

# **LAS PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE QUE MOTIVAN LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE**

AUTORA: MARINA JULIÀ ESPASES  
TUTORA: PETRA MARIA THOMÁS PUIG

ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>2. PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE CUYA CONCURRENCIA ACARREAN LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE.....</b>	<b>4</b>
<b>2.1 INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD .....</b>	<b>5</b>
<i>a) Inclusión de un crédito fiscal inexistente en el activo del balance .....</i>	<i>8</i>
<i>b) No comenzar el Libro Diario de un determinado ejercicio por la página uno .....</i>	<i>9</i>
<i>c) No haber incluido en las cuentas anuales la existencia de otras sociedades pertenecientes al mismo grupo.....</i>	<i>10</i>
<i>d) No contabilizar en la cuenta de gastos determinadas partidas.....</i>	<i>10</i>
<b>2.2 INEXACTITUD GRAVE O FALSEDAD EN LOS DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.....</b>	<b>12</b>
<b>2.3 INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONCURSADO.....</b>	<b>13</b>
<b>2.4 ALZAMIENTO DE BIENES U OTRO ACTO QUE HUBIESE IMPEDIDO O RETRASADO LA EFICACIA DE UN EMBARGO .....</b>	<b>15</b>
<i>a) El alzamiento con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de los acreedores.....</i>	<i>15</i>
<i>b) La realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación .....</i>	<i>15</i>
<b>2.5 SALIDA FRAUDULENTE DE BIENES O DERECHOS DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR EN LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.....</b>	<b>16</b>
<b>2.6 REALIZACIÓN DE ACTOS DIRIGIDOS A SIMULAR UNA SITUACIÓN PATRIMONIAL FICTICIA. ....</b>	<b>17</b>
<b>3. RECAPITULACIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>22</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal de 2003 tras la reforma de 2011, en su artículo 167, ordena como norma general la apertura de la sección de calificación. Ésta se lleva a cabo siempre en la misma resolución judicial en la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación de acuerdo con la Ley. De manera excepcional la ley establece unos supuestos concretos en los que se exime de la formación de la sección sexta, los cuales se resumen en la aprobación de un convenio con una quita inferior a un tercio del valor de sus créditos o una espera menor a tres años.

El artículo 163.1, después de la reforma de 2011, restringe las posibles calificaciones a “fortuito y culpable”. Si la administración, en su informe, y el Ministerio Fiscal, en su dictamen, concordaran en calificar el concurso como fortuito se archivarán las actuaciones sin más dilación. La última calificación se circunscribe a asuntos muy concretos en los que hubiera mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia por parte del deudor, de sus representantes legales, administradores o liquidadores.

La Ley define el concurso culpable y expone una sucesión de supuestos que inexcusablemente, a causa de su origen, determinan esta calificación. A continuación, enuncia otros supuestos que presumen dolo o culpa grave, mientras no se pruebe lo contrario, porque implican el incumplimiento de algunos deberes legales relacionados con el concurso<sup>1</sup>.

La culpabilidad se determinará de manera contradictoria. Serán parte el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y las demás personas a las que pudiera afectar la calificación.

La Ley Concursal crea, en el artículo 164.1, una cláusula general para calificar el concurso como culpable y junto a ella añade unas presunciones iuris et de iure y iuris tantum, situadas en el 164.2 y 165 respectivamente.

En ocasiones, la calificación del concurso como culpable no puede encuadrarse en ninguna de las presunciones legales, a pesar de que se den las circunstancias para que el concurso pueda calificarse como tal. De ahí surge la necesidad de la existencia de una cláusula general, la cual parte los siguientes requisitos:

- Dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales, administradores o liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubiesen tenido estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.
- Que dicho dolo o culpa grave incida en la generación o agravación del estado de insolvencia.

---

<sup>1</sup> BROSETA PONT; MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, p. 644-647

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Sentencia nº1/2008 de 10 de enero del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca (AC2008/359) analiza la cláusula general en unos de sus fundamentos jurídicos de la siguiente manera:

*<<El concepto general se presenta en el art. 164.1 al definirlo como aquel en el que la generación o agravación de la insolvencia del deudor hubiera mediado dolo o culpa grave por parte de éste o de sus administradores o liquidadores de hecho o derecho. De esta forma se fija una fórmula abierta general de cierre frente al sistema de numerus clausus tradicional fijando un criterio de la calificación de la culpabilidad, ofreciendo utilidad en la interpretación de las denominadas como “zonas grises u oscuras” en la aplicación de los tipos concretos de calificación>>.*

Los efectos de la calificación del concurso quedan restringidos al ámbito civil. En ese sentido, no repercuten a la esfera penal ni crean ninguna condición de prejudicialidad en la investigación de posibles conductas delictivas. De este modo, la Ley Concursal conserva una clara separación entre ilícitos civiles y penales, a pesar del claro paralelismo ente unas y otras figuras jurídicas<sup>2</sup>.

## **2. PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE CUYA CONCURRENCIA ACARREAN LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE.**

El legislador, en el artículo 164.2 LC, da por sentado que las conductas que se enumeran entrañan, sin posibilidad de prueba en contrario, dolo o culpa grave y, además, la producción o agravación del estado de insolvencia.

El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 6 de octubre de 2011 (RCL 2003, 1748) y de 17 de noviembre del mismo año (núm. 614/2011 - RJ 2012/3368), indica que la Ley Concursal prevé, en el apartado 2 del artículo 164, un criterio para describir las causas de calificación culpable extraño a la producción o agravación del estado de insolvencia. Además, la orden de que el concurso sea calificado como culpable “en todo caso” constata que la ejecución por el concursado o sus representantes de alguna de las conductas descritas por esta norma determina irremediabilmente la culpabilidad del concurso por sí sola, es decir, no deben exigirse la generación/agravación del estado de insolvencia del concursado o concursada ni dolo/culpa grave.

