

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

DERECHO



TRABAJO DE FÍN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO: 2016-2017

**El carácter fortuito o culpable del concurso de acreedores a la luz de la
Jurisprudencia.**

Nombre: Cristian Pastor Ruiz

Tutor: D. José Carlos Espigares Huete.

ÍNDICE

1.-Introducción.....	2
2.- El sistema de calificación de la Ley Concursal.....	3
• La finalidad de la calificación del concurso.....	5
• Estructura de la calificación.....	7
• Sentencia de calificación.....	10
• Congruencia de la sentencia de calificación.....	12
• Objeto y funciones de la calificación.....	13
3.- Clases de Concurso	
• Concurso Fortuito.....	16
• Concurso Culpable.....	17
- Presunciones Legales sobre la culpabilidad del concurso.....	19
4.- Jurisprudencia a propósito de las presunciones.....	26
5.- Jurisprudencia relevante sobre la calificación del concurso.....	34
6.- Bibliografía.....	44
7.- Conclusión.....	45

INTRODUCCIÓN

La calificación del concurso constituye, en palabra de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio, una de los ámbitos en las que la Reforma ha sido más incisiva “. La presente investigación tiene por objeto el estudio de esta pieza primordial del nuevo Derecho Concursal , que ha sustituido el antiguo sistema de clasificación de las quiebras. Su interés dogmático radica en la doble función que persigue, por un lado no se trata de un expediente represor del deudor concursal por el mero hecho de la insolvencia, sino de un mecanismo jurídico de valoración de la conducta del deudor que ha podido, de forma inmediata o mediata, a través de actos u omisiones, infringir deberes inherentes a una regular y prudente administración patrimonial , así como vulnerar deberes de naturaleza concursal. De otro, y a diferencia de un derecho histórico que disciplinó la calificación de la quiebra como mero instrumento previo para la imposición de sanciones penales, en la nueva regulación del concurso, la calificación constituye, por sí misma, un expediente que, cumplido el supuesto de hecho previsto legalmente, proyecta sobre los infractores en interés en público, tanto medidas de naturaleza personal, como medidas de naturaleza patrimonial que persiguen, en interés privado de los acreedores, el incremento de la masa activa del concurso. La nueva regulación de la calificación concursal exige, consecuentemente, un replanteamiento de la función que la doctrina y la jurisprudencia han asignado tradicionalmente a la institución, pues su carácter y efectos autónomos, en el ámbito del proceso concursal, constituyen, en el moderno derecho concursal español, un cambio esencial, al que elude explícitamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Este estudio nace básicamente de dicho replanteamiento y es el resultado de una interpretación funcional de las normas que integran la disciplina concursal, especialmente, las que se contemplan en los art. 163 a 174 de dicha Ley. De ahí que, como en anteriores estudios en los que afrontábamos problemas de difícil interpretación y aplicación normativas en el ámbito del Derecho Concursal y del Derecho de Sociedades, hayamos optado por un análisis sistemático que proporcione al objeto de estudio lo que el sistema da a la norma: la unidad de sentido y la mejor comprensión de las partes para una visión o comprensión del conjunto.

EL SISTEMA DE CALIFICACIÓN EN LA LEY CONCURSAL.

La regulación de la calificación de la Ley Concursal se encuentran en los artículos 163, 164 y 165 LC. El Título VI de la Ley Concursal se destina a regular la calificación del concurso, a los efectos de valorar la conducta del deudor en relación con el agravamiento de su insolvencia.

La Calificación del concurso es definida por la doctrina como una operación eventual del procedimiento destinada a sancionar civilmente aquellas conductas del concursado, de sus representantes legales, de sus apoderados generales, de sus administradores o liquidadores, de sus socios, aunque gocen de responsabilidad limitada, e incluso de terceros, que hubieran provocado o agravado el estado de insolvencia que determina la declaración del concurso.

La característica de la eventualidad es donde cobra sentido la distinción entre concursos, calificables y no calificables, un concurso calificable procede cuando la formación de la sección de calificación y, por consiguiente, el enjuiciamiento de la conducta del concursado, al objeto de aplicarle la sanción correspondiente, considerándose como calificable al concurso en todos los supuestos en los que se haya aperturado la fase de liquidación o cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio especialmente gravoso para los acreedores (quitas superiores a 1/3 del importe de los créditos o esperas superiores a 3 años). Un concurso no será calificable en caso en el que no concurre ninguna de las dos circunstancias anteriores , y por ello, no se enjuicia ni se sanciona las conductas eventualmente culpables si se logra un convenio razonablemente satisfactorio para los acreedores.

La mayoría de los autores y el criterio de la Jurisprudencia, es que la Ley Concursal dota a la calificación de un carácter redistributivo y preventivo, en la idea de indemnizar determinados déficits concursales, manteniendo un instituto represivo de menor importancia. Se entiende que, una vez escindida la represión penal y la civil, puede ser ésta segunda más eficaz, pero dirigida no a insistir en una función sancionadora del concurso, sino restitutoria.

La calificación de la conducta que dio lugar a la insolvencia tiene una relevancia civil en exclusiva y como único objeto la determinación de la culpa o fraude, pero en

función, más de indemnizar a la masa pasiva, que en la de pretender un castigo al concursado.

Se pretende depurar si el comportamiento del deudor o de otros sujetos, directamente o por vía accesoria, ha contribuido a la generación o agravamiento del estado de insolvencia, depurando a tal fin las correspondientes responsabilidades a través del cuadro de sanciones que recoge en artículo 172 de la Ley Concursal, y en su caso la responsabilidad concursal del artículo 172 bis¹ de la Ley Concursal.

Cabe recordar que la calificación sólo procede en un concurso declarado, como regla general, siendo la excepción los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso; caso previsto en el artículo 174 de la LC, en el que se formará una sección autónoma de calificación sin previa declaración de concurso.



¹ 172 bis “ Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos.
2.- La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal.
3.- Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.
4.- Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación. “

LA FINALIDAD DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO²

“ La finalidad prioritaria del concurso es la de sancionar al concursado o sus administradores o socios, como autores o cómplices de una conducta que es considerada como reprobable por la LC, expresando la defensa del interés público en el concurso, de terceros eventuales futuros acreedores y de la seguridad del tráfico, configurándose como una medida punitiva frente a quienes, con su conducta, han provocado el quebranto económico de otros sujetos³.

Puede definirse la calificación⁴ como un juicio acerca del proceder del deudor común en estado de insolvencia o de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y de las demás personas afectadas por la calificación.

La declaración del concurso no implica de por sí ningún reproche de la actuación precedente generadora de la insolvencia, como recuerda la mejor doctrina⁵; ni la búsqueda y depuración de las posibles responsabilidades en que se haya podido incurrir más allá de lo que pueda permitir el resarcimiento de los daños causados al patrimonio de los concursados y a la masa de los acreedores; por ello, no pueden considerarse las limitaciones en los derechos fundamentales y en las facultades patrimoniales del deudor, o la impugnación de los actos perjudiciales para la masa, ningún castigo a conductas poco cuidadosas o irresponsables del deudor o sus representantes, sino medidas que persiguen favorecer la mejor y más pronta satisfacción del conjunto de los acreedores.

La calificación puede dar lugar a la declaración del concurso como culpable o fortuito, y es culpable el concurso cuando la situación de insolvencia se ha creado o agravado de forma dolosa o gravemente negligente, careciendo de consecuencias la negligencia simple. También hay que tener en cuenta el sistema de presunciones (hablaremos más adelante) que establece la Ley, que en la práctica constituyen los supuestos más frecuentes de culpabilidad. Por ello, en la SAP de la Sección 8ª de la AP de Alicante de

² VII Jornadas sobre Derecho Concursal. ICAE (Noviembre 2016) D. José Luís Fortea Gorbe (Magistrado)

³ Gallego Sánchez. E. pag. 689. Para esta autora, la calificación se separa de la finalidad genérica del concurso, que consiste en la satisfacción de los acreedores.

⁴ Díaz Echegaray, J.L. Calificación del concurso. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Thompson-Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp.22

⁵ Vázquez Cueto, J.C. “ La calificación del concurso “ en la obra colectiva Derecho Mercantil. Derecho Concursal, Vol 10º, coordinada por Jiménez Sánchez, G.J./Díaz Moreno, A., Ed. Marcial Pons, Madrid 2014, pp.507.

15 de Marzo de 2012 afirma que “ La declaración de culpabilidad requiere un elemento subjetivo o el juego de las presunciones “.

La Sentencia del JM número 3 de Barcelona, de 18 de Febrero de 2008 “ La sección de calificación trata de dar respuesta a seis cuestiones:

- 1- Que sucedió.
- 2.- Por qué sucedió.
- 3.- Cuándo sucedió.
- 4.- Quién es responsable.
- 5.- Qué valoración jurídica merece.
- 6.- Qué consecuencias tiene esa valoración.

La Sección de calificación tiene por objeto analizar las causas de la insolvencia, a fin de determinar si ha sido o no culpable y, si este fuera el caso, declarar qué personas han de ser consideradas responsables de la insolvencia.

