª, de 18 de diciembre 2008 (AC 2009\262), 13 de enero 2009 (JUR 2009\129977), 12 de marzo 2009 (AC 2009\907).
- SAP de Murcia, Sección 4ª, de 31 julio de 2008 (AC 2008\1743).
- SAP de León, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2008 (AC 2010\202).
- SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009 (AC 2009\1091).
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, de fecha 22 de Julio de 2009 (JUR 2009, 361916).
- SAP de Asturias de 10 de noviembre de 2014 (JUR 2015\33567).

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALCOVER GARAU, G., (2003). “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en AA.VV. GARCÍA VILLAYERDE, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, pp. 487-505.
- (2007) “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, *RDGP*, núm. 7, pp. 91-108.
- ALONSO UREBA, A. (2003) “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en AA.VV. GARCÍA VILLAYERDE, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, pp. 505-576.
- (2004) “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)” en AA. VV. PULGAR EZQUE-
RRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1432-1448.
- (2023) “Art. 456. Condena a la cobertura del déficit”, en AA.VV. PULGAR EZQUE-
RRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3ª edición, Tomo II, pp. 153-180.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2008). “En torno a la naturaleza de la responsabilidad

- concurzal (comentario a la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”, *ADCo*, núm. 14, pp. 329-372.
- CERDÁ ALBERO, F., (2013). “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en CUÑAT EDO, V. *et. al*, (Dir.) PETIT LAVALL, Mº. V., (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1563-1611.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2004). “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, en AA.VV. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial-Pons, Madrid-Barcelona, pp. 701-721.
- GARCÍA CRUCES, J. A. (2004). *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra.
- MACHADO PLAZAS, J. (2006). *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2013). “Responsabilidad concursal”, *ADC* nº 28, versión digital.
- MORALES BARCELÓ, J. (2013). *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo blanch.
- Morillas Jarillo, M. J. (2007). “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)”, *RDCP*, núm. 7, pp. 53 a 88.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2009). “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cuánto y quién”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.5, versión digital.
- PRENDES CARRIL, P. (2007). “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales, (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731, versión digital.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2024). “La responsabilidad concursal: de ayer a hoy”, *La Ley Mercantil* núm. 114, versión digital.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2007). “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP*, núm. 7, pp. 143-165.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2005). *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Madrid.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2013). “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *RDM*, nº 287, versión digital.
- VICENT CHULIÁ, F. (2008). “Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma”, *RDCP*, núm. 8, versión digital.

NOTAS

¹ La Reforma al TRLC de 2022 mantuvo intacto el contenido de su art. 456. Sin embargo, como se han modificado algunos otros aspectos de la calificación del concurso estos repercutirán en la condena a la cobertura del déficit. Así, se ha introducido un supuesto especial de concurso culpable por incumplimiento del convenio; se ha suprimido la distinción entre convenios gravosos y no gravosos, que condicionaba la apertura de la sección, resultando todo concurso objeto de calificación; se ha eliminado el concurso consecutivo y con él todas las especialidades contenidas en materia de calificación del concurso; se prevé en el marco del procedimiento especial para microempresas (libro tercero) una calificación abreviada, con normas particulares, cuando tengo lugar en este procedimiento la apertura de la liquidación.

² Las especialidades previstas en los arts. 700 y 701 TRLC en su redacción original han desaparecido del régimen actual junto con el concurso consecutivo.

³ STS de 29 de mayo de 2020, Fundamento de Derecho Segundo. Bajo la redacción originaria de la Ley 22/2003 era legítima una condena a la cobertura del déficit que resulte una vez liquidada la masa activa. Tras la modificación de la Ley 38/2011 del 10 de octubre el déficit se asociaba al resultante entre el inventario de bienes y la lista de acreedores elaborados por la administración concursal y que acompañan a su informe.

⁴ Este art. tiene su antecedente en el art. 213.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 elaborada por el prof. Rojo por encargo de la Comisión General de Codificación (publicada en el suplemento al Boletín nº 1768 del Ministerio de Justicia).

