

De la Calificación del Concurso de Acreedores, y de su Resultado, en el
Orden Jurisdiccional Mercantil

El Título VI de la Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal

❶ De la introducción al Título VI de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y de la aproximación a la sección de calificación, a su procedimiento, y a la estructura de la sentencia de calificación

- La promulgación de la Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal supuso un avance legislativo importante en aras a completar el marco general de la responsabilidad exigible a los administradores de la sociedad de capital... lo que a día de hoy se define por los tribunales como responsabilidad por el déficit concursal; se trata de una norma que vino a establecer *un mecanismo para el supuesto de que los acreedores no lograran satisfacer sus créditos en el juicio universal contra la masa activa del concurso, permitiendo que estos pudieran llegar a ser atendidos acudiendo al patrimonio de quienes fueron los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica.*

Así parece deducirse de la literalidad del discutido artículo 172.bis - anteriormente 172.3 - conforme la reforma introducida por el número 99 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal - en cuanto prevé que... *si la sección de calificación hubiese sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica que hubiesen sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura, total o parcial del déficit.*

- Como acertadamente expuso el JM Núm. 3 de Barcelona, en su Sentencia de 18-02-08, la sección de calificación trata de dar respuesta a seis cuestiones: qué

sucedió, por qué sucedió, cuando sucedió, quién es el responsable, qué valoración jurídica merece y qué consecuencias ha de tener esa valoración.

- La aproximación coloquial del JM3Barcelona, obtiene su proyección en el iter jurídico revelado por la jurisprudencia de diferentes Audiencias Provinciales que vienen a concluir, de forma unánime, que la finalidad del silogismo de la sección de calificación se nutre necesariamente de las siguientes premisas:

a) Establecer unas mínimas pautas éticas en el tráfico económico (AP Madrid 05-02-08, EDJ 23383)

b) Castigar las conductas merecedoras de un especial reproche, con cierta finalidad preventiva respecto de conductas futuras (AP Córdoba 28-03-08, EDJ 104791)

c) Ofrecer a los acreedores, cuando la sentencia falle una condena a responder por la deudas, un medio indirecto para la satisfacción de sus créditos (AP Madrid 05-02-08, EDJ 23383)

- En cuanto al procedimiento, esta sección constituye una pieza separada en cuyo trámite interviene el Concurtido, el Ministerio Fiscal, y la Administración Concursal; intervención que, en el caso de la fiscalía, puede calificarse de meramente nominal ya que, en la práctica, el Ministerio Público suele limitarse a emitir un informe en el que ratifica el parecer de la administración concursal, sobre la que descansa prácticamente todo el peso y carga de la prueba de esta sección como órgano auxiliar del juez.

Pero aunque esta triada se constituye en el núcleo principal de los actores de esta pieza, a fin de evitar situaciones de indefensión, la ley exige que habrán de ser emplazadas igualmente todas aquellas personas que, de una forma u otra, pudieren quedar afectas por la calificación del concurso, a fin de que puedan hacer uso de su derecho de defensa... pudiendo comparecer asimismo como parte, con plenas facultades procesales, cualesquiera de los acreedores y/o terceros que a su vez lo sean en el rector principal del concurso.

- Nuestro derecho concursal ha venido rodeándose, en su traditio procesal, del trámite de esta pieza separada, no por imperativo de ley, como veremos, sino en **obediencia a esa antigua sospecha que siempre se hace pender sobre el deudor insolvente y que lleva a los tribunales a indagar sobre las circunstancias que hayan conducido a la insolvencia**, o dicho de otro modo, **viene justificándose en la mayoría de los casos por el carácter traumático que el procedimiento concursal tiene para el derecho de los acreedores...**

...empero lo cual, **la pieza de calificación no debería operar por imperativo moral, y por supuesto no hay concierto ni imperativo legal**; es más, **la propia LC, en su art. 163.2, restringe la sección de calificación a los siguientes supuestos:**

a) Aquellos **procesos concursales concluidos por convenio** que prevea una **espera superior a tres años o una quita superior a un tercio de los créditos**, siempre que tal convenio resulte aplicable a la totalidad de los acreedores o al menos a una clase de aquellos; **cuando el convenio contemple varias de estas alternativas, bastará con que una de ellas exceda estos límites** para que proceda la apertura de esta sección (AP Madrid, 30-12-10)

b) **Concursos que conduzcan a la apertura de la fase de liquidación**, a tenor de la literalidad del artículo 172.bis conforme la reforma introducida por el número 99 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que promulga las llamadas **consecuencias de la cobertura del déficit**

- Habida cuenta el carácter restrictivo del trámite de la sección de calificación, y haciendo propias de este ponente el razonamiento del **JM Núm. 3 de Barcelona**, en su **Sentencia de 18-02-08** es necesario hacer constar que... **por más que sea legítimo que los acreedores busquen todas las vías posibles para resarcirse, las expectativas de estos de obtener reparación mediante una declaración de culpabilidad del concurso puede llevar a pervertir el sistema y la finalidad de esta pieza, de manera que debe exigirse a los Juzgados de lo Mercantil una especial objetividad a la hora de tramitar y fallar esta sección...**

...y ello más, por cuanto la norma del artículo 172.3 (si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de 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 esta 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) - 172.bis en la actualidad (si la sección de calificación hubiese sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica que hubiesen sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura, total o parcial del déficit) - **de la Ley Concursal plantea un gran número de dudas, fundamentalmente respecto de la naturaleza indemnizatoria o resarcitoria, sancionadora o por deudas de la responsabilidad concursal que la legislación concursal no ha sabido o no ha podido concretar**, ni siquiera después de la reciente reforma, ni tampoco ha podido ser definitivamente limitada o delimitada por la jurisprudencia, la cual se ha ocupado de la cuestión en numerosas resoluciones, últimamente varias del Tribunal Supremo que se han dictado sobre esta materia sin resolver definitivamente la cuestión - como veremos más adelante - de manera que, con la indefinición de la superioridad, sigue alimentándose en la más que vacilante posición de la jurisprudencia sobre esta materia de tanta trascendencia práctica, especialmente, por citar una de ellas relevantes entre todas, la de la **SAP de Barcelona, Secc. 15, de 23 de abril de 2012, núm. 154/2012, rec. 608/2011 (JUR 2012, 176693)**

Corresponde llegados a este punto, antes de profundizar en la calificación propia del concurso - *sin perjuicio de su desarrollo posterior* - hacer especial mención respecto al hecho de que **los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, pudieren instruir actos del deudor presuntamente constitutivos de delito, no quedan en modo alguno vinculados por la sentencia de la pieza sexta de calificación dictada por un juzgado de lo mercantil** porque, como veremos, los conceptos de falsedad, dolo y culpa que revela la legislación mercantil son conceptos de orden civil que no guardan relación con la relevancia penal de los mismos.

② **De la calificación del concurso como culpable**

La sección de calificación concluye por sentencia que declarará el concurso bien como **fortuito**, bien como **culpable** e **identificará**, en este último caso, a las personas afectas por esta declaración, estableciendo las consecuencias que en su perjuicio habrá de depararles la calificación de culpabilidad.

(A) El Concurso Fortuito ha venido siendo definido por nuestra jurisprudencia como una categoría residual, aplicable cuando no concurren las circunstancias que determinan la calificación del concurso como culpable (JM Palma de Mallorca 05-12-07)...

