

**Sentencia del Tribunal Supremo 719/2016**  
**(Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 1 de diciembre**  
**[ROJ: STS 5289/2016]**

**CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. IRREGULARIDADES EN LA CONTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD  
POR DÉFICIT CONCURSAL**

La STS de 1 de diciembre de 2016 (ROJ: STS 5289/2016–ECLI:ES:TS:2016:5289) en materia de calificación concursal incide, entre otros extremos, sobre tres aspectos. A saber: el alcance de las presunciones absolutas de concurso culpable que se sancionan y enumeran en el art. 164.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC); en la delimitación del alcance de las conductas referidas en las presunciones absolutas de concurso culpable contenidas en los arts. 164.2.1.º y 164.2.2.º LC y en la concreción de la exigencia introducida por la STS de 6 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6838/2011–ECLI:ES:TS:2011:6838) por la que, partiendo de la responsabilidad por el déficit concursal no se instituye en consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso, se requiere para su declaración una justificación añadida en relación a su pertinencia.

## 1. LAS PRESUNCIONES ABSOLUTAS DE CONCURSO CULPABLE

Abierta la pieza de calificación, la calificación del concurso como culpable se reserva en el art. 164.1 LC para aquellos supuestos en que el origen o el empeoramiento de la insolvencia traigan causa de una conducta dolosa o con culpa grave del deudor común. Se requiere, por tanto, un elemento intencional o subjetivo del deudor concurrente en el incumplimiento de los deberes, de distinta naturaleza, a que ha de sujetarse su actuación en aras de evitar la producción o agravamiento del estado de insolvencia.

El concurso se califica como culpable, por tanto, cuando el deudor común hubiese actuado dolosamente. Lo que implica que ha actuado con mala fe, malicia o voluntariedad en la producción del estado de insolvencia o su agravamiento. Pero, también, deviene necesaria la calificación del concurso como culpable si en la producción del resultado contemplado en el art. 164.1 LC norma la conducta desarrollada por el deudor puede reputarse como la propia de un actuar con culpa grave. Este segundo caso, la *culpa lata*, en cuanto especie de la culpa, requiere para su concurrencia los elementos propios del género, por lo que presupone la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, con independencia de la forma mediante la que se exprese (negligencia, falta de atención, de cuidado, desidia, etc.).

La calificación del concurso como culpable es resultado de una declaración judicial (*cf.* art. 172.1 LC) que toma su fundamento en los hechos probados durante la sustanciación de esta sección sexta. De este modo, y en razón del acervo probatorio

que se lograra alcanzar, el Juez respaldará tal declaración de concurso culpable en los hechos que conforme a aquella resultaran acreditados. Para tal proceder, el Juez ha de acudir a valorar, siguiendo el criterio jurisprudencial reiterado, todos los elementos de prueba que pudieran advenir cuál haya sido la efectiva conducta desplegada por el deudor común.

La realidad pone sin embargo de manifiesto las dificultades probatorias que acompañan cualquier labor de calificación de la conducta del deudor común o, si los tuviere, de sus representantes legales, y en los supuestos de personas jurídicas, del actuar de sus administradores o liquidadores, tanto si lo fueran de derecho como de hecho, apoderados generales o sus socios conforme a lo dispuesto en el art. 165.2 LC (art. 164.1 LC). Estas dificultades explican que el Legislador haya incorporado en la LC ciertas presunciones de concurso culpable que, basadas en el incumplimiento de deberes básicos que recaen sobre el deudor empresario o, bien, atendiendo a otro tipo de circunstancias relevantes, aligeran la carga de la prueba con lo que se facilita la posibilidad de la calificación (arts. 164.2 y 165 LC).

Estas presunciones quedan formuladas con distinto alcance. Y así lo señaló ya el TS en su sentencia de 6 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6838) al apuntar que:

La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.

Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo [164 LC], la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este mandato de que el concurso se califique como culpable «en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos», evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola –esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada–.

Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno –varios– de mera actividad, respecto de aquella consecuencia.

En la sentencia que se comenta la recurrente se plantea el alcance de estas presunciones *iure et de iure* de concurso culpable. En efecto, se señala que en la actuación del administrador único afectado por la sentencia de calificación y condenado a satisfacer el fallido concursal no ha concurrido el elemento intencional al que, como se ha visto, se sujeta la calificación culpable del concurso (art. 164.1 LC) no pudiendo

calificarse, por tanto, el concurso como culpable aun habiéndose producido el supuesto de hecho que active la presunción.

En relación a esta cuestión, el alto tribunal se ratifica en planteamientos anteriores. De este modo se señala que, al margen de otras consideraciones, la realidad del supuesto de hecho resulta en la calificación culpable del concurso (*vid.*, entre otras, SSTs de 22 de abril de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1662] y de 14 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3452]).