En la práctica, las causas más frecuentes de calificación del concurso como culpable son las previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, dado que el legislador considera necesario garantizar, en especial observancia de unas exigencias mínimas de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico, la

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

calificación como culpable del concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables al deudor o sus representantes. Por esa razón no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave ni que se pruebe la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, puesto que se trata de “supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza” según el apartado VIII de la exposición de motivos de la Ley Concursal<sup>3</sup>.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Santander, de 19 de diciembre de 2007 (JUR 2008/357084) también se refiere a las características de las presunciones iuris et de iure:

*<<El nº2 del artículo 164 tipifica en seis ordinales conductas o actuaciones que en todo caso determinan la calificación del concurso como culpable, sin que ante su concurrencia, quepa alegar defensa alguna salvo su no realización. Por ello, cuando la propuesta de calificación se fundamenta en alguna de dichas conductas, el único debate en la vista antes de la oposición a dicha calificación culpable es si se produjo o no la conducta típica alegada pero no cualquier otro aspecto, incluido el relativo al elemento culpabilístico de la conducta. Todos ello, sin perjuicio de discutir el grado de culpa y la relación de causalidad a efectos del 172.3 LC>>.*

En opinión de Juli de Miquel Berenguer<sup>4</sup>, las presunciones iuris et de iure limitan el derecho de defensa porque lo que se está formulando en el apartado 2 del artículo 164 es una sanción que consiste en dar por supuesto, sin posibilidad de prueba en contrario, que esas conductas contienen el elemento subjetivo de dolo o culpa grave y el elemento objetivo de que producen o agravan la insolvencia, lo que conlleva a la calificación del concurso como culpable.

Expuestos los caracteres de las presunciones del artículo 164.2 LC, debe procederse al estudio de las diferentes presunciones que engloba dicho precepto.

## **2.1 INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD**

El artículo 164.2.1º dispone que *<<el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara>>.*

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 298/2009 de 4 de diciembre (AC 2010/399).

<sup>4</sup> DE MIQUEL, *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*, p. 80.

Así, el deudor incumple gravemente su obligación de llevanza de contabilidad cuando viniere obligado legalmente a ello y se abstuviera, hubiera llevado doble contabilidad o hubiera incurrido en irregularidad claramente apreciable que dificultara el conocimiento de su auténtica situación patrimonial o financiera.

En cuanto a la primera conducta de omisión del deber legal de llevanza de contabilidad, se requiere que la persona afectada esté obligada a ello de acuerdo con el Código de Comercio (por lo que no es de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresarios ni a las sociedades civiles profesionales) y que éste se incumpla de forma sustancial.

Para comprender mejor el precepto que se está analizando, sería recomendable recordar cuales son los deberes contables fundamentales del empresario, aunque para ello haya de salirse del núcleo temático de este trabajo transcribiendo la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 Madrid, núm. 34/2010, de 2 de febrero (JUR 2010\91026):

*<<El artículo 25 del Cdc señala la obligatoriedad de llevar contabilidad a los empresarios, contabilidad que ha de ser ordenada, adecuada a la actividad de su empresa y que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios; necesariamente debe llevar un libro de Inventarios y Cuentas Anuales y otro Diario. Los libros deben ser llevados con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras, salvándose a continuación, inmediatamente los errores y omisiones padecidos en las anotaciones contables (artículo 29 del Cdc). Por otro lado, el artículo 34 del Cdc exige que al cierre del ejercicio económico el empresario elabore las cuentas anuales, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y una memoria explicativa, que amplíe y complemente las anteriores; en términos semejantes para las sociedades anónimas, se expresan los arts. 171 y 172 del TRLSA. La llevanza de la contabilidad permite al empresario conocer su situación económica y tener un control sobre ella, de manera que pueda saber si tiene beneficios o pérdidas y poder adoptar las medidas necesarias para hacer frente en su momento a los pagos a los que está obligado. También es un medio para dar a conocer a los terceros la situación económica de la sociedad y decidir, en consecuencia, si inicia o continúa relaciones comerciales, presta financiación... Además, es necesario que la contabilidad permita conocer la verdadera situación económica y patrimonial de la empresa, debiendo ser una manifestación que se corresponda con la realidad de la actividad empresarial, y por ello el artículo 34.2 del Cdc establece que las cuentas anuales han de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, por lo que es necesario que el empresario guarde los soportes documentales que justifiquen los distintos apuntes contable, para que lo que se haga constar en la contabilidad responda a una realidad y no sea fruto del libre arbitrio del empresario, sin posibilidad de verificación>>.*

La Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Madrid, 11 de mayo de 2012, fundamento jurídico 2º, (JUR 2012/177115) interpreta de una manera esclarecedora el alcance y sentido del artículo 164.2.1º, por lo que debe reproducirse aquí parte de su texto:

*<<Tal precepto impone la directa calificación de concurso culpable ante la concurrencia de ciertas irregularidades contables, siempre y cuando existiese deber legal de llevar tal contabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 25 y ss. Cco . No obstante, dentro de la existencia tipificada de irregularidad contable no basta cualquier defecto en la llevanza de contabilidad, sino un incumplimiento sustancial de tal deber. El concepto normativo de la sustancialidad en la irregularidad ha de ser colmado mediante una interpretación sistemática, en primer lugar, poniendo en relación tal requisito con los comportamientos sancionados en el art. 165.3º LC , no formulación de cuentas anuales, no auditoría o no depósito de las mismas en el Registro Mercantil, supuesto legalmente considerados de menor gravedad, por el efecto jurídico a ello aparejado, que los recogidos en el precepto comentado. En segundo lugar, se ha emplear un criterio interpretativo finalista, atendiendo a la finalidad de protección de la norma que impone el deber de llevar ordenada contabilidad, consistente en obtener según el art. 34.2 Cco "una imagen clara y fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa ". Cuando se altere relevantemente esa claridad y fidelidad en la imagen del curso de la actividad económica empresarial se estará incurriendo tipo normativamente previsto en el art. 164.2.1º LC . En tercer lugar, puede emplearse un último criterio de interpretación como es literal, para arrojar luz sobre el alcance de la sustancialidad que ha de exigirse al comportamiento del concursada para la calificación, siguiendo la línea de gravedad marcada por los tres comportamientos específicamente allí tipificados, como son la directa y total omisión de toda contabilidad, la llevanza de una doble contabilidad, una real y otra oficial ficticia, y en tercer término, la irregularidad relevante que habrá, cuando menos, de poderse equiparar en cuanto a su antijuridicidad a los anteriores comportamientos>>.*

El artículo 164.2.1º determina la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos establecidos en el mismo precepto porque la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta o imposibilita la prueba del dolo o la negligencia grave y la relación de causalidad con la provocación de la insolvencia respecto de un daño concreto y cuantificable<sup>5</sup>.

En cuanto a la relevancia de la irregularidad, se entiende como una situación en la que a cualquier operador económico que se relacionara con el deudor le sería imposible tener un conocimiento adecuado de la situación patrimonial y financiera

---

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 51/2009 de 6 de marzo (JUR 2009\236331)

de la empresa. Para medir la relevancia también se ponderan los importes afectados, puesto que si se trata de cantidades insignificantes no cabe calificarlas, lógicamente, de “relevantes”<sup>6</sup>.

Los tribunales, a la hora de calificar el concurso como culpable, muchas veces alegan esta circunstancia y, a la vez, le otorgan la máxima relevancia dentro de los casos que necesariamente conducen a la calificación del concurso como culpable. Por ese motivo sería interesante analizar una serie de supuestos concretos.

#### **A) INCLUSIÓN DE UN CRÉDITO FISCAL INEXISTENTE EN EL ACTIVO DEL BALANCE**

La Sentencia nº 137/2006 de 31 de mayo del Juzgado de lo Mercantil núm.4 de Barcelona (AC 2007/204) erige como irregularidad contable relevante la inclusión dolosa de un falso crédito fiscal.

Según esta resolución, las bases imponibles negativas pueden compensarse con las rentas positivas de los períodos impositivos comprendidos en los siguientes siete años. Ese derecho a compensar con resultados positivos futuros puede hacer surgir contablemente un crédito. No obstante, el Plan General de Contabilidad y la Resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997 señalan que estos créditos sólo se anotaran en el activo del balance si están suficientemente asegurados y deberán anularse cuando se dude fundadamente de la recuperación de la sociedad. Además de eso, la base imponible negativa debe ser consecuencia de un hecho no habitual, éste debe haber desaparecido en el momento de la inclusión del crédito en el balance y deben obtenerse beneficios en el plazo establecido por la normativa fiscal.

En este caso, los administradores eran conscientes de la irreversibilidad de las pérdidas y de la imposibilidad de obtención de beneficios en el futuro. En el momento de expresarse las cuentas que contenían el crédito fiscal, la empresa ya se encontraba en situación de insolvencia. Asimismo, si se hubiera suprimido este activo se habrían reducido los fondos de la compañía por debajo de la mitad del capital social y la sociedad hubiera estado incurso en una causa legal de disolución. Indudablemente, los administradores tomaron la decisión de añadir el crédito para esquivar la causa de disolución.

En conclusión, lo que convierte esta irregularidad contable en relevante es la trascendencia y contraste de consecuencias jurídicas entre la inserción o no del crédito fiscal inexistente en el balance.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) núm. 151/2010 de 21 de abril (JUR 2010\233142)



**B) NO COMENZAR EL LIBRO DIARIO DE UN DETERMINADO EJERCICIO POR LA PRIMERA PÁGINA.**

La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), en la Sentencia núm. 57/2008 de 28 de marzo (JUR\2008\216841) considera como una irregularidad contable importante no empezar por la primera página el Libro Diario y que se enumeren los asientos contables de manera discontinua y con omisiones. Puede ser enriquecedor reproducir el fundamento jurídico tercero de dicha sentencia porque también hace referencia a otras modalidades de irregularidades contables:

*<<Precisado lo anterior, la sentencia de instancia, siguiendo en este sentido la petición de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, sostiene la calificación de concurso como culpable en la presunción del nº 1 del artículo 164.2 de la Ley Concursal al apreciar irregularidad relevante en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. En tal sentido, el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal determina que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable, cuando el deudor legalmente obligado a llevar contabilidad hubiere cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. En este caso, las irregularidades contables puestas de manifiesto por el informe de la administración concursal y asumidas por la sentencia de primer grado no pueden justificarse con el argumento de que se deben a un cambio en el sistema informático de llevanza de la contabilidad, porque no se trata solamente de discrepancias técnicas sobre el modo de practicar los asientos o de contabilizar determinadas partidas, sino que en el año 2003 no se llevó contabilidad, siendo precisamente ese ejercicio especialmente importante, porque fue el año en que se produjo el incendio que puso en tela de juicio la continuidad de la empresa; ni tampoco se ha justificado que se llevaran ficheros auxiliares de inmovilizado y existencias, que eran, según manifestó la sociedad en su solicitud de declaración de concurso voluntario, sus principales activos. Así mismo, aunque pudiera encontrarse justificación (o más bien, explicación) a algunas irregularidades, como que figurando en la cuenta de fondos del año 2004 un abono que compensa los resultados negativos de 2003 no se aportara documentación o que la diferencia entre las cuentas del 2003 y la apertura del 2004 pudiera ser interpretable en razón a la existencia de un crédito fiscal, existen datos que confirman la irregularidad relevante, como que el libro diario del 2004 comience en la página 10, sin que se conozca qué ha sucedido con las nueve páginas anteriores, o que haya saltos o discontinuidades en la numeración de los asientos, lo que sucede también con el libro mayor de 2005.*

