

“La configuración de la sección de calificación del concurso de acreedores en el derecho español”¹

por Ana Belén Campuzano²

I. EL DISEÑO LEGAL DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. La función sancionadora de la sección de calificación

En la legislación concursal española la calificación del concurso es aquella sección del proceso concursal legalmente prevista para establecer, en los casos que la propia Ley determina, los efectos civiles de la responsabilidad por la generación o la agravación de la insolvencia en la que pudieran haber incurrido el concursado, sus representantes legales y sus administradores —o liquidadores— así como, en su caso, los cómplices³. Se trata de una sección del concurso que ha evolucionado considerablemente desde unos orígenes vinculados a la represión penal de la insolvencia. La Ley Concursal cierra -hasta

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación “Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa”. RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

² Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU

³ El cuerpo central que recoge la normativa en materia concursal es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Junto a ella se encuentran diversas normas de desarrollo, entre las que cabe citar, el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales; el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, que desarrolla el régimen de difusión y publicidad de las resoluciones concursales; el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, que regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía de los administradores concursales; el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que regula el Registro Público Concursal; y la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, que aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Además, para la comprensión de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha de tenerse en cuenta que esta normativa ha sido objeto de sucesivas reformas de gran calado: el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo; y el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio.

DECONOMI

el momento- la evolución de esta institución, contemplando sólo dos clases de concurso: fortuito y culpable (art. 163.1)⁴.

El concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los administradores del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores. Esta función de represión civil se concreta en la formación y tramitación de la sección sexta del concurso o sección de calificación (art. 183-6º LC), que finaliza necesariamente con la sentencia de calificación, en la que el concurso se califica como fortuito o culpable y que contendrá una serie de pronunciamientos en los que se determinarán las consecuencias concretas que de ella se derivan (arts. 172 y 172 bis LC). Esta función represora conecta con las otras funciones del concurso de acreedores asistiéndolas para su consecución. La función represora puede cumplir simultáneamente una función solutoria en aquellos casos en los cuales la sección sexta se abre –o reabre- como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación en el concurso y este es calificado como culpable. En este supuesto, el juez del concurso tiene la facultad de condenar a los administradores de la sociedad deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial (art. 172 bis LC) y, así, a la vez que se reprime la conducta de aquellos que generaron o agravaron la insolvencia interviniendo dolo o culpa grave, se permite aumentar el grado de satisfacción concursal. Asimismo, se observa la conexión entre la función represora y la tan deseada función conservativa del concurso. La pieza de calificación cumple, en este sentido, la función de evitar que la insolvencia se agrave y que el deudor llegue al concurso en un estado que posibilite la continuación de la actividad. Para lograr que las empresas lleguen a tiempo al concurso cabe establecer ciertos incentivos, algunos de ellos directamente relacionados con la calificación del concurso. Si el

⁴ En relación con la sección de calificación concursal, entre otros, ROJO, A. – CAMPUZANO, A.B. (Dir.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019; MACHADO, J. *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*, Pamplona, 2006; PÉREZ BENITEZ, J.J. “Problemas procesales de la calificación del concurso”, *ADCo*, núm. 14, 2008, págs. 149-184; SANCHO GARGALLO, I. “La calificación del concurso”, en AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, 2005, págs. 545-580; SARAZÁ, R. “Responsabilidad concursal y grupos de sociedades”, *ADCo*, núm. 10, 2007, págs. 229-264.

DECONOMI

concurso se solicita voluntariamente, y a tiempo, no se aplicará la presunción de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165-1º LC), como tampoco se abrirá la calificación en caso de que se produzca el cumplimiento íntegro de un convenio no gravoso (art. 167 LC).