Así se advierte que:

... [L]a expresión en «todo caso» que se emplea en el art. 164.2 de la Ley Concursal no admite margen de exención de Responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima –cuando menos– constituye una negligencia grave del administrador.

## 2. LA PRESUNCIÓN DE CONCURSO CULPABLE POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LLEVAR LA CONTABILIDAD

En el recurso de que trae causa la sentencia que se reseña la recurrente arguye que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al interpretar el alcance de lo dispuesto en el art. 164.2.1.º LC. En este precepto se recoge como una presunción absoluta de concurso culpable el supuesto en que el deudor legalmente obligado a la llevanza de una contabilidad incumpla sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. Se advierte que en esta presunción de perjuicio se acogen, en realidad, tres supuestos distintos de los que se obtiene un común resultado de desinformación.

La sentencia es tajante al señalar que no pueden aceptarse los argumentos de la recurrente cuando trata de vincular el alcance de esta presunción a la producción de resultados que puedan considerarse perjudiciales. A estos efectos la recurrente parte de señalar que únicamente ha de entenderse relevante la circunstancia de que los activos reflejados en la contabilidad existen y pueden ser enajenados. Sin embargo, la aplicación de esta presunción de culpabilidad en el concurso va referida al incumplimiento y a los defectos de la llevanza contable. Por tanto, no se requiere prueba de la concurrencia de resultado alguno que fuera perjudicial. Se entienden de este modo los razonamientos del Tribunal: para que haya irregularidades contables relevantes no basta con que los activos reflejados en la contabilidad sean reales, sino que es necesario que su valoración se haya realizado conforme a criterios contables correctos.

La recurrente señala, asimismo, que se ha infringido el art. 164.2.1.º LC toda vez que en el inventario aportado con la solicitud de concurso se han valorado

correctamente los activos de la sociedad concursada. En su argumentación, el TS llama la atención de la recurrente sobre la diferencia del contenido de las presunciones acogidas en los arts. 164.2.1.º y 164.2.2.º LC. La concurrencia de la primera de las presunciones señaladas se sujeta a la constatación de que la información contable presentada, aun completa en lo que a la aportación documental se refiera, no alcance una mínima exigencia de resultado. Esto es no permitan el reconocimiento de la situación patrimonial o financiera del deudor concursado (*vid.* SSTs 5 de junio de 2015 (ROJ: STS 2970/2015– ECLI:ES:TS:2015:2970) y 16 de enero de 2012 (ROJ: STS 525/2012– ECLI: ES:TS:2012:525). Así pues, «[l]o determinante para que exista la primera de ellas es que se haya constatado una irregularidad grave en los documentos contables del deudor concursado, lo que se habrá producido aunque la documentación presentada con la solicitud de concurso sea correcta y por tanto no se haya incurrido en la segunda de dichas causas de calificación del concurso como culpable».

La segunda de las presunciones absolutas de concurso culpable es la recogida en el art. 164.2.2.º LC. En efecto, la LC acoge también, como presunción de concurso culpable, el supuesto de hecho en que el deudor común 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 (art. 164.2. 2.º).

La configuración de este segundo supuesto de hecho como presunción de concurso culpable toma su fundamento en los deberes previos que, con ocasión del propio concurso, la LC hace recaer sobre el deudor común. En este sentido, no estará de más el recordatorio de cómo la vigente normativa, superando la discusión precedente, sanciona el deber del deudor común de instar su declaración de concurso (art. 5 LC), a la que habrá de acompañar la documentación necesaria (art. 6 LC), debiendo expresar –en todo caso– la causa que motivare la falta de alguno de tales documentos (*cf.* art. 6. 5 LC). Por otra parte, la LC sanciona un deber genérico de colaboración del deudor común frente al Juez y a la administración judicial al que ha de dar cumplimiento durante el desarrollo del proceso (art. 42 LC) y que concreta en la necesaria entrega de cualquier documentación relativa a los aspectos patrimoniales de su actividad empresarial o profesional (art. 45.1 LC).

Se trata esta segunda de una presunción que incide sobre una esfera distinta de la contemplada por la del art. 164.2.1.º LC. En la sentencia se señala, por tanto, como no cabe confundir el alcance de una y otra:

[E] recurrente, por el contrario, confunde constantemente la contabilidad de la deudora concursada, que es la contabilidad prevista en el art. 25 y siguientes del Código de Comercio, con la documentación que debe acompañar a la solicitud de concurso, que es la prevista en los apartados 2 y 3 del art. 6 de la Ley Concursal. Con lo cual parte de bases erróneas para denunciar la infracción legal objeto del motivo del recurso.