No se abre la sección de calificación en relación con los concursos que terminan por convenio que prevea una espera inferior a tres años o una quita inferior a 1/3 de los créditos, para todos los acreedores o para los de una o varias clases”

ESTRUCTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN⁶

A) APERTURA Y CLASES

La formación de la Sección de calificación, que es la sección sexta de acuerdo al art. 183 LC⁷, no procede en todo concurso, sino tan sólo cuando:

- a) El convenio aprobado establezca una quita superior a un tercio de los créditos o la espera sea superior a tres años.
- b) En todos los supuestos de apertura de liquidación.

Por lo tanto, no es forzoso para todos los deudores en situación de concurso pasa por la sección de calificación, y no se pondera la gravedad de la insolvencia, el perjuicio de los acreedores, o las posibilidades de continuidad de la empresa del concursado, sino la índole de las soluciones alcanzadas.

Esta limitación de la calificación a determinados supuestos y momentos, los cuales suponen lesión del derecho de crédito, evita precipitaciones y automatismos, y permite una ponderación legal de las causas de la insolvencia y del comportamiento del deudor y personas que con él colaboran a lo largo del procedimiento concursal.

De este precepto podemos citar varias incoherencias:

- a) De un lado, que los convenios menos gravosos, cuando también hay daño para los acreedores y es posible la culpabilidad de la insolvencia, queden fuera de la calificación, mientras que en el otro extremo, sea necesario calificar el concurso con liquidación,

⁶ Manual Derecho Concursal (La Ley) Autor Edorta J. Etxarandio Herrera Pag.849-852

⁷ Art. 183 LC “ El concurso se dividirá en las siguientes secciones:

1ª Comprenderá lo relativo a la declaración del concurso, medidas cautelares, resolución final, conclusión y en su caso apertura del concurso.

2ª Comprenderá lo relativo a la administración concursal, nombramiento y estatuto de los administradores concursales, determinación de sus facultades y ejercicio, rendición de cuentas, y en su caso la responsabilidad de los administradores concursales.

3ª Determinación de la masa activa, autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y reducción y deudas de la masa.

4ª Determinación de la masa pasiva, comunicación reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y el pago de los acreedores.

5ª Comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada.

6ª Comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y sus efectos.

aunque resulte que la masa activa puede satisfacer un porcentaje de los créditos concursales superior al 33%.

b) De otro, la calificación culpable en caso de convenio no supone más que a inhabilitar al responsable de llevar adelante el cumplimiento de aquél, excluyendo lo conducente, esto es, a que el patrimonio de dicho responsable complete, siquiera con la quita o espera asumida, los recursos de la masa activa.

En realidad, las acciones de responsabilidad de los administradores no vienen interferidas por el procedimiento concursal, la calificación pudiera ser una institución más confiada a una discrecionalidad judicial en cuanto a su apertura, en la que no se tuviera exclusivamente en cuenta la lesión para los acreedores por la liquidación o el convenio aprobado, sino la oportunidad de una transmisión de la empresa, o lo que es lo mismo, el mantenimiento del tejido productivo, de las actividades económicas y del empleo.

Debiéndose abrir la Sección sexta el concurso siempre ha de calificarse alternativamente como fortuito o culpable. Así en los antecedentes prelegislativos, dado que en general, la valoración del expediente de calificación no puede ser insolvencia del concursado sino la conducta de éste en relación con aquélla.

B) COMPLICIDAD.⁸

Si el concurso como juicio universal se entiende con el concursado, la situación económica que autoriza su declaración es fruto casi siempre de la colaboración de otros sujetos con el deudor o su representante, algunos de los cuales han conformado su voluntad y sus actuaciones, y un ordenamiento concursal moderno tiene que implicarlos, si ha de buscar soluciones prácticas, y así como la LC lo hace en el capítulo de reintegración de la masa, es misión natural de la calificación extenderse a esos terceros.

⁸ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 16 de Enero de 2007 “ Después de diferenciar los tres grupos de sujetos a que hace referencia el art .166 LC 1.- El deudor concursado 2. Las personas afectadas por la calificación y 3. Los cómplices “ , sostiene que quien puede ser considerado como persona afectada por el concurso no puede tener jamás la condición de cómplice, y a la inversa.

Se regula la complicidad en el art. 166 LC, condicionándola a la concurrencia de dolo o culpa grave de un tercero que coopere en cualquier acto generador o agravante de la insolvencia con el deudor, con su representante legal, y respecto a las personas jurídicas, con sus administradores o liquidadores, tanto de hecho como de derecho, así como también los apoderados generales. Por tanto, hay una exigencia objetiva de acción u omisión cooperadora, y otra subjetiva, de culpabilidad del rango exigible a aquella que anida en el deudor, sujeto con el que se coopera (por lo que cabe una complicidad dolosa en el actuar culposo, y la imprudente en el actuar doloso).

Según el art. 166 LC el cómplice no tiene por qué haber colaborado en la generación o agravación de la insolvencia, sino que basta que sencillamente haya colaborado en los hechos que han determinado la calificación culpable.

Por otro lado, es importante destacar que las acciones u omisiones de los apoderados generales de personas jurídicas concursadas no pueden ser presupuesto de calificación culpable, a menos que se cataloguen aquéllos de administradores de hecho, mientras que la cooperación dolosa o gravemente culpable con tales apoderados se repute complicidad. Por lo que, en una interpretación literal, habría que preguntarse en qué acción u omisión de un apoderado general puede concurrir un tercero como colaborador malicioso para ser considerado cómplice, si la culpabilidad de la persona jurídica no se califica por la misma, sino por la acción u omisión del administrador o liquidador.

El campo de complicidad es el que mejor revela el moderno servicio de la calificación, dirigido más que a sancionar al concursado, a reintegrar la masa activa, puesto que las acciones rescisorias de negocios fraudulentos suponen una devolución de prestaciones, mientras que si quien fue parte se cataloga como cómplice del concursado culpable, en lugar de negocio rescindible o revocable, se tratará de negocio que funda la calificación culpable, y el bien objeto de negocio se reintegrará a la masa, sin que el cómplice tenga ningún derecho contra ésta.

SENTENCIA DE CALIFICACIÓN

A) Finalidad de la sentencia.

La sentencia de calificación tiene su contenido normado, previniéndose la identificación a las personas que pueden verse afectadas por una calificación culpable, una inhabilitación necesaria, y la prescripción de determinadas consecuencias patrimoniales para los condenados, siempre que se pida pérdida de derechos y devolución de los bienes, siendo publicada en el Registro de Resoluciones concursales.

Se trata ni más ni menos, de la declaración del concurso como fortuito o culpable, de modo que en caso de ser fortuito no hay consecuencia, archivándose el expediente, pero en caso de calificarse como culpable sí habría consecuencias, evaluando el comportamiento del deudor, sus representantes, o de quienes con ellos coopera. Aunque la norma sólo lo establece para el caso de declaración de culpabilidad, el Juez debe motivar también la sentencia de concurso fortuito.

La sentencia de calificación culpable debe especificar:

- a) Las causas en que se fundamente la culpabilidad del concurso.
- b) Las determinadas personas a las que afecta la calificación, y sus cómplices.
- c) La inhabilitación de los afectados para administrar bienes ajenos, por un plazo de dos a quince años.

Esta sanción regulada en el art.173.2.2 LC sustituye a la clásica inhabilitación para administrar sus bienes el concursado, que ya no es un efecto patrimonial por la declaración del concurso, sino por la culpabilidad establecida en la sentencia de calificación para administrar bienes ajenos, lo que se ha denominado interdicciones o prohibiciones, que van aunadas a la inhabilitación en varias disposiciones especiales, por lo que debe atender a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

- d) La pérdida de derechos de las personas afectadas como acreedores concursales o de la masa, y en su caso, condena restitutoria y de indemnizar daños y perjuicios.

e) Si la sección sexta se hubiera formado a raíz de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá establecer la responsabilidad de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se haya calificado como culpable, y a los que hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, de pago a los acreedores concursales de la diferencia entre lo que hayan percibido en la liquidación y el importe total de sus créditos.

Resulta evidente que el legislador persigue en reprimir la conducta que ha derivado intencional o negligentemente en la insolvencia, estableciendo algunas sanciones civiles que, a la vez, previenen aquella conducta y reparan o reintegran a los perjudicados.

La inhabilitación en general, y las interdicciones derivadas, que carecen de efectos reintegradores, no se aplican por la mera declaración de concurso, sino sólo a raíz de que el concurso se declare culpable, y ello responde, de un lado, a que la unidad de procedimiento incluye la suspensión de facultades de disposición y administración del concursado junto con la mera intervención judicial sin prohibiciones de actuar, y de otro lado, el afán de excluir innecesarios significados represivos de la insolvencia.