*Circunstancias éstas que inciden de modo innegable en la cabal comprensión de la situación patrimonial del deudor>>.*

**C) NO HABER INCLUIDO EN LAS CUENTAS ANUALES LA EXISTENCIA DE OTRAS SOCIEDADES PERTENECIENTES AL MISMO GRUPO.**

La Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en la Sentencia núm. 349/2007 de 27 noviembre (AC 2008\115) trata como irregularidad contable notable la omisión absoluta en la contabilidad de la participación de una empresa en otra u otras. Esta resolución lo expone del siguiente modo:

*<<Resulta acreditado que BIGARA SA es propietaria del 100% del capital de Mesas y Sillas Kelsa SL, el documento anexo núm. 5 (nota del Registro Mercantil) así lo pone de manifiesto, sin embargo, en la documentación de Bigara no consta reseña alguna sobre este hecho, incumpliendo la obligación contenida en el art. 42.1 C.Com., toda sociedad estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados cuando siendo socios de otra sociedad pueda disponer de la mayoría de los votos, requisito incumplido por Bigara ya que en las cuentas anuales presentadas no se hace referencia a su participación en Mesas y Sillas Kelsa, o, mejor dicho, a que era la propietaria de esta entidad con un mismo administrador único.*

*El informe de la Administración Concursal acredita que no figura contabilizada ninguna participación de la deudora en empresas del grupo ni se incluye en las memorias correspondientes mención alguna a la información que debe ser incluida en la memoria abreviada sobre empresas del grupo y asociadas según lo recogido en el Real Decreto 1643/90 de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de aplicación obligatoria para todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria. La memoria de las Cuentas Anuales debería incluir la denominación y domicilio de aquellas empresas en las que la mercantil presentante posea, directa o indirectamente, y como mínimo el tres por ciento del capital para aquellas sociedades que coticen en bolsa y el veinte por ciento para el resto, con indicación de la fracción de capital que posea, así como el importe del capital, de las reservas y del resultado del último ejercicio de aquéllas. Sin embargo, en las memorias integrantes de las Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios 2001, 2002, y 2003 en el apartado VIII, empresas del grupo y asociadas, se manifiesta expresamente que no existen tales participaciones. [...]*

*Bigara era dueña del 100% de Mesas y Sillas Kelsa SL, sin embargo, sus administradores omitieron esta participación en sus libros, y en las cuentas anuales, lo que es suficiente para calificar el concurso como culpable «ex» art. 164.2.10 LC, por "irregularidad relevante" en la llevanza de las cuentas, imprescindible para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la deudora.>>*

**D) NO CONTABILIZAR EN LA CUENTA DE GASTOS DETERMINADAS PARTIDAS.**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 231/2007 de 27 abril (AC 2007\1697) explica como la no contabilización de unos dispendios

considerables en la partida de gastos y sí contabilizarlos en la partida de mercancías puede alejar de la realidad la situación financiera de una empresa y desembocar en irregularidades contables merecedoras de calificar el concurso como culpable:

*<<El informe de calificación elaborado por la Administración Concursal, que se remite al informe del concurso del art. 74 LC ( RCL 2003, 1748) , refiere que en el ejercicio 2002 no se contabilizaron correctamente gastos por valor de 24.212,57 euros, que se correspondían a salarios, seguridad social a cargo de la empresa, compras de materiales, consumo de gas-oil y otros, pues se incluyeron en la cuenta "300 Mercaderías" en lugar de la cuenta del grupo 600 del Plan General de Contabilidad ( RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) , correspondiente a los gastos. La consecuencia inmediata fue que dichos gastos no se contabilizaron en la cuenta de pérdidas y ganancias, originando un activo ficticio en la cuenta de mercaderías. Esta irregularidad es considerada por el Magistrado de lo mercantil grave, en la medida que es relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, y por ello encuadra esta conducta en la tipificada por el art. 164.2.1º LC como merecedora de la calificación culpable del concurso.[...]*

*En el primer apartado del art. 164.2 LC ( RCL 2003, 1748) se enuncian tres conductas relacionadas con el deber de llevar la contabilidad del negocio: "cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara". Con ello el legislador equipara, a los efectos de declarar culpable el concurso, tres conductas: el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y las irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía. Esta última conducta, que es la que en realidad se imputa al administrador de la concursada, presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida una comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.*

*La irregularidad contable es clara, y de hecho fue reconocida por la propia concursada, pues, en el ejercicio 2002, unos gastos por valor de 24.212,57 euros se contabilizaron en la cuenta de mercaderías, en vez de hacerse en las cuentas correspondientes a gastos, como también lo es su relevancia para conocer la situación patrimonial o financiera de la sociedad, en la medida en que se creó un activo ficticio en la cuenta de mercaderías, alterando el resultado y los fondos propios en aquel ejercicio. De haberse contabilizado correctamente habrían aparecido contablemente unas pérdidas de 23.199,20 euros en vez de unos beneficios de 1.013,37 euros, y los fondos propios habrían sido negativos por 25.983,20 euros en vez de por 1.770,63 euros.*