### 3. LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL

El segundo motivo de recurso de casación de que trae causa la sentencia parte de la aseveración por la recurrente de que se han vulnerado los arts. 172, 173 y 174 LC. En particular se señala que en las sentencias recurridas se constata la ausencia de razonamientos jurídicos que, enjuiciando las concretas actuaciones del administrador social, razonen la culpabilidad del actuar de éste y, en igual forma, se alega falta de razonamiento en las sentencias para aplicar la sanción en grado importante, que no guarda relación con los hechos y sus consecuencias.

Se alude a la necesidad de que para que se declare la responsabilidad por el déficit concursal de las personas afectadas por la sentencia de calificación culpable del concurso el juzgador haya de proceder a una justificación añadida, más allá de las que motivaron la sentencia por la que se declaró el carácter culpable de la insolvencia.

En la redacción original de la LC la responsabilidad por el déficit concursal se regulaba en el art. 172.3. Esta regulación apenas fue modificada por la Ley 38/ 2011 que la trasladó al art. 172 bis LC. Ahora bien, el texto legal vigente trae causa de lo introducido por la Ley 17/ 2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en material de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial [BOE núm. 238, de 1 de octubre]. Esta previsión normativa sanciona la responsabilidad por el déficit concursal en los siguientes términos:

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 del crédito o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el n.º 4 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.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá 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.

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 del concurso.

Sin embargo, la pieza de calificación controvertida fue iniciada con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 17/ 2014 por lo que la disposición de referencia a los efectos que ahora interesan era la contenida en el entonces vigente art. 172. 3 LC. Este precepto disponía que [S]i la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá además

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 esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de 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.

Con esta previsión que se introdujo en la redacción primera de LC en los términos arriba señalados, y que sirve de referencia al pronunciamiento del más alto tribunal, los acreedores concursales se encontrarían en condiciones de exigir el pago del fallido concursal a terceros sin perjuicio de que su patrimonio personal no constituyese garantía alguna en favor de la persona jurídica concursada.

Esta posible responsabilidad concursal se refiere a los supuestos más graves que se concretan en la concurrencia de tres circunstancias. En primer lugar, se requiere un presupuesto material. No es bastante con que la calificación del concurso haya sido la de culpable. La LC limita la procedencia de la condena por responsabilidad concursal a aquellos supuestos en que se llegara a tal calificación por haberse abierto o, en su caso, reabierto, la sección sexta como consecuencia de la apertura la liquidación concursal. Debe respetarse también un presupuesto cuantitativo: la masa activa a liquidar no permite la íntegra satisfacción del crédito de los acreedores concursales. Y, en último lugar, ha de observarse un presupuesto de orden subjetivo, pues en la redacción originaria de la norma la condena por responsabilidad concursal sólo podía recaer sobre los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable. En relación al alcance subjetivo de la responsabilidad por el déficit concursal ha de señalarse que también puede extenderse a quienes hubiesen sido administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

Como se ha apuntado, en el recurso se señala, entre otros extremos, que la sentencia recurrida carece de la justificación añadida para la imposición de la condena por el déficit concursal. Adelantamos ya que la Sala, sin embargo, entiende que no se ha producido una imposición automática de la referida condena por el Tribunal de instancia, habiéndose justificado que la conducta determinante de la condena a la cobertura del déficit concursal reviste la gravedad adecuada para hacer tal pronunciamiento y asimismo que es imputable al administrador social único.

Sin perjuicio de que lo sucinto de esta reseña no nos permita introducir consideraciones en atención a la incidencia de calado que la reforma normativa de 2014 ha tenido sobre la naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal, apuntada en la sentencia que se reseña, la sentencia es pacífica al admitir la necesidad de que a efectos de aplicación del régimen previgente haya de introducirse la ya tantas veces referida *justificación añadida* habida cuenta de que la calificación culpable del concurso no determina *per se* la condena a satisfacer el déficit concursal.

Este planteamiento ya se recogía en la STS de 6 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6838/2011– ECLI:ES:TS:2011:6838). En esta decisión se apuntaba cómo esta justificación adicional no había de referirse al daño causado y a la relación de causalidad atendida la actuación de las personas susceptibles de verse afectadas por la condena al pago del fallido concursal.

Así, se recogía en la anteriormente citada sentencia, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del art. 172 LC –la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación–,

es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable.

Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal, la Sala ha declarado que no es suficiente que el concurso haya sido calificado como culpable y que los bienes hayan sido insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad concursada, dado que no se trata de un régimen «automático» de responsabilidad, sino que precisa esa «justificación añadida» a que hace referencia la recurrente.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[ignacio.moralejo@unizar.es](mailto:ignacio.moralejo@unizar.es)