Por lo tanto, siendo la responsabilidad de los administradores de sociedades un capítulo adicional de la calificación que no suplanta la regulación propia de la responsabilidad de aquéllos conforme a la legislación societaria, si se hubiera apurado por la LC el principio contrario a lo represivo y se hubiera ligado una mesurada inhabilitación por la apertura de la liquidación concursal, dejando las interdicciones parra la legislación especial, el único contenido necesario de la sentencia de calificación hubiera seguido siendo la pérdida de derechos de ciertos acreedores en la masa, y las obligaciones restitutorias e indemnizatorias.⁹

⁹ Comentario de la Ley Concursal (Ángel Rojo- Emilio Beltrán) Editorial Thompson-Civitas pag. 2579

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

La exigencia de congruencia en la sentencia ha sido interpretada con cierta flexibilidad en lo que se refiere a las pretensiones planteadas, admitiéndose la existencia de pretensiones implícitas. No sucede lo mismo en cuanto a los hechos alegados como determinantes de la culpabilidad, que no pueden ser apreciados de oficio (SAP Murcia Secc 4ª, de 31 de Julio de 2008).

En cualquier caso, la congruencia se remite a los hechos y pretensiones recogidas por la Administración Concursal y por el Ministerio Fiscal en sus respectivos informes, que son los que han sido contestados por los demandados (SAP Madrid Secc 28ª de 26 de Noviembre de 2010); no así a las alegaciones realizadas por los acreedores, que no pueden fundamentar la condena de manera autónoma (SAP Madrid Secc 28ª de 8 de Mayo de 2015).

La STS de 1 de Abril de 2014 expone con nitidez la obligación del juez del concurso, en base al deber de congruencia impuesto por el art. 218 LEC y en el artículo 172.1 LC, de analizar cada una de las presunciones invocadas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, ya que la determinación de su concurrencia y el mayor o menor grado de participación de las personas afectadas por la calificación en las conductas preestablecidas en las presunciones invocadas, permite modular el alcance de la atribución de responsabilidad de estas personas. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona Sección 15ª, de 8 de Octubre de 2013.¹⁰

¹⁰ Base de datos Sepín. www.sepin.es

OBJETO Y FUNCIONES DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL¹¹

El título VI LC se destina a regular la tradicional institución de la calificación del concurso, que es el expediente de objetivación y valoración de la conducta del deudor en relación con la génesis o agravamiento de su insolvencia. En la sección 6ª, de calificación, se depura una responsabilidad civil especial de los concursados, y siendo personas jurídicas, de sus administradores, y de quienes resultan sus cómplices, con un carácter sancionador y otra de reparación de los acreedores por su insolvencia, lo cual no opera más que con la liquidación, o más limitadamente con convenios de especial sacrificio. La calificación sólo puede ser culpable o fortuita, apoyando la Ley el criterio de culpabilidad mediante una serie de presunciones absolutas y relativas.

En la antigüedad, los términos "brocardo deductor", "ergo fraudator"¹² apuntaba que quien objetivamente no es capaz de pagar a sus acreedores, después de haber recibido de éstos los contravalores, debía concluirse que defraudaba. Las Ordenanzas de Bilbao¹³ en su capítulo XVII introdujeron un derecho de quiebras, que directamente inspiró el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, y después la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y el Código de Comercio derogado en este punto por la LC, instaurador de la posibilidad de probar que dicha tesitura procedía de un infortunio casual. Las razones de los juristas prácticos descansaban en que la prevención que interesaba al Estado se supeditaba a la voluntad vindicativa de los acreedores, como guardianes del comercio a través de sus instituciones gremiales, los que también encontraban una utilidad con este tipo de presión punitiva para llevar a los deudores a concordatos, de modo que se reservaba al Tribunal de comercio, de clase, la catalogación del fraude, y al tribunal de lo criminal la posterior subsunción legal y graduación de la pena.

Es la calificación esa operación, que derivaba en todo caso en la pieza quinta de la quiebra, valorativa de la conducta del quebrado como clave para posibilitar la apertura de un procedimiento penal contra el mismo, de modo que atendiendo a dicha conducta, la quiebra podía calificarse como fortuita, culpable o fraudulenta, con consecuencias

¹¹ Manual Derecho Concursal (Editorial La Ley) Autor Edorta J. Etxarandio Herrera Pag.845-848

¹² Quien quiebra, defrauda.

¹³ Las Ordenanzas de Bilbao regulaban competencias sobre: Jurisdicción mercantil, propia de los comerciantes, compraventas, seguros con la finalidad de evitar retrasos y dilaciones

exclusivamente de orden penal, ya que la culpable y fraudulenta constituían delitos con tipos en blanco que se remitían a la ley mercantil.

La naturaleza de la calificación es la de un procedimiento civil sancionador que aplica normas jurídicas negativas. Por lo que se refiere al objeto, hemos de argumentar que contiene un doble valor: por un lado, preventivo y por otro redistributivo, aunque con la reforma concursal se afirma un principio-fuerza o vector expreso del pilar ideológico de la reforma concursal consistente en una sustitución de lo previsto por lo indemnizatorio.

Se entiende que, escindida la represión penal y civil, puede ser esta segunda más eficaz, pero dirigida no a insistir en una función sancionadora del concurso, sino restitutoria, y así culmina el largo periplo que, partiendo de la Edad Media, en que toda quiebra estaba penalizada, pasando por las Ordenanzas de Bilbao y nuestros códigos de Comercio decimonónicos con su exoneración de los quebrados fortuitos y la graduación de las sanciones penales según la gravedad de las infracciones cometidas, distinguiendo entre quiebras culpables y quiebras fraudulentas como condición para el ejercicio de la acción penal, para llegar al modelo actual en que la calificación de la conducta que terminó en la insolvencia tiene una relevancia civil en exclusiva, y como único objeto la decantación de la culpa o fraude, en función más de indemnizar a la masa pasiva que al castigo del concursado.

El otro valor de derecho público de la calificación, más allá de lo objetivador de las causas de la insolvencia, es profiláctico del mercado, con fundamento en el reproche social del empresario desordenado. La depuración de las posibles responsabilidades en la causación o agravamiento de la insolvencia, o en el incumplimiento del convenio, específicamente la actuación de los gestores de las personas jurídicas, tiende a eliminar del mercado durante un lapso de tiempo, mediante la inhabilitación de empresarios contaminantes del mercado. Pero junto a la función preventiva de la calificación de siempre, se insiste por encima, como en la reintegración de la masa, en lo redistributivo, reparando la lesión patrimonial de los acreedores contra la masa, por el perjuicio culpable para ésta, y de los acreedores concursales, por la insolvencia, o por el incumplimiento del convenio que suponía solución de la misma.

El juicio de calificación no se centra en la gravedad de la insolvencia, en la importancia de la desproporción entre el activo y el pasivo exigible, o en el déficit que ha de superarse con una solución de aplazamiento o condición convencional, sino en la

gravedad de la conducta activa u omisiva que incide en que se haya producido , o se haya incrementado , ya la impotencia de atender obligaciones, y a la de cumplir lo convenido.

La conducta del deudor, en determinadas circunstancias, pudiera ser objeto de sanción penal, al haber intervenido activamente en la causación o agravación de la insolvencia, o en la infracción de deberes convencionales, pero nunca interfiere en la calificación concursal.¹⁴



¹⁴ Manual de Derecho Concursal. Edorta. J. Etxarandio Herrera. Editorial La Ley.

CONCURSO FORTUITO

El concurso fortuito es considerado como la categoría residual, aplicable cuando no concurren las causas que establece la calificación del concurso como culpable.

No se puede afirmar que el concurso fortuito sea aquél que se haya producido por circunstancias accidentales o no imputables al deudor, tal y como se ha sosteniendo por la jurisprudencia¹⁵ en la interpretación de las quiebras, que hablaba de un suceso inesperado, debido única y exclusivamente al infortunio.

En este caso, debemos resaltar que no sólo es fortuito el concurso no imputable al deudor, entendida como una mera negligencia, donde la LC se encargó de rebajar al exigir dolo o culpa grave para la calificación de un concurso como culpable, al margen del sistema de presunciones que establece la LC; identificándose como concursos fortuitos aquellos bajo la legislación de quiebras hubieran sido considerados como culpables¹⁶, reservándose la calificación de culpables a los concursos que bajo la legislación de quiebras pudieran ser calificados como fraudulentas o alzamientos.

La Jurisprudencia¹⁷ se ha esforzado y encargado de definir el concepto de concurso fortuito, que debe identificarse con aquel provocado por culpa leve o fuerza mayor.

La calificación como fortuito en la sentencia de calificación únicamente tiene efecto sobre las costas del incidente (art.196.2 LC), cuya imposición se determina conforme a las reglas del art. 396 LEC, y por supuesto, en cuanto a los efectos de cosa juzgada.