⁵ La Propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal del prof. Rojo vinculaba también la responsabilidad concursal de los administradores al supuesto del «concurso culpable», sin embargo, la condena estaba dirigida a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa activa, y no al importe de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa.

⁶ Sobre las imprecisiones de la norma: ALONSO UREBA, A. (2003). “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en AA.VV. GARCÍA VILLAYERDE, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, p. 539.

⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2024). “La responsabilidad concursal: de ayer a hoy”, *La Ley Mercantil* núm. 114, epígrafe II.1, versión digital.

⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2009). “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cuánto y quién”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.5, epígrafe 1, versión digital.

⁹ Un botón de muestra de esta postura en la doctrina: ALONSO UREBA, A. (2004). “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)” en AA. VV. PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1445 a 1448; MORILLAS JARILLO, M. J. (2007). “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)”, *RDCP*, núm. 7, p. 70; RONCERO SÁNCHEZ, A. (2007). “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP*, núm. 7, ps. 144, 154 y s; SÁNCHEZ CALERO, F. (2005) *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 455-457; VICENT CHULIÁ, F. (2008). “Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma”, *RDCP*, núm. 8, epígrafe V, versión digital.

¹⁰ Frente a la posibilidad de admitir acciones de naturaleza indemnizatoria tanto en el párrafo segundo, numeral tercero, como en el párrafo tercero del art. 172 LC, se sostenía un argumento de interpretación sistemática que, excluyendo la duplicidad, entendía que si

la acción del art. 172.2. 3ª era resarcitoria, la del párrafo tercero debía tener una naturaleza distinta.

¹¹ Ponente III^{mo}. D. Ignacio Sancho Gargallo, posición ya sostenida en el Auto de esta misma Audiencia Provincial de 6 de febrero de 2006.

¹² SSAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007; 21 de febrero de 2008; 3 de noviembre de 2010; en esta última el voto particular de la Magistrada Marta Rallo Ayezuren (que no había intervenido en las sentencias anteriores que habían mantenido el esquema de culpa y dolo respecto a la responsabilidad prevista en el art. 172. 3. LC) se apartó del criterio de la mayoría estableciendo que se trataba de una responsabilidad por determinadas deudas: la de la sociedad concursada que no podían atenderse con los bienes de ésta. Con posterioridad se siguió la concepción de este voto particular: SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 23 de abril de 2012 (Ponente: III^{mo}. Sr. D Juan Francisco Garnica Martín)

¹³ Posiciones contrarias se sostuvieron en los Juzgados Mercantiles. Por razones de oportunidad, omitimos en este apartado la relación de estas sentencias.

¹⁴ Para algunos autores, esta posición pudo estar condicionada por la circunstancia de que en los casos resueltos se discutían comportamientos realizados antes de la entrada en vigor de la LC de 2003. Rechazando la aplicación retroactiva de una norma sancionadora, se trataba de negar que la responsabilidad concursal de los administradores tuviese carácter sancionatorio. Cfr. CERDÁ ALBERO, F. (2013). “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en CUÑAT EDO, V. *et. al.* (Dirs.) PETIT LAVALL, Mº V., (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chulid*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1578. Sin embargo, no se advierte del todo el condicionamiento señalado en una sentencia posterior del TS que sostuvo la tesis indemnizatoria —al menos como punto de partida— pese a no discutirse la aplicación retroactiva de la norma, así: STS de 6 de octubre de 2011, que en su Fundamento Quinto expresa: “No se contradice lo expuesto con la negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto —sentencias 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre— dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales —sean de hecho o de derecho— que la misma establece cumple una función de resarcimiento del “daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”.

¹⁵ Uno de los problemas que se derivaban de esta falta de valoración es que resultaba difícil anticipar criterios claros que aporten previsibilidad a los administradores sociales sobre la incidencia que en la condena a pagar el déficit concursal podían tener los denominados genéricamente elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos tipificados en el art. 164.2 LC (tipos de mera actividad). Y esto obstaba a la defensa de un administrador frente a la petición concreta de responsabilidad. Cfr. Voto particular del Magistrado Ignacio Gargallo en la STS de 12 de mayo de 2012; MARÍN DE LA BARCENA, F. (2013). “Responsabilidad concursal”, *ADC* nº 28, epígrafe 2. Estado de la cuestión, versión digital.