...de ahí que, en el actual marco legal, la declaración de un concurso como fortuito no equivale, en modo alguno, a un fallo declarativo de concurrencia de circunstancias accidentales o no imputables al deudor o, como en su caso decía la antigua jurisprudencia de quiebras (TS 16-05-56)... de un suceso inesperado debido exclusivamente al infortunio...

...esto es, la Ley Concursal ha rebajado el listón de la diligencia exigible en sede de calificación del concurso, exigiendo la concurrencia de dolo o culpa grave para su calificación como culpable (*al margen en todo caso del sistema de presunciones al que luego habremos de referir*)... de ahí que una de las principales diferencias entre la actual ley concursal y la anterior ley de quiebra, en cuanto a la sección de calificación, resida en el hecho de que en el actual marco legal cabe la declaración como fortuitos de procesos concursales que, de haber sido tramitados como quiebras, habrían sido considerados culpables.

(B) El Concurso es calificado de Culpable cuando el deudor persona física o el deudor persona jurídica - *atribuyéndose en este caso la responsabilidad a sus administradores, liquidadores de hecho o de derecho y apoderados generales* - haya generado o agravado el estado de insolvencia con dolo o culpa grave.

Como quiera que este mecanismo causal que previene el artículo 164.1 de la LC conlleva evidentes dificultades probatorias, el legislador entendió que debía

facilitarse el trámite de esta sección y, para ello, introdujo una serie de presunciones de culpabilidad del concurso que, en algunos casos, admiten prueba en contrario y, en otros supuestos, no.

Las presunciones de culpabilidad, como señala la AP Madrid en su Sentencia de 30-01-09... responden al hecho de que el legislador ha tenido en cuenta la experiencia anterior a fin de tipificar aquellas conductas que, por su gravedad, resultan merecedoras de un especial reproche... y, que en la práctica... constituyen la mayor parte de los supuestos de culpabilidad en los concursos.

① El Mecanismo Causal. Ya hemos dicho cómo el artículo 164.1 de la LC prevé la declaración de culpabilidad de un concurso cuando en la sección de calificación se acredite que la insolvencia ha sido generada o agravada con dolo o culpa grave.

Sin embargo, el mecanismo causal que es un engranaje tradicional en nuestro derecho de daños, en la realidad procesal, conlleva una prueba que puede resultar muy compleja, de ahí que sólo procederá la declaración culpable cuando concurren tres circunstancias:

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">a) Una acción u omisiónb) Concurrencia de dolo o culpa gravec) Relación de causalidad entre acción y generación o agravación del resultado |
|--|

a) Acción u Omisión. Debe ser con carácter general anterior a la declaración del concurso; si el hecho es posterior puede pensarse que no influiría en la culpabilidad del mismo (AP Barcelona 20-01-09)... si bien no deja de ser cierto que un deudor puede agravar el estado de insolvencia con actos que no quedarán sin reacción jurídica en la pieza de calificación, por cuanto, entre otros, es significativo y concurrente en nuestra jurisprudencia que la falta de colaboración del deudor durante el procedimiento constituya una presunción de culpabilidad del concurso como luego veremos.

Como supuestos prácticos declativos de responsabilidad por nuestra jurisprudencia, pueden destacarse los siguientes:

- Por acción... a) aquellos que malvendan activos de la sociedad antes de la declaración de concurso; b) quienes a sabiendas de la situación de insolvencia abona deudas al socio único de la compañía aunque estuviesen vencidas (AP León 08-10-10); c) el que no ingresara o distrajera el importe de un pagaré abonado a la sociedad (JM Coruña 20-06-09); d) el que no reclamase de los accionistas el desembolso de dividendos pasivos (AP Asturias 08-01-09); e) el que no diera de alta a los trabajadores de la compañía, agravando la insolvencia en virtud de las consecuencias económicas del incumplimiento de los deberes de índole laboral (AP Alicante 18-06-10)

- Por omisión... a) el administrador cuya inactividad o dejación de funciones llegase a agravar la situación a consecuencia del aumento exponencial del déficit patrimonial de la compañía (AP Madrid 0502-08, EDJ 23383 y AP Barcelona 30-01-09)

b) Dolo o Culpa Grave. La LC, a diferencia de la legislación anterior con relación a la negligencia leve o simple, sólo asocia la culpabilidad a los casos de culpa grave que, tradicionalmente se viene equiparando al dolo y, por tanto, **no castiga la gestión negligente, sino la dolosa o gravemente negligente**; toda vez, en palabras del JM Coruña 15-04-10... no constituye acción gravemente negligente la asunción de un riesgo empresarial, aún cuando tuviere su origen en operaciones con un componente altamente especulativo.

c) Relación de Causalidad. La ley **no sólo exige un elemento intencional a partir de una determinada conducta**, sino **también una relación de causalidad entre la conducta negligente del deudor y el estado de insolvencia en que se encuentre, en cuanto a causa eficiente de la misma o de su gravamen...** de manera que... un deudor que haya incurrido en negligencia grave pero sin que ésta haya tenido consecuencias patrimoniales, no podrá ser declarado culpable de una insolvencia inconcurrente con aquélla.

Constituyen **ejemplos de culpabilidad en nuestra jurisprudencia:**

1. El **pago anticipado de deudas no vencidas a determinados acreedores inmediatamente antes de la declaración de concurso**, con independencia de la acción de rescisión que no altera el juicio de calificación (**JM Coruña 20-06-09**)

2. La realización de **pagos o anticipos sin soporte documental ni justificación** (**JM Madrid 5 16-02-06**) o la **disposición de fondos de la sociedad sin causa justificada** (**JM Barcelona 2 09-05-06**)

3. El **despido de los trabajadores de la sociedad de forma individual, prescindiendo de cuanto previene e impera la legislación en materia de despido colectivo**, por cuanto ocasiona a la empresa una mayor carga laboral adicional, como consecuencia de la nulidad de los despidos y el devengo de los salarios hasta la regularización de la situación (**AP Alicante 21-11-07**)

4. El **otorgamiento de garantías a una sociedad vinculada a la concursada sin existir contraprestación alguna y sin que se produjera su revocación posterior** (**JM Madrid 7 11-04-08**)

5. La **sobrefinanciación a partir de una misma factura o pedido que es cedida a varias entidades financieras** para su descuento o anticipo, por aumentar el pasivo de la sociedad sin la correspondiente cobertura o garantía de activo (**AP Barcelona 14-09-09**)

© Las **Presunciones salvo prueba en contrario** (LC Art. 165) La LC, en su artículo 165, enumera una serie de supuestos en los que se aplica una **presunción de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario**.

Más discutible, en su caso, resulta deducir **si en estos casos la ley presume sólo la culpa (el elemento intencional) o también la relación causal entre la acción u omisión y la situación de insolvencia**.

Y aún cuando pudiere parecer lógico pensar, salvo excepciones, que la concurrencia de una presunción eximiría de probar el nexo causal... la jurisprudencia viene entendiendo, de forma mayoritaria, aunque no unánime, que las presunciones iuris tantum sólo abarcan el elemento subjetivo (dolo o culpa), pero no el nexo causal que requerirá de prueba en todo caso (AP Madrid 17-03-09, AP Córdoba 28-03-08 y AP Jaén 10-03-08)

- Las presunciones de culpabilidad iuris tantum nacen del incumplimiento de un deber legal y, por tanto, cuando se incumple una obligación que la ley impone, se invierte la carga de la prueba, debiendo ser el presunto responsable de dicho incumplimiento, en aras a quedar exonerado de responsabilidad culpabilísima, el que justifique porqué y bajo qué causas o circunstancias no se hizo efectivo el cumplimiento de lo debido; cuestión nada sencilla y de prueba compleja para aquél.