¹⁵ SSTs de 4 de Junio de 1929, 16 de mayo de 1956 y 4 de Noviembre de 1976

¹⁶ El art. 887 Ccom de 1885 concebía la quiebra fortuita en los siguientes términos “ Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse causales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas. La STS de 16 de Mayo de 1956 declaraba que “ han de tomarse en consideración para la declaración de quiebra fortuita, una ausencia absoluta de intención dolosa y de conducta meramente culposa o negligente que presentan la quiebra como un suceso inesperado, debido exclusivamente al infortunio y que por eso, y a pesar de los resultados que produce en la economía del quebrado, en la de los acreedores, y aun en los intereses generales del comercio, es perfectamente compatible con el orden regular de una buena administración mercantil.

¹⁷ SJM número 2 de Barcelona, de 19 de Enero de 2007, que califica un concurso como culpable cuando se presume dolo o culpa grave; identificando la culpa leve con el concurso fortuito.

CONCURSO CULPABLE

El art 164.1 LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o si los tuviere, de sus representantes legales; y en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo establecido en el art.165.2LC.

Como recuerda la mejor Doctrina¹⁸, esta norma viene precedida en el art.260 CP, en su redacción original de 1995, aunque añadiendo el criterio de la “ culpa grave “, que no era suficiente para considerar la conducta como delictiva.

El concurso es calificado como culpable cuando el deudor persona física o persona jurídica (ya que en este caso la Ley se refiere a sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y apoderados generales, haya generado o agravado el estado de insolvencia con dolo o culpa grave , lo que supone el establecimiento de un mecanismo causal, que conlleva evidentes dificultades probatorias. Por ello, junto a este mecanismo causal, la LC establece presunciones¹⁹ iuris tantum de dolo o culpa grave, que admiten prueba en contrario, y presunciones iuris et de iure de culpabilidad del concurso, que no admiten prueba en contrario. En esta Doctrina, Alonso Ureba²⁰ denomina a estas presunciones los “ hechos de concurso culpable. “ Debemos hacer referencia a las SSTs de 17 de Noviembre de 2011, 21 de Marzo y 26 de Abril de 2012 donde han aclarado la forma en la que operan las presunciones, así la cláusula general del art.164.1 LC se refiere a la culpabilidad del concurso por razón de la causación o agravación de la insolvencia, que conlleva la prueba del elemento subjetivo y de las consecuencias de la conducta (el mecanismo causal es el más exigente a efectos de prueba), y el art.164.2 LC (presunciones absolutas) recogen una serie de supuestos en los que el concurso será calificado como culpable en todo caso.

¹⁸ CORDOÓN MORENO, F. Proceso Concursal. Ed. Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 3ª ed., 2013, pp 306.

¹⁹ Al establecer las presunciones legales, el legislador ha tenido en cuenta la experiencia anterior, a fin de tipificar las conductas que por su gravedad resultan merecedoras de un especial reproche (SAP Madrid Secc 28ª, de 30 de Enero de 2009). De ahí, que en la práctica, las presunciones constituyan la mayor parte de los supuestos de culpabilidad de los concursos.

²⁰ ALONSO UREBA, A “ La responsabilidad concursal del art. 172 bis LC “, en la dirigida por PULGAR EZQUERRA, J. El concurso de acreedores, Ed. La Ley; Madrid 2012,p 566.

LAS PRESUNCIONES LEGALES SOBRE LA CULPABILIDAD DEL CONCURSO²¹

Dentro de los quince días siguientes al de expiración del plazo para la personación de los interesados legítimos, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado. Dicho informe tiene un contenido predispuesto por el art. 169.1 LC, que puede dividirse en dos grandes apartados:

1.- Han de indicarse los hechos relevantes para la calificación del concurso, en el caso de que se estimen que los hay. No es preciso que se funden en los hechos considerados trascendentes a tal efecto en los escritos presentados por los interesados legítimos, ni siquiera que se haga referencia a ellos en este informe. Naturalmente, como poseedores de primera mano de la información precisa para ello, la administración concursal tendrá mejores elementos de juicio para advertir o no si hubo dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. En todo caso, la Ley facilita tal conclusión mediante un juego de presunciones que, según parece venir imponiéndose en los Tribunales, no sólo tienen un alcance distinto, sino que se refieren a diferentes elementos del tipo. En el art. 164.2 LC vendrían a recogerse presunciones iuris et de iure de culpabilidad del concurso, de tal suerte que, aprobado el acaecimiento de alguno de los hechos tasados, la conclusión del informe y, por supuesto, la sentencia del juez habrán de ser, forzosamente de culpabilidad del concurso. En el art. 165 LC, en cambio, se establecen presunciones iuris tantum de existencia de dolo o culpa grave, lo que, entendido en el sentido restrictivo que parece reclamar una figura de consecuencias jurídicas tan severas para los afectados, vendría a significar que, probados los hechos allí enumerados, se presumirá, salvo prueba en contrario, que concurre la conducta agravante requerida para que haya un concurso culpable, a falta, eso sí, de probar la relación de causalidad entre esa conducta y la generación o agravación de la insolvencia del deudor.

De tal forma, que aunque haya que insistir en la interpretación restrictiva de los supuestos recogidos en los art. 164.2 y 165 LC, lo cierto es que tales presunciones

²¹ Manual Derecho Mercantil (Editorial Pons) Autor Guillermo J. Jiménez Sánchez pag. 514-521

vienen siendo un auxilio fundamental en la realidad diaria para la calificación de culpabilidad de los concursos.

Supuestos de presunción iuris et de iure de culpabilidad del concurso (art. 164.2 LC):

a) *" 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".*

Dicho precepto hace referencia a determinadas irregularidades o incumplimientos legales vinculados con el deber de la llevanza de contabilidad como sistema exhaustivo de registro, ordenado y sistematizado, de todos los hechos con relevancia económica, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, que derivan de una organización. No se trata de un hecho que pueda afectar a todos los concursos, sino a los obligados por este deber. Esta presunción puede entrar en conflicto con la presunción del art. 165.3 LC, en cuanto las cuentas anuales forman parte de la contabilidad de una sociedad y su no formulación o su contenido erróneo o alejado de la imagen fiel que tienen por objetivo pudieran considerarse un incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad o irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del obligado. La conveniencia de evitar solapamientos en los campos de actuación de las normas, así como el efecto menos severo de la presunción del art.165 LC, debiera conducir a incluir los incumplimientos puramente formales relativos a las cuentas anuales en el campo de actuación de dicho artículo. Por el contrario, las infracciones de carácter sustantivo afecten a la contabilidad globalmente entendida o a las cuentas anuales, debieran tener cabida, por su mayor gravedad, y en cuanto supongan un incumplimiento sustancial del deber o una irregularidad relevante en el objetivo de mostrar la imagen fiel sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados del obligado, en la presunción iuris et de iure del art 164.2.1º LC. Así ocurriría con los incumplimientos formales más flagrantes del deber de contabilidad, siempre que impidan efectuar un seguimiento certero de la actividad económica llevada a cabo, como serían los consistentes en no llevar contabilidad, llevarla de forma incomprensible y sin el mínimo respeto a las exigencias extrínsecas e intrínsecas relativas a los libros y los asientos o llevar, al margen de la contabilidad aparente que

sirve de base a la preparación y publicación de los estados financieros anuales, otro mecanismo paralelo y encubierto de seguimiento en el que se registren los auténticos movimientos y hechos con trascendencia económica con su verdadera interpretación conforme a las normas contables.

b) "Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración del concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos "

En este caso se alude a un incumplimiento grave que incide sobre el deber de información documental que pesa sobre el deudor y sus representantes en virtud del art. 6.2 a 6.5 LC (que versa sobre la documentación que debe acompañar a la solicitud de concurso o ante una declaración de concurso necesario), o del art. 45 LC²² (que regula el deber de puesta a disposición de la administración concursal como efecto de la declaración de concurso). Ese incumplimiento grave ha de consistir en una inexactitud o una falsificación de cualquiera de los documentos.

c) " Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado "

Este precepto indica, no cualquier supuesto de incumplimiento del convenio del deudor, sino al que lleva consigo un reproche mayor en el concursado, supuesto regulado en el art. 143.5 LC : la apertura de la liquidación de oficio por haberse declarado mediante resolución judicial firme el incumplimiento del convenio, siempre que en dicha resolución se determine una causa del incumplimiento al concursado.

d) " 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 ".

²² Art. 45 LC " El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.

El juez, acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior.

Sustraer bienes a la acción de los acreedores, antes o durante el concurso, o realizar cualquier comportamiento que obstruya el embargo en cualquier procedimiento ejecutivo en curso o inminente, siempre ha merecido el mayor de las censuras en Derecho Concursal y llevará aparejado la culpabilidad del concurso.

e) " *Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos* ".

En este supuesto, nos encontramos ante supuestos que rozan, conductas ya consideradas culpables. Evidentemente, las actitudes que puedan considerarse constitutivas de un fraude de acreedores habrían de estar incluidas en ésta nómina de actuaciones más severamente tratadas en la sección de calificación, independientemente de que asimismo, por el perjuicio presunto o probado a la masa activa, y sin necesidad de probar tal fraude, hayan sido rescindidas por aplicación de los art.71 y 73 LC.

f) " *Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia* ".