¹⁶ Esta tesis (mayoritaria) ha sido sostenida, entre otros: GARCÍA CRUCES, J. A. (2004). *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra, pp. 179 a 188; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2004). “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en AA.VV. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial-Pons, Madrid-Barcelona, ps. 714 y s.; ALCOVER GARAU, G. (2007). “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, *RDGP*, núm. 7, pp. 91-108; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (2008). “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (comentario a la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”, *ADCo*, núm. 14, pp. 346 a 348.

¹⁷ Con esta tesis: MARÍN DE LA BARCENA, F., “Responsabilidad concursal”, *op. cit.*, epígrafe I. 2. Estado de la cuestión, y epígrafe II. 2. Función de la responsabilidad concursal: “El fundamento de la responsabilidad concursal se sitúa de este modo en el incumplimiento, mediante dolo o culpa grave, de deberes de control o minoración del riesgo de insolvencia cuyo

contenido varía en función de cuál sea la situación financiera y patrimonial de la persona jurídica deudora (v.gr. reconocimiento temprano de la crisis, incumplimiento de deberes de control de la liquidez, no adopción de medidas de saneamiento, incumplimiento del deber de conservación del patrimonio como masa activa del concurso, continuación indebida de la actividad que causa nuevas pérdidas, etc.). El caso paradigmático es la asunción de riesgos de tal entidad que, con probable verosimilitud, puedan realizarse en pérdidas no cubiertas con los fondos propios de la sociedad y provoquen una situación de sobreendeudamiento. Ese comportamiento supone una indebida traslación del riesgo empresarial a los acreedores que debe traducirse en la extensión de la garantía patrimonial de los créditos¹⁸. Entendía el autor, que la justificación añadida que exigía el Tribunal Supremo pasaba por valorar la incidencia del incumplimiento de los deberes de los gestores en el déficit resultante de la liquidación.

¹⁸ PRENDES CARRIL, P. (2007). "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales, (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731, epígrafe II, versión digital.

¹⁹ Junto a lo anterior, el Preámbulo (apartado VIII) adelantaba la voluntad del legislador de precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso, entre estos, la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, a través de la armonización de los diferentes sistemas que pueden convivir durante su tramitación. Muy brevemente, como efecto de esta armonización, resultó lo siguiente: la responsabilidad por daños a la sociedad —acción social— pasaba a ser exigida necesariamente por la administración concursal una vez declarado el concurso (art. 48 quáter LC, hoy art. 132. 1 TRLC); si se hubiere interpuesto con anterioridad se acumulaba de oficio, bajo ciertas condiciones, al concurso (art. 51.1 LC, hoy art. 138.1 TRLC); con ello, se eliminaba la posibilidad de que la acción social de responsabilidad fuese ejercida durante el concurso en el marco de la legislación societaria, y de que algunos acreedores pudiesen cobrar al margen del procedimiento concursal; la acción individual de responsabilidad quedaba al margen del concurso porque su finalidad era —y lo sigue siendo— reparar el daño causado directamente al acreedor o al socio; finalmente, la acción por incumplimiento de los deberes impuestos cuando concurría una causa de disolución —responsabilidad por deudas— (art. 367 LSC), si la acción se había interpuesto antes de la declaración de concurso, quedaba en suspenso (apartado 1 del art. 51 bis LC, hoy art. 139.1 TRLC) y una vez declarado el concurso se impedía su ejercicio (art. 50 apartado 1 LC, hoy art. 136. 1. 2º TRLC)].