- En cuanto a los deberes por cuyo incumplimiento la ley presume la culpabilidad, podemos encontrar algunos propios y específicos del procedimiento concursal y, otros, nacidos de obligaciones mercantiles comunes; deberes que en su mayor parte se enraízan en un momento anterior a la declaración de concurso, aunque también existen otros que, como veremos, pueden derivarse de actuaciones posteriores al mismo.

Pasemos pues a analizar en detalle las mismas:

a) La solicitud de declaración del concurso (LC art. 5 y 165.1). El deudor debe solicitar el concurso en el plazo de dos meses en que conoce o debiere conocer su situación de insolvencia, siempre que no haya recurrido a presentar la comunicación a la que refiere el art. 5.bis de la LC. Se trata de la obligación del administrador de la compañía de comparar el activo realizable con el pasivo exigible; esto es, conocer su ratio de solvencia... habiendo establecido la jurisprudencia más reiterada que cuando dicho ratio se encuentre en parámetros normales (1,5/2) no puede apreciarse la concurrencia de situación de insolvencia (JM Madrid 7 11-04-08).

Es importante diferenciar la presunción conteste con el retraso que pudiere haber resultado causa del agravamiento de la insolvencia, ya que se trata de dos hipótesis distintas que deben ser enjuiciadas atendiendo a parámetros distintos, toda vez... el retraso en la solicitud más allá del plazo de dos meses constituye el incumplimiento de un deber legal que daría lugar al nacimiento de una presunción de culpabilidad salvo que se acredite que dicho incumplimiento obedeció a circunstancias justificadas y ello con independencia de que dicho retraso haya podido o no agravar el estado de insolvencia ya que, en este último caso, el retraso que además conllevara un agravamiento de la insolvencia habría de ser enjuiciado bajo la perspectiva del mecanismo causal con obligación de prueba para el demandante que lo alegase (AP Barcelona 03-11-10)

En cuanto a la prueba en contrario que cabe presentar al deudor concursal a este respecto, la jurisprudencia es casi unánime al efecto de considerar que el hecho de que no se hayan formulado las cuentas anuales de la sociedad no supone impedimento alguno para que aquél pudiere o debiere conocer la ratio de solvencia de ésta (AP Pontevedra 13-03-08) pero, en su caso, sí que resulta inequívoco e incuestionable que formuladas aquéllas, en ningún caso podría aquél negar su desconocimiento (JM Madrid 7 11-04-08).

¿Qué ocurre en aquellos supuestos en los que detectada la insolvencia conforme a los ratios de activo y pasivo, el administrador se encuentra negociando con los acreedores?

Dice la jurisprudencia a este respecto que un administrador diligente debe hacer un esfuerzo razonable por evitar la insolvencia, negociando con los acreedores una solución extrajudicial (AP Guipúzcoa 12-11-07) por lo que... aguardar un tiempo prudencial sólo puede entenderse reputable dentro de los cánones elementales de la prudencia empresarial por lo que, a lo sumo, tal conducta sólo cabría ser considerada como constitutiva de culpa leve no relevante por tanto de calificación (AP Madrid 18-11-08).

En este sentido, por ejemplo, viene manifestándose la jurisprudencia de diversas Audiencias Provinciales, encabezadas por la **AP Soria** que en su **Sentencia de 02-09-08** sentó la máxima en la **declaración fortuita de un concurso que se demoró en su presentación por varios meses después de identificada la insolvencia de la concursada** (incluso después de expirar el plazo de presentación de cuentas), **aun habiendo resultado la compañía demandada y pendiendo por tanto varios procesos judiciales contra la misma...** porque tal dilación quedó justificada en el hecho de estar los administradores intentando reflotar la sociedad a través de préstamos, avales y ampliaciones de capital.

Por el contrario, otra corriente liderada por la **AP Tarragona** en su **Sentencia de 15-10-08** viene a considerar que la única y mejor forma de proteger los intereses de los acreedores y de los accionistas es dar cumplimiento exacto al deber legal de presentar el concurso antes de que expire el plazo de los dos meses prescritos por la ley.

Entre **medias de ambas corrientes**, se sitúa el **plazo legal promulgado con el artículo 5.bis de la reforma de la LC** que prevé que **el deudor que dentro del plazo de los dos meses presente una comunicación ante el Juzgado informando de haber iniciado negociaciones con los acreedores, dispondrá de un plazo adicional de 3 meses**, transcurrido el cual, sino ha conseguido superar la situación de insolvencia, quedará obligado a solicitar el concurso en el **plazo de un mes** contado desde entonces. El **artículo 5.bis no queda exento de polémica** pues ha venido a ser considerado, por parte de la doctrina más autorizada, un vehículo idóneo para el fraude de ley que pudiere ser utilizado, exclusivamente, para ganar tiempo de cara a instar el concurso y bajo intereses tan espurios como evitar entretanto la aplicación de la presunción o poner determinados negocios jurídicos a salvo de una acción rescisoria por el transcurso de dos años.

b) **La formulación de cuentas anuales** (LC art. 165.1.3º). Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad **no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, en su caso, o no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso, se presumirá que ha obrado dolo o culpa grave...** y **ello con independencia de que del hecho se derive o no un gravamen de la insolvencia...** ya que lo que **la ley castiga es un incumplimiento que de por sí se considera lo suficientemente grave** (AP Pontevedra 22-12-10)... de ahí a su vez que cuando la causa de la calificación culpable sea la presunción conteste... **los tribunales**

optan por condenar solidariamente a todos los administradores, en la medida que se entiende que dicha obligación recae sobre la totalidad de los miembros del órgano de administración de la concursada (JM Madrid 1 16-01-07).

¿Qué ocurre cuando las cuentas hayan podido ser depositadas, pero se haya verificado la misma fuera de plazo?

La jurisprudencia no es unánime al respecto; por un lado están los jueces que estiman que atendiendo al tenor literal del precepto no se podría aplicar esta presunción que únicamente revela como culpabilísima la falta de presentación de las cuentas (JM Málaga 22-05-06) y, por otro, los que entienden que la publicación posterior no excluye la aplicación de la norma, salvo que en este caso se acredite indubitadamente la ausencia total de relevancia a efectos del gravamen o déficit concursal (JM Madrid 1 16-01-07)

c) Deberes posteriores a la declaración de concurso (LC art. 165.1.2º). Tal deber se traduce en la obligación por ministerio e imperio de ley de todo deudor concursal de colaborar con el juez del concurso y/o con la administración concursal (art. 42.1 LC), de proporcionar información (art. 42.1 LC) y asistir a la junta de acreedores, por sí o por medio de apoderado (art. 117.2 LC)... de manera que lo contrario se perfecciona en presunción de dolo o culpa grave ya que, como dice de forma casi unánime la jurisprudencia, la falta de colaboración del deudor después de la declaración del concurso hace prever que el estado de insolvencia quedará agravado (AP Córdoba 28-03-08)

③ Las Presunciones que no admiten prueba en contrario (LC Art. 164.2). Todo concurso de acreedores habrá de calificarse como culpable, en todo caso, y a modo de presunción absoluta, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Incumplimientos contables
- b) Simulación de situación patrimonial
- c) Inexactitud grave en los documentos presentados por el deudor