*La conducta del administrador de reconocer la irregularidad en el propio escrito de solicitud de concurso sin dejar de merecer la calificación laudatoria, en la medida en*

*que mejor es reconocerlo que ocultarlo, pues pone en evidencia que en ello no había ninguna actuación dolosa, no puede evitar la calificación culpable, aunque sí mitigar, como hizo el Magistrado de lo mercantil, el rigor de las consecuencias de dicha calificación. Del mismo modo, el administrador no puede excusar su responsabilidad por el hecho de haber sido mal asesorado contablemente por la gestoría que le llevaba la contabilidad, pues en última instancia es responsabilidad del administrador la elección de las personas a quienes delega las funciones que le corresponde a él realizar o supervisar, de modo que cuando menos existe una negligencia o culpa in eligendo, al encargar la tarea contable a quien no debió.>>*

## **2.2 INEXACTITUD GRAVE O FALSEDAD EN LOS DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.**

El artículo 164.2.2º establece que *<<en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos>>*.

Con esta presunción el legislador quiere evitar conductas engañosas por parte del concursado o concursada en relación a la aportación por parte de éste de documentos esenciales para el análisis de su situación económica. La Ley exige que la documentación que se presente sea exacta para que la administración concursal pueda realizar su informe y para que los acreedores conozcan cual es la situación económica del concursado o concursada y cuales son sus posibilidades de cobro. La inexactitud grave se refiere a la omisión de los documentos preceptivos o de datos fundamentales.

En otras palabras, la conducta del deudor o de su administrador es grave cuando la información presentada falsee sustancialmente la visión del activo o pasivo del mismo<sup>7</sup>.

La Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, núm. 34/2010, de 2 de febrero, fundamento jurídico 2º (JUR 2010/91026), sirve para esclarecer la finalidad del artículo 164.2.2º:

*<<El mencionado precepto tienen como finalidad tratar de conocer la verdadera situación patrimonial del concursado, y en la medida que los documentos que aporta el concursado son esenciales para el análisis de su situación económica el legislador quiere evitar conductas de falseamiento de la situación patrimonial. No debemos*

---

<sup>7</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, núm. 294/2009 de 4 de diciembre (JUR 2010\69720)

*olvidarnos que esa documentación proporciona la información necesaria para la adopción de las resoluciones judiciales más relevantes, como puede ser la declaración del concurso, la determinación del quórum de admisión de una propuesta anticipada de convenio (medida favorecedora de la solución normal del concurso); la relevancia de esa documentación determina la necesidad de evitar que se aporten documentos que no reflejan la realidad y distorsionan la situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que el legislador ha optado por configurar la aportación falsa o inexacta de estos documentos como una presunción del artículo 164.2 de la ley, que al no admitir prueba en contrario, conlleva necesariamente la calificación del concurso como culpable, siempre claro está, que esas conductas sean imputables al concursado o a su legal representante.>>*

De la lectura del precepto puede extraerse el carácter puramente sancionador del mismo porque no puede encuadrarse dentro de ninguna forma de generación o agravación de la insolvencia. Así también lo entienden la Sentencias del Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona, núm. 137/2006 de 31 de mayo (AC 2007/204) y de 11 de diciembre del mismo año (AC 2007/440), que definen y delimitan esta presunción iuris et de iure de la siguiente manera:

*<<Este supuesto no tiene nada que ver con la causación o agravación de la insolvencia, sino con el comportamiento del concursado en el procedimiento judicial, durante el que es determinante conocer la situación real del concursado y por lo que la Ley quiere sancionar con la declaración de culpabilidad del concurso las inexactitudes graves que de los documentos fundamentales acompañados con la solicitud. Resulta perfectamente lógico que la Ley exija al concursado que la documentación que se presente sea exacta, no sólo para que la administración concursal pueda realizar su informe, sino para que los acreedores conozcan desde un primer momento cual es la situación económica de la concursada y cuales son sus expectativas respecto de sus créditos>>.*

### **2.3 INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONCURSADO**

El artículo 164.2.3º expone que *<<en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado>>.*

El artículo 142.2 obliga al deudor a solicitar la liquidación cuando, siendo vigente el convenio, sepa su impedimento de cumplir los deberes adquiridos a causa la aprobación del convenio y después de este momento. Si el deudor descuida dicha obligación cualquier acreedor podrá pedir la liquidación si, a la vez, coexisten los fundamentos necesarios para la declaración del concurso.

Para que la presunción del artículo 164.2.3º LC sea la causa de la calificación del concurso como culpable se precisará que el deudor no pida la liquidación, que se acredite el incumplimiento del convenio, que éste se deba a causa imputable al concursado, que intervenga una resolución judicial firme sobre el incumplimiento del convenio y que la liquidación sea declarada de oficio.