No se esclarece si esa simulación debe ir dirigida a aparentar una situación mejor o peor que la auténtica. Pero, habida cuenta de que la conducta de que la conducta se analiza en un contexto de generación o agravación de la insolvencia, parece que se tratará de comportamientos con relevancia jurídica idóneamente encaminados a proyectar una imagen irreal que presuponga una buena situación patrimonial, objetivamente susceptibles de por ello de distorsionar el comportamiento de los acreedores. El problema puede venir en un problema de interpretación restrictiva de las normas, por la específica significación que cabe atribuir al término patrimonial, que no engloba la vertiente puramente financiera.

Por otro lado, se aprecia que hay dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, y a falta de determinarse su incidencia sobre la generación o agravación de la insolvencia, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

a) *" Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso "*.

Este deber se recoge explícitamente en el art. 5 LC para los casos de insolvencia actual del deudor, con la inexigibilidad provocada por la presentación de los escritos que regula el art. 5 bis LC, y no siempre puede identificarse con el hecho de que el concurso haya sido declarado como necesario, pues el carácter voluntario del concurso se vincula únicamente a que su primera solicitud estimada fuera la del deudor, aunque se hubiera efectuado una vez rebasado el plazo de presentación, y por tanto, incumplido el citado deber. El supuesto ha de entenderse referido al mismo concurso en el que se enjuicia su calificación, no a eventuales concursos que anteriormente hubieran debido solicitarse por encontrarse el deudor en insolvencia actual y en los que finalmente la declaración de concurso no se produjera.

b) *" Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores. "*

Este supuesto es parcialmente complementario al previsto en el art.164.2.2º LC, que merece una reacción más enérgica por su mayor gravedad. Aquí el incumplimiento se refiere al genérico deber de colaboración e información contenido en el art. 42 LC, aunque ello no quita que en él también quepan, por su especie del género, los incumplimientos de deberes documentales del art.45 LC cuando no llevaran aparejadas inexactitudes graves ni se haya incurrido en falsedades. Aparte queda el supuesto de la inasistencia del deudor a la junta de acreedores, en caso de que la hubiera, personalmente o por medio de representante con poderes suficientes, conforme a lo establecido en el art.117.2 LC.

c) *" Si el deudor obligado a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso"*.

Las conductas que aquí se mencionan tienen que ver con incumplimientos formales relativos al proceso de determinación y aplicación del resultado del ejercicio, en concreto, a conductas que pertenecen a la esfera de actuación del órgano de gestión del

concurado y que se refieren a las cuentas anuales, es decir, al contenido más relevante, a efectos del concurso, de todo ese conjunto documental contable: la no formulación de las cuentas anuales, su no entrega a los auditores de cuentas para su preceptiva verificación y, una vez aprobadas por la junta general, su no depósito en el Registro Mercantil,

Por otro lado, son varios los interrogantes que deja el precepto, como, por ejemplo, si los incumplimientos que se tienen en consideración pueden afectar también a las cuentas anuales consolidadas, cuya formulación entrega a los auditores para su verificación, aprobación y depósito en el Registro Mercantil pueden resultar también preceptivos. O si se reprueba, como parece decirse, la falta de depósito de las cuentas o, más exactamente, su falta de presentación con tal objetivo, teniendo presente que puede haber circunstancias que impidan tal depósito a juicio del registrador competente, una vez presentada en plazo la documentación suficiente según los gestores del concursado; o si no había obligación de depositar, pero ni siquiera se ha cumplido la carga de presentar una certificación que justifique la falta de aprobación de las cuentas a efectos de evitar el cierre provisional por ausencia de depósito. Por otra parte, el período que se tiene en cuenta para la fijación del supuesto coincide con el que se toma por base para el deber de presentación de la documentación adjunta a la solicitud del concurso.

2.- En segundo lugar, el informe debe incluir una propuesta de resolución de la sección de calificación del concurso. Esa propuesta debe consistir en la declaración del concurso como fortuito o como culpable. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará una serie de indicaciones que señala el art. 169.1 LC:

a) "*La identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa*". Como adelanto a lo que constituirá el contenido de la sentencia de calificación, el informe debe concretar los nombres de los sujetos sobre los que va a recaer las consecuencias jurídicas desfavorables de la culpabilidad del concurso. La ley divide a estos sujetos en dos categorías, dependiendo de su grado de participación en los hechos determinantes de la calificación, circunstancia que se exige fundamentar de la administración concursal mediante la referencia personalizada a la causa de la inclusión en uno de esos grupos: "Las personas afectadas por la calificación" o "Los cómplices". Ambos pueden recaer sobre las personas físicas o jurídicas, ahora bien, el deudor persona jurídica nunca será

persona afectada por la calificación ni cómplice en su propio concurso, ya que sólo y únicamente podrán serlo sus representantes.

La catalogación como personas afectadas por la calificación parece predicarse de quienes se acredite una participación decisiva en tales hechos. Así debiera desprenderse de la relación de sujetos incluidos en esta categoría en caso de deudor persona jurídica que establece el art.172.2.1º LC, que viene a coincidir con los autores de las conductas directamente conducentes a la generación o agravación de la insolvencia, según la definición establecida en el art 164.1 LC de culpabilidad (administradores o liquidadores , de hecho o de derecho, apoderados generales y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. " .

La catalogación de cómplices queda reservada a quienes con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. No obstante, no se indica si el grado de cooperación consciente debe ser muy elevado o no, aunque ha de recaer justamente sobre los hechos determinantes de la culpabilidad. Por ello, afecta fundamentalmente a personas próximas a la gestión del concursado o en terceros que se han prestado a hacer de contrapartes del concursado para que las personas afectadas por la calificación pudieran llevar a cabo las actuaciones fraudulentas y perjudiciales para la masa activa que determina la culpabilidad.

Por lo que respecta a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas afectadas o cómplices, no se concreta si esa determinación consiste en describir las consecuencias desfavorables para la masa activa, que en cada caso, habrían provocado los hechos que permiten calificar el concurso como culpable, o si requiere asimismo cuantificar tales daños. Por lo que, los autores de este informe deben disponer de una completa información sobre lo acontecido, sería deseable exigir que la identificación de esas personas y la referencia a que han causado daños contuviera igualmente la descripción sobre qué han consistido y a cuánto han ascendido en cada caso, indicando asimismo los instrumentos probatorios en que se basarían para efectuar tales preceptos.

JURISPRUDENCIA A PROPÓSITO DE LAS PRESUNCIONES

Artículo 164.1 LC “ De la generación o agravación de la insolvencia “

El eje central de todo concurso culpable se encuentra en la cláusula general dispuesta en el apartado primero del artículo 164, de conformidad con la cual será calificado como culpable aquel concurso en que medie dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia por parte del deudor o de sus representantes legales o bien, en el concurso de persona jurídica por parte de los administradores o liquidadores en la sociedad.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 5 34/2010 de 2 de Febrero.

“ La conducta dolosa requiere mala fe, malicia o voluntariedad respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia, mientras que la culpa grave conlleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos deberes.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 619/2010 de 22 de Diciembre.

Podemos así señalar como requisitos de la calificación del concurso, en primer lugar, una conducta o actuación que incluye tanto las acciones como las omisiones; en segundo lugar, la causación o agravación del estado de insolvencia; en tercer lugar, la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o representante legal y si es persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o hecho, y por último, la existencia de relación de causalidad entre la conducta y la causación o agravación de la situación de insolvencia. Ello supone que para la calificación culpable del concurso se debe probar la conducta dolosa o culposa grave, la causación o agravación de la insolvencia, y la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia. Ahora bien, ante los problemas que plantea la prueba de estos hechos, el legislador, para paliar las dificultades probatorias que conlleva toda labor de calificación subjetiva de conductas, ha optado por el establecimiento de una serie de presunciones en los art. 164.2 y 165 de la LC; presunciones que tienen distinta naturaleza.

Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña número 439/2008 de 13 de Octubre.

La calificación como culpable del concurso exige que hubiera mediado dolo o culpa del deudor, o de tenerlos de sus representantes legales, y en caso de persona jurídica, como en el supuesto que nos ocupa, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, debiendo concurrir nexo causal entre el dolo o culpa grave y la generación o la agravación de la insolvencia, tal como dispone el art. 164.1 de la LC.

Artículo 164.2 LC “ Presunciones Iure et de iure “.

Sentencia del Tribunal Supremo número 614/2011 de 17 de Noviembre.

“ Sin embargo, la parte recurrente se equivoca porque los supuestos del apartado 2 del art. 164 LC no lo son de “presunción” de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial “ En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes...”. Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 LC determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación “.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 298/2009 de 4 de Diciembre

En la práctica, las causas más frecuentes de calificación del concurso como culpable serán precisamente las previstas en el art. 164.2 LC, dado que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que considera necesario garantizar, ha decidido que el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte del deudor o, si es una persona jurídica, de su administrador o liquidador, han de suponer, en todo caso, su calificación como culpable. Por esa razón no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del art. 164.2 LC, ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia, puesto que se trata de “

supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza “ y en los que, como ha declarado el TS, aunque lo haya sido respecto de la responsabilidad de deudas “ no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma “.