- d) Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores
- e) Desaparición fraudulenta de bienes
- f) Apertura de liquidación por incumplimiento imputable de convenio

a) **Incumplimientos Contables.** Es culpable el concurso en el que el deudor obligado a la **llevarza de contabilidad haya incumplido de forma sustancial esta obligación**, por lo que esta presunción se nutre de la legislación mercantil en cuanto a los libros y la forma de llevarlos:

1. En cuanto a los **libros contables** se exige la llevarza de un libro **diario**, una de **inventarios** y otro de **cuentas anuales** (**CCom. art. 25**). La **inexistencia del diario determina la culpabilidad del concurso** lo que ocurre asimismo cuando, aun existiendo, **presenta graves anomalías** (**JM Palma de Mallorca 1 21-12-07, EDJ 285230**)... no obstante lo cual hay jueces que entienden que **es necesario una prolongación en el tiempo de esta situación, de manera que no sería un hecho significativo una falta transitoria de la contabilidad que dura dos o tres meses y se corrige después** (**JM Madrid 1 16-01-07, EDJ 41271**)

2. La definición de libros contables **excluye la culpabilidad por la ausencia de otros libros imperantes por ley**, como lo son el de **actas** (**RRM art. 106, LSC art. 250**) o el de **contratos con el socio único** en los casos de sociedades unipersonales (**LSC art. 16.1**)

La ley **asimila a la falta de llevarza de la contabilidad** a:

- 1. El supuesto de **doble contabilidad**
- 2. La existencia de **irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera o patrimonial de la empresa** (este supuesto es el que más aplicación tiene en la práctica)

En la práctica y a favor de la aplicación de esta presunción y en orden al enjuiciamiento de la conducta de los administradores, juega un papel determinante el **informe de los auditores**, de manera que:

- Cuando un auditor deniega opinión porque **no puede verificar la autenticidad de los saldos o la razonabilidad de los datos contables...** su informe resulta decisivo a los efectos de calificación como culpable del concurso (**JM Málaga 1 13-02-09, EDJ 69390**)

- Si por el contrario el auditor se ha limitado a hacer una **salvedad** advirtiendo que el **criterio seguido por los administradores es admisible, aún con incertidumbres**, deberá descartarse la existencia de irregularidades relevantes (**AP Madrid 24-03-09, EDJ 77994**)

Junto al supuesto de llevanza de contabilidad, que parece no presentar muchas dudas en nuestra jurisprudencia... **la ley también refiere a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que deberán ser apreciados por el juez según el caso.** Así:

1. Incumplimiento Sustancial. Refiere a las **obligaciones impuestas por la normativa mercantil, no sólo desde un punto de vista formal**, sino sobre todo teniendo en cuenta el **criterio de la imagen fiel (CCom. arts. 28 y 34), desechándose a efectos culpabilísimos el principio de la importancia relativa**, de modo que... **puede admitirse la no aplicación estricta de la normativa cuando, en términos relativos, sea escasamente significativa (JM Barcelona 4 31-05-06, EDJ 359337)**

2. Irregularidad Relevante. Es aquélla que **genera confusión sobre la verdadera situación financiera, lo que en la práctica suele revelarse en los supuestos de la contabilidad que no permite el seguimiento de las operaciones realizadas de manera que deviene casi imposible determinar la situación de la sociedad (AP Madrid 13-02-09)**; es la llamada **conurrencia del plus de gravedad**, a salvo de las **excepciones** que se citan:
a) **no sería el caso de una sociedad que de forma incorrecta ha preparado un informe de auditoría con arreglo al modelo abreviado sino induce a error (AP Soria 02-09-08)** o
b) **el de la sociedad que tiene una única cuenta global de clientes que permite conocer su contenido, aunque contablemente este criterio pueda no ser correcto (JM Madrid 5 17-06-09)**

Supuestos prácticos contemplados por la jurisprudencia:

1. Existe irregularidad relevante en el caso de **falta de provisión de fondos de saldos de dudoso cobro arrastrados desde hace tres años**, pues de haberse contabilizado la empresa habría sufrido pérdidas en vez de beneficios y estaría en situación de fondos propios negativos (AP Alicante 18-12-08)

2. Cuando exista una **absoluta desproporción entre las existencias contabilizadas y la realidad de las mismas**, pues con ello se altera de forma sustancial la realidad financiera de la empresa (AP León 13-10-09)

3. La falta de **contabilización de deudas fiscales resultantes de liquidaciones tributarias de importe significativo**, pues con ello se altera de forma sustancial la realidad financiera de la empresa (AP Alicante 18-12-08)

4. La falta de **contabilización como activo del fondo de comercio, con las oportunas provisiones, cuando exista incertidumbre sobre los resultados futuros**, pues con ello se altera de forma sustancial la realidad financiera de la empresa (AP Lugo 11.06-07)

5. La inclusión de **una factura de cuantía muy elevada que no se corresponda a un derecho de crédito por tratarse de un pedido anulado** (AP Barcelona 14-09-09)

6. La aparición durante periodos de inactividad de la empresa de **notables variaciones entre el activo (incremento de deudores) y el pasivo (acreedores a corto plazo)** (AP Madrid 30-01-09)

7. La falta de **mención en la memoria de la existencia de garantías prestadas a favor de terceros o de sociedades del grupo** (JM 7 11-04-08)

b) Simulación de Situación Patrimonial. Es fraudulento el concurso cuando, antes de su declaración, el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia o a aparentar una situación patrimonial distinta a la real para lo que, habitualmente, suele incurrirse asimismo en una manipulación de la contabilidad o en irregularidades contables, lo que conlleva que en ocasiones ésta presunción y la anterior lleguen a confundirse en sí mismas.

Supuestos **prácticos contemplados por la jurisprudencia:**

1. Cuando **se consignen en el activo partidas falsas (p.e. cuentas a cobrar)**, no así cuando correspondiéndose con la realidad sea discutible la necesidad de darlo de baja o provisionarlo **(JM Madrid 1 16-01-07)**

2. La **contabilización como fondos propios de pasivos derivados de un préstamo** **(AP Valladolid 21-10-10)**

3. Por contra, **la aplicación de un criterio contable razonable, por más que sea incorrecto, no da lugar a la aplicación de la presunción**, máxime cuando el deudor haya explicado las premisas en las que apoya su criterio **(JM Barcelona 4 11-02-06)**

c) Inexactitud grave en los documentos presentados por el deudor. Es culpable asimismo el concurso en el que el deudor haya cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos unidos al rector de su solicitud de declaración de concurso, o bien en aquellos casos en los que hubiere presentado documentos falsos.

La **gravedad** que, en cada caso habrá de ser valorada por el juez, **se convierte en la piedra angular de esta presunción** y, como tal... **ha sido declarado de forma casi unánime por la jurisprudencia que cuando el criterio documental empleado por el deudor sea razonable, aún siendo inexacto, y derive de una diferente valoración jurídica sobre la que no quepa establecer falsedad, manipulación o sesgo, no podrá declararse la culpabilidad de aquél** **(JM Barcelona 3 18-02-08)**

Debe señalarse, por su importancia y relevancia a los términos de esta doble ponencia en cuanto a los efectos mercantiles y penales, que **la falsedad que aquí se analiza no es un concepto penal, sino civil**, sin que su pronunciamiento vincule por tanto a la jurisdicción criminal; ausencia de vinculación que, a su vez, resulta igualmente recíproca para los juzgados de lo mercantil frente a la instrucción de causas penales por tal concepto.