Pero, no es menos cierto, que la sección de calificación del concurso cumple de manera autónoma la función de reprimir, en general, futuros comportamientos dolosos o gravemente culposos que puedan dar origen a nuevas situaciones de insolvencia y paralelamente, en particular, la tarea de eliminar del tráfico a aquellos deudores que con su comportamiento doloso o gravemente culposo originaron o agravaron la insolvencia de una sociedad. Este fin se logra mediante la sanción de inhabilitación (art.172.2-2º LC). Si el concurso fuera calificado como culpable, la sentencia que así lo declare deberá contener, necesariamente, *la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos*. Con esta disposición se evita que en el futuro se produzcan comportamientos similares por parte de aquellos que ya demostraron su ineptitud para administrar. Desde esta óptica, la función represora del concurso persigue, además, precaver a los terceros titulares de patrimonios de una posible administración descuidada mediante la inhabilitación para administrar patrimonios ajenos que se aplica a los sujetos responsables. Por ello, el concurso de acreedores, y en particular la sección de calificación del concurso, además de proteger intereses privados, se configura como un mecanismo de salvaguarda del interés público, lo que queda patente en la presencia del Ministerio Fiscal como sujeto con legitimación originaria para proponer la calificación del concurso (art. 169 LC), y es que al Estado le interesa la protección del crédito, el mantenimiento del principio de seguridad en el tráfico económico, la defensa de la lealtad en las transacciones comerciales y, en general, eliminar el daño que las insolvencias empresariales suponen para los intereses sociales y la economía pública⁵.

⁵ La *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 21 de noviembre de 2007* destaca la importancia de la sección de calificación en el concurso y la finalidad de defensa tanto

DECONOMI

Ahora bien, desde una perspectiva histórica, la Ley Concursal suaviza la función sancionadora del concurso, pues la sección de calificación no se abre en todos los procesos concursales. Existe un supuesto en el que no se entrará a valorar la conducta del deudor: en caso de convenio no gravoso que resulte íntegramente cumplido (art. 167 LC)⁶. En este supuesto, en el que el concurso concluye con un resultado “deseable”, se establece un incentivo al concurso de acreedores cuya finalidad es fomentar que las empresas utilicen el proceso concursal como modo natural de solución de las crisis empresariales y que, además, lo utilicen a tiempo. Se pretende, ante todo, paliar el problema de la apertura tardía del proceso concursal. El estímulo consiste en que no se formará la sección de calificación del concurso –la sexta- cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo por tales las clases

de intereses privados como públicos que esta cumple. Así, señala que *los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores.*

⁶ PEREZ DE LA CRUZ, A. “Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley concursal”, en *Estudios sobre la ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, V, Madrid, 2004, págs. 4999-5012. Señala la *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, de 19 de septiembre de 2011, que la calificación tampoco es la finalidad del concurso, sin perjuicio de su dosis de interés público y de su mayor o menor importancia práctica, incluso disuasoria o preventiva de actuaciones reprochables en el tráfico jurídico y mercantil que la Ley tipifica. A diferencia de otras secciones, o de la regulación anterior de carácter más bien represivo, presidida por la sospecha tradicional de que “quien quiebra defrauda” y un mayor interés público que privado, que imponía la depuración de responsabilidades, incluso como presupuesto de las penales (arts. 886 ss. Código de Comercio), la Ley actual no ha seguido tal sistema sino que la apertura de la sección sexta de calificación no es siempre obligatoria ni imprescindible, al tener como presupuesto que se haya aprobado un convenio con una quita o una espera que excedan del límite legal o se hubiera abierto la fase de liquidación. En la misma línea, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm 1, de Madrid de 13 de octubre de 2006, indica que la Ley Concursal no atribuye al proceso concursal la “función represora” en todos los casos, sino sólo en aquellos en que concurren determinadas circunstancias que el legislador ha valorado como de especial gravedad y que merecen el reproche previsto (...). Con independencia de las circunstancias que deben concurrir para que el concurso pueda ser calificado de culpable, la Ley Concursal siquiera permite abrir la Sección Sexta si no es en el caso que se apruebe un convenio que establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases una quita superior a un tercio de sus créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1-1º LC), en el de apertura de la fase de liquidación (art. 163.1-2º LC). (...) El carácter sancionador que debe atribuirse a los pronunciamientos que eventualmente pueden dictarse en el ámbito de la sección sexta, impide aplicar por analogía las previsiones para su apertura a casos distintos o a supuestos diferentes que los expresamente previstos en la Ley.*