Incumplimientos o irregularidades relativos a la llevanza de contabilidad.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 82/2011 de 18 de Marzo

“ Causa apuro, por elemental, tener que recordar aquí el deber de todo empresario de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de la empresa, y de formular las cuentas anuales, con claridad y mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, y que de tales deberes inexcusables, en el caso de las sociedades, se hace responsables, precisamente y sin posibilidad de exención , a los administradores “.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 231/2007 de 27 de Abril.

En el primer apartado del artículo 164.2 LC 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. Ésta 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.

Inexactitudes en los documentos acompañados a la solicitud del concurso o presentación de documentos falsos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 28/2009 de 4 de Diciembre

“ Los criterios para determinar la gravedad se darán cuando dicha información tergiverse de forma importante o sustancial la imagen del activo o pasivo del deudor “.

Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores o realización de actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de una ejecución iniciada o de previsible iniciación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 295/2010 de 4 de Octubre

“ La compra de productos a nombre de la sociedad concursada que ni ha sido contabilizada ni consta en el activo de la compañía, supone la distracción de dicha mercancía respecto de la masa activa del concurso y por ello un alzamiento de dichos bienes, pues constando su existencia han desaparecido del patrimonio de la concursada, constando eso sí el correspondiente crédito contra la masa, en cuya cuantía valoramos dichos bienes. Esta conducta puede incluirse dentro de la tipificada en el artículo 164.2.4º LC, aunque date de un momento posterior a la declaración de concurso, pues no necesariamente todas las conductas tipificadas al amparo de los art. 164.2 y 165 LC deben ser anteriores a la declaración de concurso. Lo normal es que lo sean, y en algún caso necesariamente han de serlo, como ocurre en el primer criterio legal para calificar culpable el concurso previsto en el art. 164.1 LC, pues expresamente alude a hechos que hayan generado o agravado la situación de insolvencia. Dentro de las conductas tipificadas en los art. 164.2 LC y 165 LC, hay algunas en que existe una referencia temporal expresa al momento anterior de la declaración de concurso, como ocurre con las enajenaciones fraudulentas, los actos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia , o el incumplimiento del deber de formular, auditar o depositar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios anteriores al concurso; hay otras que, sin existir una referencia expresa, es connatural a la conducta tipificada , como ocurre con el retraso en la solicitud del concurso, el incumplimiento de los deberes contables y las irregularidades graves en la información aportada con la solicitud del concurso; pero

hay otras en que la conducta necesariamente es posterior al concurso, como ocurre con el incumplimiento del deber de colaboración o cuando la apertura de la liquidación sea consecuencia del incumplimiento del convenio imputable al deudor. Fianlemnte, lo que nos interesa, al alzamiento de bienes, tal y como está redactada puede venir referida tanto a conductas anteriores al concurso como a las posteriores, pues también cabe que el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa, con posterioridad a la declaración de concurso, como es el caso “

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 541/2007 de 29 de Noviembre

La enajenación fraudulenta supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso, lo que sin duda y a la vista de lo que acabamos de argumentar concurre en este caso, ya que el administrador era consciente de que pudiendo vender el bien por 600.061 € lo enajena por 390.000 €, ingresando en la caja menos dinero, lo que dio lugar a que se pudieran pagar menos créditos.

Realización de actos previos a la declaración del concurso dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña número 390/2011 de 19 de Septiembre

No resultando creíble de las cuentas anuales de los ejercicios 2003,2004 y 2005, así como de los balances presentados en el concurso el activo circulante consignado de más de 2 millones de euros, entre clientes y deudores, porque significa que a fecha de la declaración de concurso la sociedad tendría pendiente de cobrar aquellos una suma prácticamente igual a sus ingresos de explotación de los cuatro ejercicios anteriores; no habiendo tampoco facilitado al administrador concursal ninguna justificación de ello; habiéndole ya asignado en sus informes un valor cero a esta partida con el aquietamiento de la concursada; a lo que hay que añadir la constatación de únicamente dos servicios prestados por la empresa a lo largo de los años, así como la falta de lógica

de que casi la totalidad de los trabajadores de la plantilla a la declaración de concurso residiese en Cataluña, pese a no tener ahí la sociedad ningún local; cuando el trabajo debía desarrollarse en la nave de As Pontes; en la que no hubo actividad industrial; y ni siquiera se haya podido encontrar recibo ni rastro alguno de los supuestos abonos; en la misma línea que la falta de justificación de la realidad y valoración de la aportación no dineraria, superior a 500 mil euros, realizada por los socios en el momento de la constitución de sociedad; 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, y las cuentas de la sociedad simularían una actividad mercantil en realidad esencialmente inexistente.

Artículo 165 LC “ Presunciones Iuris Tantum “

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba número 57/2008 de 28 de Marzo

“ Las presunciones del artículo 165 LC sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados “.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 342/2011 de 25 de Noviembre

“ Por el contrario, cuando concurre una presunción iuris tantum del artículo 165 LC, ésta sólo permite tener por acreditado, salvo prueba en contrario, el elemento subjetivo, por lo que resulta necesario para calificar como culpable el concurso que, además, se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la Ley y la generación o agravación de la insolvencia “.

Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.

“ La aplicación del artículo 165.1 LC (que contempla la presunción de actuación culpable si se incumple el deber de solicitar la declaración de concurso), en relación con el artículo 5.1 LC (que establece la obligación del deudor de solicitar el concurso

dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia), puede estar justificada si ese comportamiento pudiese ser relacionado con la génesis de la insolvencia o, cuando menos, aunque el deudor no la hubiese generado por causa de ese comportamiento omisivo, su tardanza en acudir al concurso hubiera influido en el agravamiento de la misma. En tal caso la existencia de dolo o culpa en el comportamiento del deudor se presumiría y lo que habría que acreditar en la pieza de calificación sería exclusivamente que el retraso en la solicitud del concurso influyó en que la insolvencia se generase o, cuando menos, en que se agravase.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 176/2009 de 26 de Junio

La aplicación del artículo 165.1 LC (presunción de actuación culpable si se incumple el deber de solicitar la declaración de concurso), en relación con el artículo 5.1 LC (que establece la obligación del deudor de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia), puede estar justificada si, aunque el deudor no haya generado la insolvencia por causa de ese comportamiento omisivo, su tardanza en acudir al concurso hubiera influido en el agravamiento de la misma. En tal caso la existencia de dolo o culpa en el comportamiento del deudor se presumiría, y lo que habría que acreditar en la pieza de calificación sería exclusivamente que la insolvencia se agravó y que en ello influyó el retraso en la solicitud del concurso.

Incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso y con la administración concursal.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 989/2011 de 7 de Marzo

Como es sabido, el artículo 42 LC impone al deudor un deber de colaboración, no sólo en sentido pasivo, de someterse a los requerimientos del juzgado y de la administración concursal, sino también al activo, de informar sobre cuanto resulte trascendente. Tal deber implica a) deber de comparecer; b) colaborar c) Informar a la administración concursal y al juez del concurso de cuanto resulte necesario para el buen fin del proceso. El deber alcanza al deudor persona física y a los administradores, de hecho o derecho,

de la persona jurídica, actuales o que hubieren desempeñado el cargo en los dos años anteriores. No se duda de que también alcanzará al legislador de la persona jurídica que llega al concurso disuelta, como es el caso.. El incumplimiento de este deber se tipifica como presunción de dolo o culpa grave, a los efectos de declaración del concurso como culpable; además, puede dar lugar a actos de limitación de derechos fundamentales.

No formulación de las cuentas anuales; no sumisión de las mismas al auditor; falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba número 57/2008 de 28 de Marzo

Los razonamientos anteriores referidos a irregularidades contables relevantes incluíbles en el artículo 164.2 LC, determinarían que el concurso fuera declarado culpable, sin necesidad de examinar las presunciones iuris tantum de incumplimiento del deber de colaboración con el Juez y la administración concursal, y falta de depósito de cuentas. No obstante, respecto a la primera de ellas, conviene precisar que, si bien es cierto que una conducta que por definición es posterior a la declaración de concurso difícilmente puede contribuir a la generación de la insolvencia, sin embargo, sí puede contribuir a agravarla, puesto que un déficit de información sobre el patrimonio del concursado puede impedir la concertación de un convenio, o dificultar o falsear el proceso de liquidación ordenada de su activo para satisfacción de sus acreedores. Y respecto a la falta de depósito de las cuentas, puede agravar la insolvencia por una razón similar, en tanto que la falta de llevanza de una contabilidad ordenada y periódicamente formulada supone una ocultación a los socios y a los terceros de la verdadera situación patrimonial de la sociedad, que dificulte la elaboración del informe de la administración concursal, con lo que ello implica para el correcto devenir del procedimiento de concurso, y haga difícilmente comprensibles los datos a tener en cuenta por sus acreedores a la hora de formular o votar una propuesta de convenio o poder saber qué va a suceder con sus créditos en caso de liquidación.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA CALIFICACIÓN

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 27 de Enero de 2016 (Complicidad Concursal).
- SJM nº 2 de Valencia de 22 de Mayo de 2013: Concurso fortuito de tres sociedades.
- SAP Valencia, Secc 9ª de 20 de Marzo de 2014, confirma SJM en cuanto a dos sociedades, y declara culpable el de una tercera sociedad.
- FALLO TS: Confirma la sentencia de la AP de Valencia.