Supuestos prácticos contemplados por la jurisprudencia y aspectos esenciales:

1. El documento esencial, a estos efectos, es el **balance que aporta el deudor con la solicitud de concurso (AP Madrid 06-03-09)**, presumiéndose una inexactitud grave cuando... llegaran a descubrirse pasivos no contabilizados o cuando los activos hayan sido sobrevalorados (AP Alicante 21-11-07) o sean ficticios (AP Madrid 06-03-09)

2. Este sería asimismo el caso de la memoria que no menciona las operaciones relativas a los pagos intra-grupo de empresas o los habidos a los accionistas (AP Murcia 31-07-09)

d) Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores. Es culpable el concurso en el que el deudor se haya alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o haya realizado cualquier acto que pudiere retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución, ya iniciada, o de previsible iniciación.

¿Es afortunada la definición de alzamiento de bienes que contempla la LC?

La redacción de la LC resulta desafortunadamente similar al art. 257 del CP, siendo que el **concepto de alzamiento mercantil es puramente civil...** y ello por cuanto **requiere un perjuicio efectivo que no guarda relación con la intención del deudor (AP Murcia 30-07-09)** y, por tanto, tampoco con en el orden penal, en el que la mera intención fraudulenta de ocasionarlo sin perjuicio real es suficiente para condenar al acusado

Supuestos prácticos contemplados por la jurisprudencia:

1. Todo acto de disposición de efectivo realizado a favor de los administradores aún siendo muy anteriores del concurso y aún cuando pudieren haberse contabilizado como préstamos sino han sido debida y formalmente documentados como tales (AP Madrid 06-03-09)

2. La existencia de **desfases entre los precios de compra de bienes o productos y el efectivamente ingresado por la vendedora** (AP Alicante 21-11-07)

3. Por contra la **rescisión de un negocio jurídico no prejuzga la culpabilidad** (AP Navarra 08-02-10)

e) **Desaparición fraudulenta de bienes.** Se califica como culpable aquél concurso en el que, **dentro de los dos años anteriores a su declaración, hubieren salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.** La declaración de fraude debe ser apreciada por el juez del concurso y, una vez más, tal declaración no deriva ni vincula efectos penales o civiles distintos a los de la pieza sexta del concurso.

Dentro de las presunciones que no admiten prueba en contrario, ésta, con un criterio especialmente riguroso (AP Navarra 08-02-10), **impone la carga de la prueba a quién alegue el fraude**

f) **Apertura de liquidación por incumplimiento imputable de convenio.** Es también calificado culpable aquel concurso en el que **tras la firma de un convenio con los acreedores, el deudor se viere abocado finalmente a la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo siempre que la causa le sea imputable a su persona.**

Es por ello que la LC en su art. 167 aclara que, la pieza de calificación se incoará ex novo llegado el caso o, en su defecto, deberá reabrirse si ya se hubiera tramitado en su momento.

Supuestos **prácticos contemplados por la jurisprudencia:**

1. La jurisprudencia sobre apertura de la pieza de calificación por incumplimiento de convenio es, a día de hoy escasa. Una exposición detallada de su régimen legal puede verse en la Sentencia de la AP Las Palmas de 18-07-11 que... **no consideró culpabilidad en relación con un convenio imposible de cumplir en el que el deudor se opuso a su aprobación** (AP Madrid 06-03-09)

2. A sensu contrario, la pregunta que deja en el aire la anterior resolución, es si cabría declarar culpables y responsables del incumplimiento los acreedores que finalmente dieron lugar a su aprobación... decantándose aquélla por la resultancia de **poder efectuar tal exigencia de responsabilidad si llegase a poder demostrarse que los acreedores eran conscientes de la inviabilidad del convenio al tiempo de aprobarlo (AP Alicante 21-11-07)**

③ De las personas afectas por la calificación del concurso como culpable y de las consecuencias que para las mismas se deriva de aquélla

(A) La condición de **Autor** puede recaer sobre cualquiera de las siguientes figuras:

a) **Administradores o liquidadores de derecho**. Ambos cargos pueden ser declarados responsables en cuanto que habrían asumido la condición de miembros del órgano de administración; debiendo distinguirse:

1. En el caso de las **sociedades mercantiles...** los **administradores mancomunados o solidarios o los consejeros cuando exista un consejo de administración**

2. En las **cooperativas** el **consejo rector (AP Jaén 10-03-08)**

3. Si en el **órgano rector de una sociedad mercantil** el cargo es ejercido por una **persona jurídica, la responsabilidad recae sobre ésta (AP Barcelona 14-09-09)...** salvo en los supuestos de fraude en los que la persona jurídica es mera pantalla de una persona física ya que en tal caso es posible atribuir a ésta la condición de administrador de hecho o cómplice (**JM Barcelona 3 18-02-08**).

Supuestos **prácticos contemplados por la jurisprudencia:**

1. **Consejos de Administración...** se plantea la duda de si la responsabilidad tiene que extenderse a todos sus miembros, habiéndose decantado por la jurisprudencia en el ámbito concursal cierto distanciamiento respecto del criterio mercantil en el sentido de... **individualizar la responsabilidad atendido el análisis de la actuación de cada uno de los administradores y de su grado de implicación en la gestión (AP Pontevedra 13-03-08)**

2. **Administradores Formales sin Efectiva Gestión...** la jurisprudencia entiende que éste no es un argumento válido para que puedan ser exonerados de responsabilidad toda vez... **el administrador pasivo ha de ser declarado culpable de negligencia grave por omisión por razón de cualquier situación irregular que hay conducido a la insolvencia, pues es patente su total y absoluto incumplimiento de los más elementales deberes que resultan exigibles a un administrador (AP Madrid 14-09-09)... el abandono de (JM Barcelona 3 18-02-08).**

b) **Administradores o liquidadores de hecho.** Pueden resultar asimismo afectados por la calificación bajo el **requisito principal exigible a la sentencia de razonar y/o motivar suficientemente la atribución de esta condición (LC art. 172.2.1º)**... con la salvedad de que **basta una prueba indiciaria sólida para ello ya que, lo contrario, supondría sujetar a los tribunales a una prueba diabólica (JM Madrid 1 13-01-11)**

Supuestos **prácticos contemplados por la jurisprudencia:**

1. No goza de la condición de tal el **accionista mayoritario** de una sociedad mercantil por la mera influencia o poder decisorio del mismo en el nombramiento del órgano de administración, ni **siquiera** aún en los supuestos de **socio único (AP Pontevedra 13-03-08)**

2. No obstante aquél accionista mayoritario que **impone al administrador de una sociedad beneficiar sus propios intereses en contra de los de la propia mercantil, puede ser declarado culpable junto a éste como cómplice (AP JM Madrid 7 11-04-08)**... asimismo el **accionista mayoritario de un grupo de sociedades que asigna la producción a sus participadas de manera que el volumen de negocio de cada una de aquélla dependa de la asignación de la matriz, por atribución de cargas de trabajo según criterio irracional que beneficie a unas y lastre la solvencia de otras puede ser declarado responsable (JM Bilbao 12-07-07)**

c) **Apoderados Generales.** La reforma de la LC introdujo la mención especial a esta figura que, hasta la fecha, sólo podían quedar afectados por la calificación del concurso como administradores de hecho.