La sentencia del Juzgado Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2011 (AC 2011/1550) lo explica de la siguiente manera:

*<<El incumplimiento imputable del convenio se configura como un supuesto especial y autónomo de culpabilidad del concurso, sin que proceda añadirle requisitos putativos para achicar el factum suficiente para generar responsabilidad. Así, no compartimos la tesis de los oponentes de que, trasladando aquí el artículo 164.1 de la Ley Concursal, al incumplimiento del convenio deba acumularse necesariamente una generación o agravación de la insolvencia (elemento objetivo), dolosa o gravemente culposa (elemento subjetivo cualificado), esto es, discrepamos de que el incumplimiento será relevante si y solo si estuviera causado por insolvencia generada o agravada por dolo o culpa grave del concursado.*

*Tampoco exige el texto de la Ley que medie dolo o culpa grave del deudor. No obstante, se deduce del contexto normativo y de la propia expresión «concurso culpable» que el sistema de responsabilidad por incumplimiento del convenio es subjetivista, conforme al patrón del ordenado empresario (art. 225 LSC) y no de responsabilidad objetiva o por el simple incumplimiento. Ciertamente, en las infracciones de deberes de lealtad normalmente (no necesariamente) acompañará el dolo. Además, en el ámbito empresarial convendría reconocer una cierta discrecionalidad comercial al administrador. Con todo, cabe imaginar incumplimientos del convenio que no vengán causados por deslealtades o por decisiones de negocio erróneas, para los que bastará la inadecuación al patrón general de diligencia del ordenado empresario, aunque la culpa no sea grave>>.*

Es interesante resaltar del párrafo anterior que el tribunal considera que la responsabilidad por incumplimiento del convenio es una responsabilidad subjetivista conforme al patrón del ordenado empresario, no es una responsabilidad objetiva o de mera actividad. La misma sentencia hace otra apreciación que mitiga la severidad de esta presunción iuris et de iure:

*<<No incumple su deber de pedir la liquidación o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable quien despliega esfuerzos razonables para la supervivencia de la compañía. Tanto en el momento preconcursal como en el previo a la liquidación, el reproche o la sanción debe hacerse depender de que no existieran posibilidades razonables de recuperación de la empresa social de acuerdo con el juicio de un administrador diligente>>.*

## **2.4 ALZAMIENTO DE BIENES U OTRO ACTO QUE HUBIESE IMPEDIDO O RETRASADO LA EFICACIA DE UN EMBARGO**

El artículo 164.2.4. ordena que *<<el concurso se calificará como culpable cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación>>*.

La presunción que ahora nos atañe en realidad acoge dos distintas: el alzamiento total o parcial de bienes y la realización de actos que atrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo.

### **A) EL ALZAMIENTO CON LA TOTALIDAD O PARTE DE LOS BIENES EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES**

En el alzamiento es necesario que se de el elemento objetivo basado en la ocultación o desaparición de bienes pero la Ley Concursal no exige la intencionalidad de fraude a los acreedores, por lo que es suficiente que, objetivamente, el acto realizado perjudique a la masa por el hecho de sustraer activos de la misma. Dicho alzamiento puede ser anterior o posterior al concurso<sup>8</sup>.

No obstante, la simple existencia de un acto dispositivo en momentos previos y próximos a la declaración del concurso no entraña por sí sólo la presencia de la presunción cuando lo que se intentaba era evitar una crisis empresarial y aportar nuevo capital para la empresa<sup>9</sup>.

La transmisión fraudulenta exige conocimiento, intención y aceptación, por parte del deudor, de que con dicho acto se distraen bienes o derechos objeto de la futura masa del concurso, ingresando en la caja menos dinero con la consecuencia de que se puedan pagar menos créditos<sup>10</sup>.

### **B) LA REALIZACIÓN DE CUALQUIER ACTO QUE RETRASE, DIFICULTE O IMPIDA LA EFICACIA DE UN EMBARGO EN CUALQUIER CLASE DE EJECUCIÓN INICIADA O DE PREVISIBLE INICIACIÓN**

La otra parte de la presunción se identifica con el supuesto de alzamiento indirecto basado en actuaciones del deudor que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo en una ejecución empezada o de próximo comienzo.

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 295/2010, de 4 de octubre de 2010 (JUR2011/83082)

<sup>9</sup> Juzgado Mercantil nº1 de Murcia de 31 de enero de 2007 (AC 2011\1108)

<sup>10</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 541/2007, de 29 de noviembre (JUR 2009/33340)

Cabe recordar que una vez declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales, ni tampoco continuar apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, de modo que todos ellos quedarán en suspenso. Como excepción, sólo podrán seguirse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que ya se hubiese dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubiesen embargado bienes del concursado y no fueran imprescindibles para permanecer en actividad.

Entonces, encajan en este apartado los créditos que tenga el concursado o concursada frente a terceros y en relación a los cuales no ejerza sus derechos actuando pasiva o negligentemente retrasando o evitando una serie de ejecuciones que ayudarían a la masa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 627/2007, de 29 de noviembre (JUR 2008/73985) analiza la relación que existe entre el delito de alzamiento de bienes y el supuesto de alzamiento que conduce a la culpabilidad del concurso:

*<<La presunción de concurso culpable en la que el supuesto de hecho contemplado es el alzamiento perjudicial para los acreedores ha sido una opción tradicional en nuestro Derecho. El concepto de alzamiento en este contexto es el tradicional, lo que obliga a entender por el mismo la concurrencia de intención defraudatoria en la ocultación o desaparición de bienes, sin que debamos atenernos a criterios jurídico penales. Aunque no está de mas recordar que si bien el Tribunal Supremo, respecto de la infracción del orden de prelación de créditos o la vulneración de la "par conditio creditorum", había considerado que no existía delito de alzamiento, si se realizaban los bienes en favor de auténticos acreedores, no obstante, últimamente parece extenderse también el reproche penal a tales supuestos. De todos modos, cabe señalar que tal modo de conducirse, enajenando bienes una vez declarado el concurso y haciendo pago a acreedores que elija arbitrariamente el deudor, vulnerando el principio de comunidad de pérdidas, debe incluirse en el supuesto de alzamiento examinado y que conlleva la declaración de culpabilidad del concurso>>.*

## **2.5 SALIDA FRAUDULENTE DE BIENES O DERECHOS DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR EN LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO**

El artículo 164.2.5º exige que *<<en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos>>.*

La salida del patrimonio debe ser fraudulenta y debe beneficiar a algunos acreedores en perjuicio de la masa para la calificar el concurso como culpable con



arreglo al artículo 164.2.5º. Jurisprudencialmente se limita la eficacia de la presunción que nos ocupa disponiendo que probar la coincidencia de causar el perjuicio es suficiente para que una acción de reintegración tenga éxito pero no es bastante para calificar como culpable el concurso por esta causa.