Fundamentos Jurídicos:

1.- Se considera el concurso como culpable cuando existe complicidad concursal en la cooperación dolosa (de una mercantil de la concursada, declarando personas afectadas a sus administradores), en actos posteriores a la declaración de concurso que inciden en la agravación de la insolvencia mediante una minoración patrimonial de la concursada, en perjuicio de los acreedores, sin recibir contraprestación alguna a cambio (art.166 LC)

2.- Aparte de que el art. 166 LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada al acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable, que conforme a lo previsto en los artículos 164 y 165 LC puede ser, según los casos, anterior o posterior a la declaración de concurso.

Comentarios:

Una vez producida la declaración de concurso de la sociedad, ésta procedió a entregar mercancías sin documentar ni la entrada ni la salida de las mismas, así como tampoco facturar y cobrar dichas mercancías, que eran realizados a una entidad administrada por la pareja del administrador de la sociedad concursada, librando ésta alguna factura de abono pero no restituyendo a la concursada los materiales recibidos; y todo ello sin conocimiento del administrador concursal, que conoció los hechos por sus conocimientos en el control de existencias.

El administrador concursal solicitó la culpabilidad del concurso en virtud del art.164.2.4ª LC, derivado del alzamiento de bienes del patrimonio de la sociedad concursada, ampliando los efectos del mismo a la administradora de la mercantil receptora de las mercancías no facturadas y pareja del administrador social de la concursada.

Afirma el TS que para poder determinar complicidad en la conducta de persona física o jurídica distinta de las enumeradas en el art. 172.2.1ª LC, tienen que darse dos requisitos:

- Que la conducta haya cooperado de manera evidente con el deudor persona física, o administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de actos en los cuales hayan servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable.
- Que la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave.

Por otro lado, se reafirma el TS que entre la conducta del administrado o liquidador y el tercero exista un obrar ejercicio conjunto para una misma finalidad, de donde cabe deducir que cómplice será quién haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y dicha colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de Abril de 2016. (ámbito de la calificación en reapertura del concurso por incumplimiento de convenio).
- SJM nº 1 de Las Palmas de 18 de Julio de 2011: Fortuito.
- SAP Las Palmas, Secc 4ª de 24 de Julio de 2013: Culpabilidad.
- FALLO TS: Estimación recursos de casación y fijación de Doctrina Jurisprudencial.

Fundamentos Jurídicos:

1.- La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los art. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se circunscribe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

2.- El TS se distancia de la doctrina que postulaba que el ámbito de cognición de la calificación tras la reapertura del concurso alcanzaba a todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC, cualquiera que fuera el supuesto de apertura de la liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se tratase de hechos examinados en la calificación anterior; interpretación que se justificaba en el deber legal de solicitar la liquidación al concursado, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos prometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

Esta doctrina ya había sido anticipada en la STS de 12 de Febrero de 2013.

El TS afirma que no tiene sentido “ Ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al apercibirse de la imposibilidad de cumplimiento, inste la apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del convenio.

De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de incumplimiento y de resolución del convenio.

Se trata de una interpretación más acorde con los artículos 167.2 y 164.2.3º LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación, pueda enjuiciarse lo que no puedo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

Comentarios:

Se trata de un supuesto donde el incumplimiento del convenio, determina la apertura de liquidación que se realizará en virtud del artículo 167.2ª LC, donde se trataría de analizar el comportamiento del concursado durante la fase de cumplimiento del convenio y su determinación sobre la calificación del concurso.

Según la doctrina, el incumplimiento de convenio da lugar a dos teorías:

- Se establece que debe limitarse a las causas del incumplimiento, en virtud de los artículos 168.2 y 169.3 LC.
- Se entiende que el ámbito de cognición alcanza a las conductas de los artículos 164 y 165 LC cualquiera que fuese el supuesto de apertura de liquidación y con independencia de que las conductas establecidas en dichos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que sean hechos verificados en la calificación anterior..

La sentencia refleja una idea que no se utiliza frecuentemente y es la de la frustración del convenio, lo que supone que en la sección reabierta se limita única y exclusivamente a la verificación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

Por lo que respecta al artículo 167.2 LC parece que la limitación únicamente se refiere a casos de reapertura por incumplimiento de convenio, ya que en ningún caso establece la reapertura por imposibilidad de cumplimiento. Por lo que, podemos decir, que mantienen un determinado vínculo dichos preceptos, que es la frustración del cumplimiento del convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y por consiguiente la reapertura de la sección de calificación.

Tal sentencia expone que todos estos casos deben ser tratados por igual porque en todos se produce la frustración del cumplimiento del convenio, o lo que es lo mismo, que no se ha conseguido la situación de insolvencia que derivó la apertura del procedimiento.

En ambos casos (incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento), determina que el incumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de Abril de 2016. (Retraso en la solicitud del concurso y salida fraudulenta de bienes).
- SJM nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 13 de Diciembre de 2011: Fortuito.
- SAP Tenerife Secc 4ª de 26 de Julio de 2013: Culpabilidad.
- FALLO TS: Confirma la sentencia del JM (fortuito)

Fundamentos Jurídicos:

a) Salida Fraudulenta de bienes. (art.164.2.5ºLC).

- La ley no exige el planteamiento previo a la acción de reintegración, pero en el caso enjuiciado sí se planteó, se estimó la demanda, pero se declaró mala fe.
- Se reitera la doctrina de la STS de 27 de Marzo de 2014, acerca de la inexigibilidad de “ animus nocendi “²³ y sí únicamente de la “ sciencia fraudis “²⁴ para que concurra fraude basta con la simple conciencia de causarlo.
- Si el razonamiento sobre la culpabilidad se realiza con fundamento en los mismos hechos enjuiciados en el incidente de reintegración, que se estimó pero sin considerarse que hubiera mala fe, el TS estima que no procederá apreciar la culpabilidad en la calificación por cuanto que “ en el mismo concurso no puede considerarse en dos resoluciones recaídas en secciones diferentes que un mismo negocio jurídico no haya mala fe en su celebración y al mismo tiempo sea fraudulento.

b) Retraso en la solicitud del concurso. (art. 165 LC).

- Reitera la doctrina de la SSTS de 1 de Abril de 2014 y 7 de Mayo de 2015. No hay correlación automática entre la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas con la aplicación de la presunción iuris tantum de agravación de la insolvencia del artículo 165.1 LC.

²³ Propósito de dañar o perjudicar.

²⁴ Conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio con la salida de los bienes.

- La insolvencia no se identifica con las pérdidas agravadas, ya que cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea superior al pasivo y sin embargo el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues con financiación.
- Y puede ser al contrario, el activo puede ser superior al pasivo y el deudor carece de liquidez, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones y determinaría la insolvencia actual.
- Por lo que respecta a la existencia de fondos propios negativos y la situación de insolvencia, no es correcta según reitera la doctrina de la STS de 3 de Julio de 2014: el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer, y la STS de 17 de Septiembre de 2015 establece que es indispensable por el administrador de la concursada, probar que el retraso en la solicitud del concurso no incidió en la agravación de la insolvencia.
- También reitera la doctrina de la STS de 12 de Enero de 2015, la duración de la demora y la importancia del aumento del déficit patrimonial son los dos elementos objetivos necesarios en relación al criterio normativo de agravación de la insolvencia como causa para apreciar la culpabilidad en el retraso de la solicitud del concurso.

Comentarios:

Dicha sentencia entiende que no puede determinarse la calificación del concurso como culpable en la causa del artículo 164.2.5º LC (salida fraudulenta de bienes) cuando, por los mismos hechos, se realizó una acción de reintegración y se declaró que en ningún caso hubo mala fe.