En todo caso se entiende que para su vinculación como autores culpabilísimos se **exige un poder general de representación de la concursada que les haya facultado con amplitud para operar en los mercados frente a terceros ya que los apoderamientos limitados** (p.e. un poder general a pleitos) quedan excluidos del ámbito de esta pieza.

(B) La figura del **Cómplice** recae en aquellas personas que hubieren **cooperado con el deudor en la ejecución de aquellos actos que hayan determinado la calificación del concurso como culpable**

El nivel de participación o diligencia que se exige a los cómplices es el mismo que el exigido al deudor principal; esto es... **es preciso que el cómplice haya actuado con dolo o culpa grave, presentándose en la práctica la mayor parte de los fallos de complicidad vinculados a la cooperación en actos de deudor tendentes a la minoración del activo de la sociedad.**

Nuevamente señalar **el concepto civil de complicidad en el ámbito mercantil que nada tiene que ver con el orden penal ni lo vincula.**

(C) **Consecuencias.** La **sentencia** que califique el concurso como culpable, además de determinar la causa en la que se fundamenta y las personas a las que debe afectar dicha calificación, **deberá contener en todo caso los siguientes pronunciamientos:**

- | |
|--|
| <p>a) Las consecuencias sobre la esfera patrimonial de los afectados: la pérdida de sus derechos</p> <p>b) Las consecuencias en el orden personal de los afectados: las inhabilitaciones</p> <p>c) Con carácter especial, reservado para los casos más graves, el juez puede fallar asimismo la condena a responder por las llamadas deudas sociales o déficit societario.</p> |
|--|

a) Para los **Autores** la consecuencia más relevante es la responsabilidad concursal por deudas, sin perjuicio del resto de efectos patrimoniales (LC art. 172.2.3ª) que pueden quedar unidos a la misma como son:

1. La **pérdida de derechos ostentados frente a la masa**, ya sean créditos concursales o contra la masa, que así será declarada en sentencia para la virtud de lo que finalmente haya de disponer el listado de acreedores definitivo (**JM Barcelona 3 05-10-07**)

2. La **restitución de lo indebidamente recibido de ella, con independencia de que la obtención de estos bienes esté o no asociada a los hechos que han dado lugar a la declaración de culpabilidad** (**AP Madrid 13-02-09**). La jurisprudencia se refiere en todo caso a **negocios a título gratuito, en sentido amplio** por lo que **se abarcan supuestos que van desde el uso de tarjetas de crédito de empresa, realización de transferencias sin causa o pago de servicios inexistentes** (**AP Madrid 05-02-08**)... quedan fuera por tanto los **negocios onerosos perfeccionados en condiciones de mercado**, de ahí que no hayan de restituirse p.e. los salarios o las retribuciones profesionales salvo que se acredite que son excesivos (**JM Barcelona 3 05-10-07**)

3. La **condena a indemnizar por los daños y perjuicios causados...** debiendo señalarse que se refiere **sólo a los que se deriven de la obtención o percepción ilícita de bienes ya que los causados con ello al patrimonio social son objeto de acción distinta** (**JM Coruña 20-06-06**) toda vez la sección sexta no es el cauce adecuado para exigir **responsabilidad a terceros** (**AP Zaragoza 25-11-10**)... **por contra** el criterio de otras audiencias que, con exclusión de la acción por responsabilidad social, entienden que es posible que el juez dicte una sentencia de calificación condenando con fundamento en el artículo 1902 del CC cualquier daño causado (**AP Madrid 13-02-09**)

Los tres efectos que preceden pertenecen al ámbito de la justicia rogada por lo que el juez sólo podrá fallar su condena en aquellos supuestos en los que la parte demandante los haya instado

4. La **inhabilitación para administrar bienes propios o ajenos y para actuar en representación de personas o entidades durante un periodo de dos a quince años** que se aplica tanto a personas físicas como a personas jurídicas (LC art. 172.2.2º)... la jurisprudencia más relevante considera que **la inhabilitación es un efecto que nace de ley y, en su virtud, debe ser aplicado de oficio con independencia de que haya sido petitionado por el**

demandante (JM Palma de Mallorca 10-01-08)... si bien en tal caso, para que no sea susceptible de colegirse indefensión el juez habrá de aplicarla en su grado mínimo (JM Alicante 21-11-07)

a) Para los **Cómplices** son los siguientes en los mismos términos vistos para los autores:

1. La pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar como acreedor concursal o acreedor de la masa
2. La obligación de devolver a la masa activa lo que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa
3. La indemnización de los daños y perjuicios causados

Lo más significativo y que diferencia a una y otra figura es que la responsabilidad por deudas no resulta exigible a los cómplices (AP Córdoba 28-03-08)

(D) **Responsabilidad por Deudas (LC art. 172.bis)**. Se trata del instrumento más severo que regula la ley en cuanto a su alcance objetivo (en cuanto puede obligar al autor a responder del total del pasivo concursal no cubierto en la liquidación) y subjetivo (en tanto puede abarcar a los culpables con el límite temporal de los dos años anteriores, sean o no administradores a la fecha de solicitud del concurso)

La LC establece dos niveles de enjuiciamiento en sede de calificación (AP Barcelona 25-03-08):

1. El **primero** se refiere a la calificación propiamente dicha y a los pronunciamientos contenidos en el art. 172.2 de la LC

2. El **segundo**, que presupone el primero, **refiere a la condena al pago de los créditos no satisfechos en la liquidación** conforme el art. 173.3 LC

Esta **condena** supone un **facultad discrecional del juez** que puede aplicar o no a su criterio, así como **determinar su extensión subjetiva** (a qué administradores condena) y **objetiva** (si la extiende a todo o parte del pasivo no cubierto)

- En cuanto al pasivo no cubierto debemos referirnos, a partir de la reforma de la LC a lo que la misma plebiscita como **cobertura de déficit** que, lejos de resolver la cuestión, ahonda en una doble vertiente jurisprudencial respecto a lo que debe entenderse como tal... esto es, **entre los juzgados que opinan que refiere sólo a los créditos concursales (JM Málaga 22-05-06)** y aquellos otros que... **incluyen asimismo los créditos contra la masa (JM Oviedo 05-11-07)**, pasando por una **tercera corriente intermedia que, respecto de los créditos contra la masa, sólo entiende exigible la responsabilidad respecto de los nacidos con posterioridad a la sentencia de calificación (AP Madrid 13-02-09)**

- Llegados a este punto, requiere una simple mención, por cuanto un especial análisis de la cuestión daría para una ponencia propia y exclusiva de su tenor, la **naturaleza de esta responsabilidad** que ha planteado un **arduo debate en nuestra jurisprudencia hasta el punto de poder distinguirse tres corrientes doctrinales que la califican y definen de modo absolutamente distinto las unas de las otras:**

1. La tesis sancionadora que **trata la responsabilidad a modo de sanción (AP Huesca 29-01-08 y AP Zaragoza 08-10-10**, entre otras muchas)... la cual se apoya en la interpretación literal del precepto que no exige la prueba de nexo causal, así como la consideración de que la responsabilidad causal ya está cubierta en el inciso final del art. 172.2.3º

La crítica que se hace de esta postura es que siendo una sanción y quedando su aplicación a criterio del juez, sin limitación o parámetro alguno por ausencia de prueba sobre su

nexo causal, difícilmente puede considerarse en favor del demandado una mínima seguridad jurídica