DECONOMI

de acreedores privilegiados recogidas en la lista elaborada por la administración concursal (art. 94.2), una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (art. 167 LC), es decir, si el deudor satisface todas sus deudas en menos de tres años o si paga inmediatamente una parte sustancial de las mismas⁷. De este modo, si el deudor

⁷ La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de enero de 2019*, gira en torno a cuál debe ser la correcta interpretación de los presupuestos legales para la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, conforme a la regulación contenida en el artículo 167.1 de la Ley Concursal. Señala la sentencia que *tanto en la regulación originaria como la actual (la posterior a la Ley 38/2011), la regla general es que procede la apertura de la sección de calificación salvo cuando se hubiera aprobado un convenio “poco gravoso” (término empleado por la sentencia de 29/2013, de 12 de febrero) y mientras no se acuerde la apertura de la liquidación como consecuencia de la frustración del convenio. La razón de que no se abra en estos casos la sección de calificación radica en que, en atención al contenido del convenio, se estima que las consecuencias de la insolvencia del deudor común para sus acreedores no han sido tan gravosas como para que se haga necesario exigir responsabilidades por la generación o agravación de la insolvencia. En lo que difieren la regulación originaria y la actual es en lo relativo a qué ha de entenderse por convenio “poco gravoso”. En la redacción originaria estaba muy claro, como se puede apreciar de la dicción del artículo 163 de la Ley Concursal (...) Tal y como estaba redactado, en sentido afirmativo (“procederá la formación de la sección de calificación”), no había duda de que bastaba para ello que el convenio aprobado contuviera una quita superior a un tercio o una espera mayor de tres años, ya fuera para todos los acreedores o para alguna clase. De esta forma, el estándar de convenio “poco gravoso” exigía que para ninguna clase de acreedores se hubiera aprobado una espera superior a tres años o una quita mayor de un tercio. El problema de interpretación legal que suscita el presente recurso viene provocado por la reforma introducida con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que además de trasladar la regulación de la apertura de la sección de calificación del artículo 163 al artículo 167.1 de la Ley Concursal, alteró su formulación, pues pasó a estar redactado en sentido negativo (...). Esta formulación negativa con la misma doble especificación respecto del contenido del convenio aprobado, de una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, y de que fuera para todos los acreedores o para los de una o varias clases, en la que se emplea una conjunción disyuntiva y no copulativa, cambia el sentido. Da a entender que basta con que la quita sea inferior a un tercio o la espera inferior a tres años, sin que se den las dos a la vez, o que lo fuera para alguna de las clases de acreedores, para que ya no proceda abrir la sección de calificación, y por lo tanto para que estemos ante un convenio “poco gravoso”. Una reforma legal posterior, en concreto la introducida por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, aunque no resulte de aplicación, ilustra cómo debe interpretarse el precepto (párrafo segundo del art. 167.1 LC). Frente a una interpretación literal de la norma, que podía suponer una amplia facilidad para eludir la apertura de la sección de calificación, cabía cuestionarse si era esto lo que pretendía la Ley 38/2011, y si no habría sido fruto de un error de redacción no deseado al establecer la excepción de los convenios “no gravosos” a partir de la reseñada formulación negativa. Pero la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que hubiera permitido corregir esta redacción para aclarar el supuesto equívoco, ha puesto de manifiesto que no existía tal equívoco. Esta última reforma ha mantenido en lo que ahora interesa la formulación negativa de la excepción a la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, junto con el uso de la conjunción disyuntiva “o”, y se ha limitado a aclarar que dentro de la mención a las clases de acreedores, se incluye también la prevista en el artículo 94.2 de la Ley Concursal. Al respecto, es muy significativo lo que afirma la exposición de motivos, que justifica esta modificación por la necesidad de clarificar las dudas interpretativas existentes en torno al término “clases”. En consecuencia, aunque nos parezca que la interpretación literal del precepto puede dar lugar a que se eluda la apertura de la calificación en casos en que el contenido del convenio para la mayoría de los acreedores podría considerarse muy gravoso, la Ley lo ha previsto expresamente así y cuando ha tenido oportunidad de rectificarlo no lo ha hecho. BAENA, P.J. “Los presupuestos legales para la no formación de la sección de calificación del concurso en caso de aprobación judicial del convenio”, *ADCo*, núm. 48. 2019; RODRÍGUEZ RUIZ DE*