La conducta atribuida a la presunción iuris et de iure es una modalidad cualificada de la cláusula general y dicha cualificación la proporcionan dos circunstancias: el momento en el que fueron realizadas las enajenaciones –los dos años anteriores a la declaración del concurso- y la salida fraudulenta del patrimonio de bienes o derechos<sup>11</sup>.

La jurisprudencia también establece que las enajenaciones que sigan el esquema siguiente deben declararse fraudulentas. Dichas enajenaciones son las realizadas por un administrador (persona especialmente relacionada con el deudor), a su favor, por un gran valor económico en relación a una situación financiera negativa de la sociedad, las cuales deben provocar o contribuir, además, al impago de todos o parte de los otros créditos de la sociedad<sup>12</sup>.

La enajenación dineraria no tiene porque ser clandestina. A sensu contrario, su contabilización no impide que tal enajenación pueda ser fraudulenta. La clandestinidad, en todo caso, coadyuvaría a justificar el acto como un alzamiento bienes del art. 164.1.4º LC<sup>13</sup>.

Por otra parte, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, en su informe y dictamen respectivamente, deberán probar que ha habido alguna enajenación en los dos últimos años y acreditar que tal enajenación se ha llevado a cabo con ánimo fraudulento. Cabe puntualizar que el concepto de fraude es el mismo que el artículo 1111 del Código Civil utiliza para las actuaciones rescisorias.

## **2.6 REALIZACIÓN DE ACTOS DIRIGIDOS A SIMULAR UNA SITUACIÓN PATRIMONIAL FICTICIA**

El artículo 164.2.6º preceptúa que *<<en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia>>*.

La última presunción iuris et de iure implica que la simulación sea anterior a la declaración del concurso, que se realice a través de un acto con eficacia jurídica y que el objetivo sea simular una situación inexistente.

---

<sup>11</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Madrid de 11 de mayo de 2012 (JUR 2012/177115)

<sup>12</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil nº1 de Pamplona, núm. 94/2007, de 18 de mayo (JUR 2007\368559)

<sup>13</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 231/2007, de 27 de abril (AC 2007/1697)

La ficción puede conllevar una operación contable o demostraciones de facto cometidas por el deudor frente a terceros en las que se figure una situación patrimonial que perturbe la realidad y lesione a terceros relacionados con el deudor o deudora. Lo relevante es la falsedad que conduce a la confusión de entidades financieras, proveedores y otros acreedores.

Lo complicado es definir los límites entre las presunciones del artículo 163.2.1º, incumplimiento sustancial de la llevanza de contabilidad (ver apartado 2.1), y del artículo 164.2.6º. Los tribunales usan el número 6 para aquellos actos jurídicos que generan derechos u obligaciones exceptuando las falsedades contables.

La situación que enjuicia la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) núm. 390/2011, de 19 de septiembre (JUR 2011/349565) es un ejemplo claro de la conducta tipificada en este precepto:

*<<La sentencia apelada concluyó entonces que el balance del último ejercicio, y con él el de los anteriores, reflejaba un desajuste radical con la realidad, al punto de afirmar que la empresa no había tenido siquiera una mínima actividad mercantil generadora de relaciones de crédito frente a terceros, ni otros ingresos reales que los derivados de las sumas percibidas en concepto de subvenciones y ayudas públicas (o créditos bancarios a cuenta de subvenciones concedidas), y las cuentas de la sociedad simularían una actividad mercantil en realidad esencialmente inexistente.*

*Otros hechos son la inexistencia o desconocimiento del paradero de diez bienes de equipo incluidos en la relación presentada con la solicitud de concurso como bienes en proceso de pago (arrendamientos financieros); unido a la vinculación de dos de los administradores con la supuesta proveedora de los mismos; sin que conste tampoco que se hubiesen recibido ni menos aun utilizado.*

*Los hechos para la sentencia revelan, por sí solos y sin necesidad de acudir a las presunciones de culpabilidad del artículo 165 LC, que en la generación de la insolvencia de Panorámica Dixital S.L. hubo una actuación dolosa de sus administradores. Desde la propia constitución de la sociedad en el año 2002 y durante los cuatro ejercicios siguientes la actuación de los gestores de la sociedad ha estado encaminada única y exclusivamente a crear una apariencia de actividad mercantil para acceder a las ayudas e inversiones ligadas al establecimiento de empresas y la creación de empleo en la zona minera de As Pontes y, a través de ellas, también al crédito bancario y de entidades financieras. Los hechos probados encajan plenamente en la causa general de concurso culpable del artículo 164.1 LC.*

*También implican la ejecución y el mantenimiento durante todos los ejercicios de la vida de la sociedad de actos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, con encaje en el artículo 164.2-6º.>>*

De todos modos quedan fuera de esta presunción la exageración de cualidades o la ocultación de defectos permitidos por los usos mercantiles como “dolus bonnus”.