2. La tesis causal que considera la responsabilidad como de carácter resarcitorio por daño y culpa (AP Barcelona 14-09-09)... defendiendo un criterio causal que exige al juez un análisis detallado de la conducta del administrador y de las consecuencias de ésta

La crítica que se hace de esta postura es que exigiendo prueba sobre la relación de causalidad, podría darse la paradoja de castigar al administrador que llevase doble contabilidad, pero sin embargo verse obligado a dejar sin condena al administrador que no ha llevado contabilidad alguna (JM Barcelona 4 31-05-06)

3. La tesis intermedia que responde al esquema de la responsabilidad subjetiva por culpa (AP Madrid 27-09-06) que permite, al contrario que su antecedente, condenar al administrador por falta de llevanza de contabilidad sobre la base de entender que tal omisión es constitutiva de una conducta dolosa o cuando menos culposa grave

Es tan intenso el debate y la discusión doctrinal que, como hemos referido, un análisis en profundidad de la cuestión, nos exigiría una ponencia única sobre este aspecto; aspecto que por otro lado es de vital conocimiento para la defensa de los intereses del concursado toda vez la tesis que se mantenga determinará el alcance objetivo de la responsabilidad por deudas (para la causal la responsabilidad se impone en función del quebranto causado al patrimonio del administrado y no tomando como referencia la satisfacción del crédito de los acreedores, mientras que para la sancionadora la condena es de plano a responder de la totalidad del déficit concursal y la intermedia, a su vez, revela porcentajes según tres grupos de conductas: las graves - doble contabilidad, inexactitud grave, falsedad, alzamiento - en los que se impone de 75%/100% de las deudas, las intermedias - incumplimiento sustancial, irregularidad relevante, cuentas anuales - en los que se impone de 30%/75% de las deudas y las leves - incumplimiento de presentación del concurso, deber de colaboración - en los que se impone de 30% de las deudas de ahí que recomendamos la lectura de los siguientes artículos doctrinales:

a) La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia

...de Don José Luis Díaz Echegaray, Doctor en Derecho y Abogado, publicado en el Anuario de Derecho Concursal núm. 29 (Mayo-Agosto de 2013, pág. 153 a 202)

b) La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal ex art. 172.bis

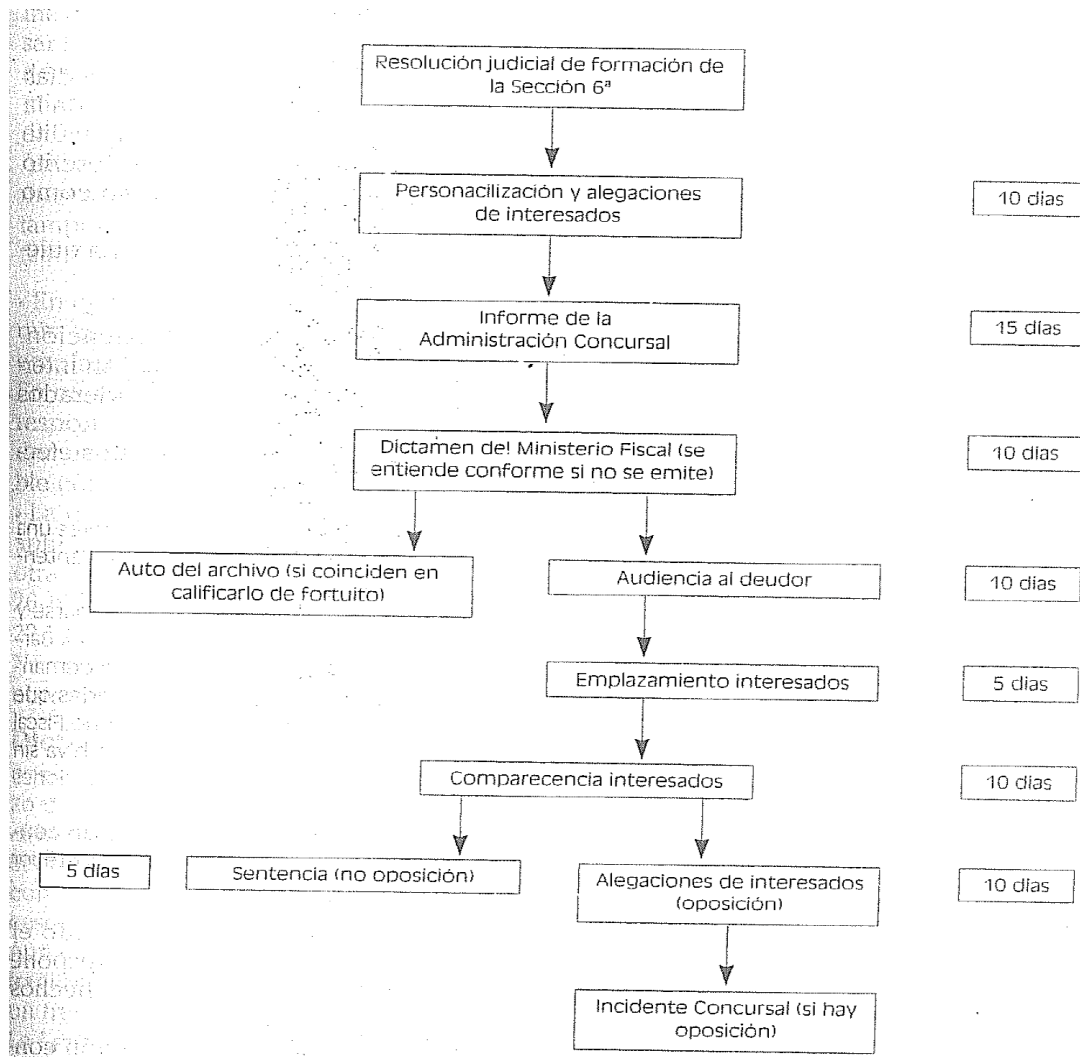
...de Doña Lourdes Garnacho Cabanillas, del Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

④ **Tramitación de la sección de calificación**

En nuestra introducción hacíamos mención ya al hecho de que **la calificación del concurso se tramita en pieza separada que viene a constituir la sección sexta del procedimiento concursal**, en cuyo trámite interviene el **Concursado**, el **Ministerio Fiscal**, y la **Administración Concursal**.

Si tanto el **Ministerio Fiscal** como la **Administración Concursal** coinciden en **declarar el concurso fortuito...** el juez mandará **archivar las actuaciones sin más trámite**; en otro caso la calificación se decidirá tras dar audiencia al concursado y a todas aquellas otras personas que pudieren resultar afectas por la calificación.

(A) **Procedimiento (LC arts. 167 a 171)**. Con carácter general , y salvo especialidades que luego se dirán, la sección de calificación se desarrolla según el siguiente esquema:



a) Apertura de la Sección (LC art.167.1) Se abre en:

1. Aquellos procesos concursales concluidos por convenio que prevea una espera superior a tres años o una quita superior a un tercio de los créditos, siempre que tal convenio resulte aplicable a la totalidad de los acreedores o al menos a una clase de aquellos; cuando el convenio contemple varias de estas alternativas, bastará con que una de ellas exceda estos límites para que proceda la apertura de esta sección (AP Madrid, 30-12-10)

2. Concursos que conduzcan a la apertura de la fase de liquidación, a tenor de la literalidad del artículo 172.bis conforme la reforma introducida por el número 99 del artículo único de

la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que promulga las llamadas **consecuencias de la cobertura del déficit**.

b) Personación de interesados (LC art.168) Plazo de 10 días para que cualquier acreedor con interés legítimo pueda personarse y ser parte en la sección con plenas facultades procesales, realizando por escrito alegaciones, evitando con ello situaciones de indefensión.