Se aprecia establece la concurrencia de esta causa de culpabilidad con fundamento en los mismos hechos enjuiciados en el incidente incoado para la resolución de la acción de reintegración de la masa. Sin embargo, la sentencia dio lugar a la rescisión de las operaciones que se consideraron perjudiciales para la masa, no se consideró que hubiese mala fe. Por lo que, en el mismo concurso no puede considerarse en dos resoluciones recaídas en secciones diferentes que en un mismo negocio jurídico no haya mala fe en su celebración y al mismo tiempo sea fraudulento. Del mismo modo retrocede la causa

de culpabilidad del art. 165 LC relativa al retraso de solicitar la declaración de concurso ya que la sentencia de instancia no se justifica en que grado ello agravó la insolvencia.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de Julio de 2016. (La culpa en materia de irregularidades contables y responsabilidad por daños y perjuicios y responsabilidad concursal).
- SJM nº 1 de San Sebastián de 7 de Marzo de 2008: Culpabilidad.
- SAP de Guipúzcoa Secc 2ª de 15 de Abril de 2013: Confirma y amplía la responsabilidad al pago de indemnización de daños y perjuicios.
- FALLO TS: Confirma la SAP (culpabilidad, suprimiendo la responsabilidad de daños y perjuicios).

a) La culpa en materia de irregularidades contables.

- Por lo que se refiere al artículo 164 LC, ya está incluida en la omisión de los deberes contables.

b) Responsabilidad por daños y perjuicios y responsabilidad concursal.

- Se estima el recurso de casación y se suprime la indemnización de daños y perjuicios, realizándose una distinción entre la referida responsabilidad y la responsabilidad por déficit.
- Se reitera la doctrina diferenciadora ya sentada en la sentencia número 108/2015, de 11 de Marzo, entre la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad del art. 172.2.3º LC (indemnización por daños y perjuicios anudada a una concreta conducta perjudicial contra la masa), que se extiende no sólo a los afectados, sino también a los cómplices (a quienes no se les puede pedir responsabilidad por déficit); y la responsabilidad por déficit, que requiere una justificación añadida y que no es consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, y que exige una justificación añadida, a tener de una valoración de los criterios normativos que fundamentan el reproche a tenor de los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de los administradores.

- Para el TS, las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar el pago de los créditos nacidos después del 1 de Marzo de 2005, ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto por el art. 172.2.3º LC, ya que no resarcen a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal, según el art. 172 bis LC y, por el contrario, sintetizan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley concursal, que además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum a favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al 1 de Marzo de 2005 (fecha del fin de la liquidación y que no resultaron pagados por ella).

Comentarios:

Ninguna de las partes (Administración Concursal, Ministerio Fiscal y TGSS) citó concretamente el precepto en que basaban su solicitud de condena al pago de los créditos no satisfechos, ya que invocaron genéricamente el art. 172 LC, lo cierto es que de esa pretensión se deducía que lo que postulaban era la condena a la cobertura del déficit concursal.

Cita la sentencia, que con carácter general, el artículo 25 CCom establece que el empresario es responsable de la contabilidad cuya formulación delegue en terceros, ya que el nombramiento de administrador de una sociedad no es meramente formal, sino que conlleva una serie de obligaciones, entre ellas las de llevanza y formulación de la contabilidad: por tanto, el administrador no puede ampararse en la actitud del otro administrador, ya que si consideraba que el mismo le dificultaba completamente el cumplimiento de sus obligaciones, debería haber activado los recursos necesarios para corregirlo, o, en último caso haber renunciado al cargo.

Por lo que respecta a la condena de daños y perjuicios, se suprime tal indemnización , porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de Marzo de 2005, ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el artículo 172.2.3º LC, ya que en ningún caso resarcen la masa, sino únicamente a unos determinados acreedores, así como tampoco condenan a la cobertura del déficit concursal previsto en el artículo 172 bis

LC, y por el contrario alteran la “par conditio creditorum”²⁵ a favor de determinados acreedores, aquellos cuyos créditos surgieron a partir del 1 de Marzo de 2005

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de 22 de enero de 2016. (Condena al 75% déficit concursal).
- SJM nº 3 de Alicante de 23 de Diciembre de 2014: Culpabilidad y condena a la cobertura del 75% del déficit concursal).
- SAP Secc.8. Confirma la culpabilidad y la condena del déficit.

Fundamentos Jurídicos:

- La conducta determinante de la culpabilidad se regula en el art. 164.1 LC (deficiente política laboral), que lleva a agravar la situación de insolvencia, ampliando el pasivo por razón de la deuda derivada de la declaración de improcedencia de los despidos, al haberse tramitado incorrectamente.
- Como no se cuestiona en el recurso el porcentaje de cobertura del déficit del 75%, éste se mantiene.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP 10 de Junio de 2016. (Supresión de la condena al déficit concursal).
- SJM nº 2 de Alicante de 3 de Noviembre de 2015: Culpabilidad y determinación de la condena al déficit concursal).
- SAP Secc 8ª: La suprime ya que en la sentencia la anuda a la concurrencia de la causa de concurso culpable del art. 164.2.4ª LC (doble contabilidad e

²⁵ Igual condición de crédito

irregularidades contables relevantes), y además por cuanto que no se concreta en detalle la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (no consta la relación causal entre la conducta que califica el concurso culpable con la insolvencia o su agravación.

- La sentencia de instancia no anuda exclusivamente a la causa del artículo 164.2.4ª LC a la condena del déficit, sino igualmente al resto de causas del artículo 165.1 LC, apartados 1º, 2º y 3º LC. No puede suprimirse la condena al déficit, al mantenerse la culpabilidad.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de 15 de Julio de 2016. (Calificación tras reapertura por incumplimiento de convenio).
- SJM nº 1 de Alicante de 30 de Diciembre de 2015: Fortuito.
- SAP confirma criterio, ya que se asume el criterio de la STS de 13 de Abril de 2016 y desplaza la carga de la prueba de la causa de la culpabilidad a la administración concursal: La falta de prueba de la causa del incumplimiento del convenio conlleva la falta de causa de la culpabilidad invocada.. La administración concursal no puede respaldarse en la imposibilidad de prueba por incumplimiento por falta de colaboración de la concursada, en virtud de la doctrina de la STS de 13 de Abril de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- *Farias Batlle M. “ La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales “ RDM 2004 n° 251 pag. 67 y ss*
- *Manual de Derecho Mercantil. Volumen 10º. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno. Editorial Marcial Pons.*
- *El concurso de acreedores culpable/ Calificación y responsabilidad Concursal. José Machado Plazas. Editorial Thompson-Civitas.*
- *Comentario de la Ley Concursal. Ángel Rojo y Emilio Beltrán. Editorial Thompson-Civitas.*
- *“ Calificación del concurso “ Sancho Gargallo, Ignacio. Editorial Aranzadi 2005 pag. 545-580.*
- *Díaz Echegaray, J.L. “Calificación del concurso”. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Thompson-Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp.22*
- *Vázquez Cueto, J.C. “ La calificación del concurso “ en la obra colectiva Derecho Mercantil. Derecho Concursal, Vol 10º, coordinada por Jiménez Sánchez, G.J./Díaz Moreno, A., Ed. Marcial Pons, Madrid 2014, pp.507.*
- *Ley Concursal Comentada. Agustín Macías Castillo y Ramón Juega Cuesta. Grupo Francis Lefevre) El Derecho.*
- *Fernández Fernández I. “ La calificación del concurso “ Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE pag. Enero-Abril de 2004 pag 193 y ss.*
- *Ferrer Barrientos A. “ La calificación del concurso “ RJC, 4, 2004 pag 1215 y ss*
- *“ Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación “, en Est. Olivencia, V. pag 4.913 y ss*
- *“ La calificación del concurso “ , Aranzadi, Pamplona 2004.*
- *“ El concepto de irregularidades contables relevantes en la calificación del concurso de acreedores “. Gurrea Martínez, Aurelio.*
- *VII Jornadas sobre Derecho Concursal. Noviembre de 2016. Ilustre Colegio de Abogados de Elche. Magistrado D. José Luís Fortea Gorbe.*
- *Base de datos Sepín. www.sepin.es*

CONCLUSIÓN

Con este trabajo, hemos pretendido dar a conocer la interpretación que viene realizándose a propósito de la calificación concursal. En particular, de la jurisprudencia relativa a las presunciones de culpabilidad, que, como sabemos, son de naturaleza diversa.

Como sabemos, la Ley Concursal establece dos tipos de presunciones, como son las presunciones iuris tantum de dolo o culpa grave, que admiten prueba en contrario y las presunciones iuris et de iure de culpabilidad del concurso, que en ningún caso admiten prueba en contrario.

Podemos determinar que el concurso será considerado culpable cuando el deudor persona tanto física como jurídica (ya sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales) haya generado o agravado el estado de insolvencia con dolo o culpa grave, lo que supone el establecimiento de un mecanismo causal, que refleja evidentes dificultades probatorias.

Con ello, hemos querido reflejar en éste trabajo el mecanismo que conlleva el procedimiento concursal para determinar cuando un concurso es declarado culpable o fortuito, en función de las presunciones, que, con las mismas va a determinar si el concurso será declarado culpable o fortuito.

Por lo que, en función de la calificación del mismo va a llevar aparejada una responsabilidad al deudor persona física o persona jurídica (ya sean administradores, liquidadores, de hecho o derecho, o apoderados generales) en caso de que el concurso sea declarado culpable, así como estará exento de responsabilidad en el caso haberse producido el concurso de forma fortuita.