DECONOMI

ofrece una solución razonable a sus acreedores, no sufrirá sanción concursal alguna, lo que tiene especial interés en caso de personas jurídicas para evitar la especial responsabilidad que puede imputarse a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho en la sección de calificación (art. 172 bis LC). Esta opción legal no puede ser desconocida por el juez del concurso: si el deudor consigue la aprobación judicial de un convenio con quitas o esperas inferiores a los referidos límites legales, no se formará la sección de calificación, lo que constituye un poderoso estímulo para que inste su propio concurso cuando sea todavía posible una satisfacción de los créditos en grado razonable, aunque, como es lógico, corresponderá a los acreedores decidir si aceptan el referido convenio o prefieren otra solución que consienta formar la sección de calificación. Todo ello se entiende, además, sin perjuicio de que la sección de calificación haya de formarse precisamente como consecuencia del fracaso del convenio que determine la apertura de la fase de liquidación (arts. 142 y 143).

Además, no toda insolvencia que finalice con un resultado gravoso para los acreedores será finalmente sancionada. Lo será aquella en la que en su generación o agravación haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2). Este desaseveramiento de la Ley Concursal respecto al régimen de quiebras no hace sino reafirmar aún más la idea de que la función represiva del concurso está vigente en nuestro ordenamiento, lo cual es coherente con el hecho de que sólo aquellos comportamientos merecedores de reproche serán los que lleven aparejados una sanción. En el derecho concursal actual la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o estigma del deudor –por eso la Exposición de Motivos de la Ley Concursal habla de la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil- pero, en determinados supuestos establecidos legalmente, si se produce la apertura de la sección de calificación, entre cuyos fines se encuentra sancionar civilmente determinadas conductas⁸.

VILLA, D. “La no apertura de la sección de calificación en el concurso tras convenio concursal poco gravoso: análisis de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 31 de enero de 2019”, *ADCo*, núm. 48, 2019.

⁸ La *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010*

DECONOMI

Así, la función represora tiene carácter especial en la medida en que tan sólo opera en determinados concursos. El presupuesto objetivo para la formación de la sección de calificación consiste bien en la apertura de la fase de liquidación, bien en la aprobación de un convenio especialmente gravoso — expresión que utiliza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal—. La efectividad de esta función de represión es, pues, eventual. En primer lugar, porque pueden existir concursos real y efectivamente culpables (esto es, concursos en los que la insolvencia haya sido causada con dolo o culpa grave por el deudor) que, sin embargo, no den lugar a la formación de esa sección por no concurrir ninguno de los dos presupuestos objetivos señalados. En segundo lugar, porque, aun cuando exista culpa en la causación o generación de la insolvencia o culpa en el agravamiento de esa insolvencia, puede suceder que dicha culpa no sea grave, sino media o leve, y sólo el dolo o el grado mayor de la culpa son tenidos en cuenta por la Ley a los efectos de la calificación. En aquellos concursos en los que la insolvencia ha sido generada o agravada por simple culpa del deudor persona natural o de los administradores del deudor persona jurídica no procede la calificación del concurso como culpable. Concurso culpable no es aquel en el que la insolvencia ha sido causada o aumentada por culpa del deudor, sino sólo aquel en el que en la generación o en el agravamiento de la insolvencia haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2).