En la práctica procesal, debido a la información limitada de la que suelen disponer los acreedores, rara vez suelen tener un papel protagonista o decisivo en la tramitación y conclusión de la misma.

Límites a las facultades procesales de los interesados

1. No pueden formular recurso alguno respecto de la solicitud de archivo por consideración de concurso fortuito que se efectúe de común acuerdo por el MF y la AC. En el resto de supuestos sus facultades son plenas, incluidas las de recurso (**JM Barcelona 3 05-10-07**)

2. No les corresponde fijar los hechos o las pretensiones que hayan ser objeto de enjuiciamiento, papel reservado por ley al MF y a la AC (**AP Pontevedra 23-12-10**)

c) Informe de la Administración Concursal (LC art.169.1) Plazo de 15 días. Tiene el carácter de verdadera demanda, por lo que requiere la racionalidad de hechos y de fundamentos de derecho, así como el orden de la prueba que considere relevante a los efectos del enjuiciamiento.

En cuanto a las pretensiones, la AC ha de concluir su informe con una **propuesta de calificación** que, si fuera de culpabilidad, deberá **expresar las personas que han de ser consideradas como autores o cómplices y aquellas otras a las que se entienda pudiere afectar dicha calificación; determinar las consecuencias de la calificación del concurso de conformidad con el principio civil de justicia rogada** (**JM Alicante 21-11-07**).

A las pretensiones de la AC le es inherente el **principio de preclusión**, de manera que no cabe que puedan ser añadidas otras con posterioridad a la demanda (**JM Coruña 20-06-06**)

¿Puede el demandado alegar litisconsorcio pasivo necesario cuando el administrador concursal no demande a todos los miembros de un consejo de administración cuyo grado de intervención en la gestión de la empresa sea idéntico?

Aún cuando la AC debe procurar que la relación procesal quede constituida de forma adecuada, de manera que sean llamadas todas aquellas personas que pudieren resultar afectadas por la pieza de calificación, tal defecto no supondría un problema de litisconsorcio pasivo necesario, pues siendo la responsabilidad en principio solidaria, es potestad del actor decidir a quién demanda (**AP Madrid 12-04-07**), lo único que sucedería es que no sería posible la condena de los no llamados como tal parte (**JM 3 18-02-08**)

d) Informe del Ministerio Fiscal (LC art.169.2) Plazo de 10 días desde la notificación del informe del AC, el cual puede ser prorrogado por el juez por igual plazo, según su criterio discrecional. Si le MF no emite informe dentro del plazo conferido, se le entiende conforme con el de la AC y el proceso sigue su curso.

El MF no está vinculado por el informe de la AC y, si contesta, queda sujeto al mismo rigor del carácter de verdadera demanda

e) Auto de Archivo (LC art.170.1) Se dicta por el juez si los informes del AC y del MF proponen la calificación del concurso como fortuito. Contra este auto **no cabe recurso alguno**.

f) Audiencia y Emplazamiento (LC art.170.2 y 170.3) Si los informes del AC y del MF proponen la calificación del concurso como culpable, el juez:

1. Dará audiencia al deudor por término de 10 días para que alegue lo que interese a su derecho

2. Mandará emplazar, por término de 5 días, a todos los que pudieren resultar afectados por la calificación del concurso, a lo que dará vista de lo actuado y concederá un plazo de diez días para alegaciones sino lo hubiesen hecho antes

g) Comparecencia y Alegaciones (LC art.171). Los interesados que comparezcan y formulen alegaciones deberán, con la exigencia y rigor procesal de un escrito de contestación a la demanda:

1. Mostrar su conformidad con la calificación propuesta en cuyo caso el juez dictará sentencia en el plazo de 5 días

2. Manifestar su oposición, pasando la pieza a tramitarse por los cauces del incidente concursal

h) Juicio o Vista. Los vista se celebra de conformidad con lo que se establece para los incidentes (LC art.197). No es preciso reproducir en el acto de juicio la prueba que conste ya practicada en las restantes secciones del procedimiento (**AP Murcia 31-07-08**)

Conclusa la vista, y aún cuando la ley no lo prevé de forma expresa, es habitual que el juez conceda a las partes un trámite de conclusiones antes de declarar el incidente visto para sentencia. Tales alegaciones, incluso, se permiten que se evacuen por escrito en caso de especial complejidad (**JM Barcelona 3 05-10-07**)

i) Sentencia de Calificación (LC art.172). La **sección de calificación concluye por sentencia** que declarará el concurso bien como **fortuito**, bien como **culpable** e **identificará**, en este último caso, a las personas afectas por esta declaración y las causas que fundamentan el fallo de tal calificación, estableciendo **las consecuencias que en su perjuicio habrá de depararles la calificación de culpabilidad**.

En cuanto a la **congruencia del fallo**, la jurisprudencia viene decantándose por una cierta flexibilidad del mismo en orden a las pretensiones planteadas, admitiéndose la existencia de pretensiones implícitas... lo que no sucede en cuanto a los hechos alegados como determinantes en los que no cabe apreciación de oficio.

j) **Recursos**. Sólo cabe apelación en los mismos términos planteados en el debate incidental sin introducir nuevas circunstancias.

k) **Ejecución**. Está legitimado para solicitar la ejecución de la condena a responder por deudas la AC y... en su caso, los acreedores que hubiesen instado por escrito la ejecución si transcurrido un mes desde su requerimiento, la misma no hubiere sido instada por el AC (**LC art. 172.bis.2**).

Las cantidades que se recuperen en vía de ejecución se integrarán en la masa del concurso

(B) Especialidades Procedimentales (LC arts. 167.2 y 174-175)

a) **Incumplimiento de Convenio** Cuando se prueba un convenio de los que hubiesen dado lugar a la apertura de la sección sexta (quita superior a un tercio o espera de tres años) y, con posterioridad, resulta éste incumplido, es necesario la apertura de la pieza separada en orden a analizar las causas del incumplimiento y la responsabilidad a que pudiere haber lugar.

En estos casos, al abrirse fase de liquidación, el juez ordenará la reapertura de la sección sexta a los efectos de la calificación del incumplimiento.

Como particularidad de este procedimiento, hay que señalar que tanto los interesados como el MF y la AC han de limitar sus alegaciones a determinar la calificación relativa exclusivamente al incumplimiento.

b) Intervención Administrativa En los supuestos en los que por ser el deudor un sujeto sometido a intervención administrativa, se planteara la posición concursal del mismo, el juez competente para declarar el concurso sólo estará habilitado para tramitar la sección sexta, sin previa declaración del concurso ya que las medidas de liquidación y disolución, por ser administrativas, serán adoptadas por la autoridad supervisora correspondiente.

Especialidades de **trámite respecto del régimen general:**

1. El plazo de personación de los interesados es de 15 días en vez de 10
2. No existe AC por lo que el informe de calificación corresponde ser emitido por la autoridad administrativa



MIGUEL ANGEL ROCA DEL RIO
ABOGADO. COLEGIADO 3968 REICAZ
C/ La Paz, Núm. 6, 5º A. 50.008, Zaragoza
Tfno. 976 484 788 / Fax. 976 484 789
Mail: mroca@sudespachojuridico.com
Web: www.sudespachojuridico.com