### 3. RECAPITULACIÓN

El artículo 164.2 de la LC se diferencia de la cláusula general de culpabilidad del apartado 1 por no exigir la prueba de la existencia de dolo o culpa grave ni la provocación o agravación del estado de insolvencia.

Juli de Miquel Berenguer<sup>14</sup> considera que las presunciones *iuris et de iure* son desmesuradas, especialmente algunas de ellas, porque no tienen ninguna relación con la generación o agravación del estado de la insolvencia como, por ejemplo, el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad o la inexactitud grave de alguno de los documentos acompañados a la solicitud de la declaración de concurso.

Juli de Miquel se imagina un empresario que no llevare la contabilidad en la forma legalmente establecida por simple negligencia y que la insolvencia se hubiera producido por la crisis financiera o del sector. El empresario sería sancionado gravemente por los artículos 172 y 172 bis LC y él se cuestiona la constitucionalidad del derecho sancionador en este ámbito.

En definitiva, este autor opina que tales conductas deben ser sancionadas *per se* pero no coincide con el legislador en vincularlas sin más con la generación o agravación del estado de insolvencia. Puede reproducirse un párrafo de la obra para comprender mejor su punto de vista:

*<<Es cierto que, como indica la exposición de motivos de la Ley, los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delito y que la Ley mantiene separación de ilícitos civiles y penales en esta materia pero no obstante tal separación no implica que no nos encontremos ante el denominado, en sentido amplio derecho sancionador con sanciones que pueden ser superiores en algunos aspectos a las que derivarían de un ilícito penal y es por ello por lo que la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa deben ser en todo caso contemplados. No obstante, pese a las indicadas reservas teóricas, es evidente, aunque discrepemos del planteamiento, que nos encontramos ante unas presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario, lo cual no ofrece duda alguna por la redacción del precepto>>.*

La Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona, núm. 137/2006, de 31 de mayo (AC 2007/204) también hace una valoración de las presunciones *iuris et de iure* que puede resultar ilustrativa:

*<<El legislador ha establecido un tipo general de concurso culpable y varios particulares, y es posible que la justificación de algunas de tales decisiones legislativas*

---

<sup>14</sup> DE MIQUEL, *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*, p. 80 – 81.

*esté la presunción de que el deudor con la conducta descrita en dichos tipos especiales ha causado o agravado su insolvencia, pero en otros de estos tipos especiales la justificación puede ser otra, como la de tratar de sancionar civilmente e imputar ciertas responsabilidades por las deudas sociales a los que infrinjan las normas mínimas a las que viene obligado todo empresario>>.*

Para terminar, hay que mencionar la posible responsabilidad concursal de los administradores sociales afectados por la calificación culpable del concurso. La responsabilidad concursal se fundamenta en la condena a la cobertura total o parcial del déficit (artículo 172 bis LC). Aunque *la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida<sup>15</sup>*, por lo que, a *sensu contrario*, el artículo 172 bis permite que el Juez no condene.

Un tema muy debatido en los Tribunales es si la responsabilidad es resarcitoria del daño o sancionatoria por deudas. De una parte, la tesis sostenida por la Audiencia Provincial de Barcelona es que la responsabilidad de los administradores es resarcitoria por daños. Este tipo de responsabilidad implica la existencia de un acto antijurídico y culpable y una relación de causalidad entre el daño y el acto. Sin embargo, la Audiencia Provincial de la capital condal <sup>16</sup> recientemente está reorientando su postura:

*<<La doctrina jurisprudencial a la que antes nos hemos referido no le atribuye el carácter de una acción de daños porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el "daño que indirectamente fue causado a los acreedores". Por consiguiente, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso.*

*Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso*

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1a) núm. 255/2012 de 26 abril (RJ\2012\6101).

<sup>16</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 154/2012 de 23 de abril (JUR 2012\176693).

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

De otra parte, la teoría de la responsabilidad por deudas o *ex lege* es la que defiende la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras Audiencias, y que muy bien explica la sentencia justo reproducida y, en cierto modo, también apoya la Audiencia Provincial de Córdoba<sup>17</sup>:

*<<El administrador no puede excusar su responsabilidad por el hecho de haber sido mal asesorado contablemente por la gestoría que le llevaba la contabilidad, pues en última instancia es responsabilidad del administrador la elección de las personas a quienes delega las funciones que le corresponde a él realizar o supervisar, de modo que cuando menos existe una negligencia o culpa in eligendo, al encargar la tarea contable a quien no debió>>.*

El Tribunal Supremo parece juzgar de acuerdo con la primera argumentación. Así lo demuestra en la Sentencia de la Sección 1ª núm. 55/2011, de 23 de febrero (RJ 2011\2475) que acepta como una responsabilidad por daños el perjuicio sufrido por los acreedores por la insuficiencia de la masa<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) Sentencia núm. 57/2008 de 28 de marzo (JUR\2008\216841).

<sup>18</sup> VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca. "La responsabilidad concursal de los administradores sociales"

## **BIBLIOGRAFÍA**

BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II. Ed. TECNOS. 19ª Edición, 2012, Madrid. ISBN: 978-84-3095-514-5.

DE MIQUEL BERENGUER, Juli. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores. Concurso fortuito – concurso culpable*. Ed. BOSCH. 1ª Edición, diciembre 2012, Barcelona. ISBN: 978-84-9790-571-8.

VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca. “*La responsabilidad concursal de los administradores sociales*”. <http://hayderecho.com/2012/07/23/la-responsabilidad-concursal-de-los-administradores-sociales-2/> (última visita: 28 de abril de 2014).

Bases de datos: Westlaw.