En definitiva, la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio. Y aunque es cierto que un proceso concursal no es un

*destaca que la sección de calificación no es un proceso de investigación general acerca de la actuación económica de la concursada o de las personas afectadas por la calificación, ni sobre la certeza o inexactitud de las causas que dan lugar a la declaración de concurso, sino que se dirige a dilucidar si se han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación de concurso culpable, bien en la general (art. 164.1 LC), bien en las específicas (arts. 164.2 o 165 LC). Y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 30 de junio de 2011, indica que el legislador no atribuye a la situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria. El régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta (desvalor de la acción) del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado (desvalor del resultado) consistente en el agravamiento o causación del estado de insolvencia. Así, el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia (art. 2 LC), sino en la conducta activa u omisiva del deudor respecto a la producción o agravación de la misma. GARCÍA-CRUCES, J.A. “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, *La Reforma de la Legislación Concursal (ROJO)*, Madrid, 2003, págs. 247-321.*

DECONOMI

proceso penal- se mantiene la independencia entre la calificación concursal y la eventual calificación penal de las conductas⁹- también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. En la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de mayo de 2019*, se plantea un supuesto en el que una entidad bancaria interpone demanda de protección jurisdiccional civil del derecho al honor contra los periodistas que escribieron varios artículos que la entidad consideraba que constituían una intromisión ilegítima en su honor y contra la editora -y su director- del periódico digital que los publicó. Un primer artículo versaba sobre las cuentas anuales presentadas por la entidad en un concreto ejercicio económico; los otros, sobre la implicación de otra entidad bancaria, posteriormente integrada en ella, en actividades de blanqueo de capitales y de alzamiento de bienes en una sociedad que se encontraba en concurso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que se recurrió, consideraron que la conducta de los demandados estaba amparada por el ejercicio legítimo de las libertades de información y, en menor medida, de expresión, puesto que se informó sobre hechos de relevancia pública, de manera veraz, en el sentido que a este requisito otorgan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, y no se realizaron juicios de valor injuriosos. La entidad bancaria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, en los que circunscribía su impugnación a las informaciones que le imputaban comportamientos delictivos y a la que le atribuía haber realizado "contabilidad

⁹ La calificación del concurso no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito (art. 163.2 LC, que reitera la regla ya proclamada en el Código Penal). Con esta regla se quiere poner de manifiesto la plena autonomía de la jurisdicción penal respecto de la calificación del concurso. En realidad, la insolvencia como tal no es objeto de represión penal, aunque será posible su consideración criminal cuando, en razón de las circunstancias, pueda ser subsumida en alguno de los tipos penales. En sentido contrario, se establece que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de su tramitación (art. 189 LC). No obstante, ante la solicitud de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por parte del deudor persona natural (178 bis LC), cuando existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión hasta que exista sentencia penal firme. La independencia de la calificación concursal y de la penal y la circunstancia de que los efectos de la calificación del concurso sean primordialmente jurídico-privados permiten afirmar que la calificación persigue la misma finalidad solutoria y conservativa del concurso. Ahora bien, la calificación cumple también una función sancionadora, de carácter civil.