²⁰ Cfr. ALCOVER GARAU, G., "Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal", en AA.VV. GARCÍA VILLVERDE, R., et. al. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003* ..., op. cit., p. 497, donde se señala la incongruencia de la LC al no incluir el art. 172.2. 1º LC los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación —a menos que se pudiesen equiparar a los administradores de hecho— y no obstante considerar en el art. 166 LC cómplices a las personas que, de forma dolosa o gravemente culpable hubieran cooperado con, entre otros, los apoderados generales a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. En contra de esta crítica: MACHADO PLAZAS, J. (2006). *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, p. 281, porque entendía que se podía incluir a los apoderados generales vía art. 133.2 de la LSA que ordenaba la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración, y resultaba aplicable a los administradores de hecho.

²¹ "El nuevo texto, al introducir la condena selectiva, personalizada y relacionada con la participación en los hechos determinantes del concurso culpable, empezaba a optar por una fórmula de causalización propia de la responsabilidad concursal, añadida a la causalización previa de la culpabilidad del concurso": QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad concursal: de ayer a hoy", op. cit., epígrafe II.2.

²² La literalidad del art. 172.3 LC parecía dar a entender que se trataba de una responsabilidad directa de los administradores frente a los acreedores («a pagar a los acreedores concursales»), resultando impreciso el destino del importe a satisfacer. Cfr. ALONSO UREBA, A.,

“La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal ..”, *op. cit.*, 543.

²³ TORRUBIA CHALMETA, B. (2013). “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *RDM*, n° 287, epígrafe II, versión digital.

²⁴ Antes de esta Reforma así lo habían manifestado: ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *op. cit.* p. 541 y s.; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, *op. cit.*, p. 158.

²⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, *op. cit.*, p. 188 y s.; MARÍN DE LA BÀRCEÑA, F., “Responsabilidad concursal”, *op. cit.*, epígrafe IV.1. Distribución de la responsabilidad en caso de pluralidad de intervinientes.

²⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, *op. cit.*, ps. 705 y s., 713; MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, *op. cit.*, 290.

²⁷ TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador ..”, *op. cit.*, epígrafe III.

²⁸ Esta Audiencia había liderado la defensa de la tesis indemnizatoria, de allí que el replanteamiento de esta concepción fue muy relevante en la interpretación de la responsabilidad concursal. Cfr. MORALES BARCELÓ, J. (2013). *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo blanch, p. 253, así como lo reseñado *ut supra* nota xiii.

²⁹ En otras dos ocasiones mantuvo su disenso con la argumentación, aunque no con la decisión de la sentencia mayoritaria de la Sala, en las STS de 14 de noviembre 2012 y de 20 de diciembre de 2012.

³⁰ Que desestimó los recursos de casación interpuestos por los administradores de una sociedad concursada (uno de ellos administrador de hecho) y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con la calificación del concurso. La discrepancia del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo con el parecer de la mayoría del TS, tal como se expone en el texto, conducía a estimar el recurso de casación, porque la sentencia recurrida no sólo no justificaba, en cada caso, en qué medida las conductas que habían merecido la calificación culpable del concurso habían incidido en la generación o agravación de la insolvencia, sino que tampoco aportaba una justificación añadida.

³¹ Así lo interpreta el mismo Magistrado en su voto concurrente con el Magistrado Sebastián Sastre Papiol en la STS de 12 de enero de 2015. La disidencia no afecta a la decisión de la Sala sino, nuevamente, a la interpretación del art. 172.3, y del posterior 172 bis, especialmente tras la Reforma por RDL 4/2014, de 7 de marzo.

³² SAP de Asturias de 10 de noviembre de 2014.

³³ Cfr: QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad concursal: de ayer a hoy”, *op. cit.*, epígrafe II. 3.

³⁴ La sustitución ha sido recibida con cierto escepticismo en la doctrina que no la considera del todo necesaria a efectos aclaratorios, porque la referencia a los apoderados generales resultaba clara en cuanto su alcance (más amplio). Así: ALONSO UREBA, A. (2023). “Art. 456. Condena a la cobertura del déficit”, en AA.VV. PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3ª edición, Tomo II, p. 164.