DECONOMI

creativa" en la elaboración de las cuentas anuales de un concreto ejercicio económico. La referida sentencia entiende que la Audiencia Provincial aplicó correctamente la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo relativa a la ponderación que es necesario realizar cuando entran en conflicto las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Así, se considera que para realizar esa ponderación no pueden tomarse en consideración aisladamente algunas frases o expresiones de los artículos periodísticos. Y tampoco pueden contemplarse aspectos aislados de los hechos que son objeto de los artículos periodísticos para determinar el interés público de la cuestión objeto de la información y el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información. En este sentido, sintetizando los hechos relevantes descritos por la Audiencia Provincial, se destaca que en el proceso concursal tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal habían solicitado la calificación del concurso como culpable y que la primera solicitó que el banco, hoy integrado en la entidad bancaria recurrente, fuera declarado cómplice. Y, se indica que, aunque es cierto que un proceso concursal no es un proceso penal, también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. Y así sucedía, al menos indiciariamente, en el proceso concursal sobre el que versaba la información, en el que se acusaba al administrador social de haber distraído una elevada cantidad de dinero del patrimonio social mediante disposiciones en efectivo y mediante cheques al portador, lo que podía constituir también un delito de blanqueo de capitales. En la comunicación que el organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales (el SEPBLAC) remitió al juzgado, se manifestó que el banco - posteriormente integrado en la entidad bancaria recurrente- debió haber informado de tal conducta al citado organismo. Y la administración concursal solicitó, por tales hechos, que dicho banco fuera declarado cómplice en la sentencia que calificara el concurso como culpable. Asimismo, lo acontecido con la sociedad concursada (el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y el blanqueo de capitales) era objeto de un proceso penal. En definitiva, se considera que pese a haber incurrido en imprecisiones, la esencia de la información facilitada por el periódico sobre estos hechos no podía ser calificada

de inveraz: se había producido una conducta presuntamente delictiva, que era objeto de un proceso penal; el banco incumplió su obligación de informar de la misma al organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales; y en la sección de calificación del concurso en el que esa conducta era alegada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal como determinante del carácter culpable del concurso, la administración concursal había solicitado que el banco fuera declarado cómplice. Habida cuenta de que el periodista había tenido acceso a los documentos del proceso concursal en que se reflejaban estos hechos y había consultado con el abogado que defendía a la entidad bancaria en dicho proceso, tampoco se entendió que pudiera hablarse de falta de diligencia en la averiguación de los hechos¹⁰.

2. La apertura de la sección de calificación

Cuando proceda, la calificación del concurso se realizará dentro de la sección sexta, cuya formación no se confía a la iniciativa de los interesados, sino que se impone al propio juez del concurso, que deberá ordenar de oficio su formación en la misma resolución por la que apruebe un convenio que determine

¹⁰ Añade la citada *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019* que teniendo en cuenta que está reconocida la existencia de reuniones entre el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), organismo supervisor en la prevención del blanqueo de capitales, y responsables de la entidad bancaria, la formulación de hipótesis razonables por parte del periodista sobre el alcance de estas reuniones (que la entidad bancaria había sido convocada por el SEPBLAC y que este había hecho a la entidad bancaria objetivo prioritario de sus investigaciones) está amparada por el legítimo ejercicio de la libertad de prensa, pues es incompatible con esta libertad impedir que se formulen razonadamente conjeturas (STC 171/1990, de 12 de noviembre y STS 437/2015, Sala Primera, de 2 de septiembre). A este respecto, se señala que si en la investigación de hechos tan graves como los que afectan al blanqueo de capitales, y en la publicación del resultado de esa investigación, para que su conducta no se considere ilegítima y vulneradora del derecho al honor, se exigiera a los medios de información un rigor y exactitud absolutos, se cercenaría gravemente la libertad de prensa, en un modo incompatible con las exigencias que se derivan del artículo 20.1.a y d de la Constitución y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las libertades de expresión e información no constituyen simples derechos de libertad, que reclaman la ausencia de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Son también garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En definitiva, se considera que concurriendo el requisito de la relevancia pública de la información, no siendo suficiente para desvirtuar el cumplimiento del canon de la veracidad las inexactitudes y errores circunstanciales de la información, y difundándose esta por un medio de prensa institucionalizado como es el diario digital que las publica, debe prevalecer el ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, que por tanto excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del banco.

DECONOMI

su necesidad, apruebe el plan de liquidación u ordene la liquidación conforme a las normas legales¹¹. La sección de calificación se encabeza con el testimonio de la resolución judicial en la que se hubiera ordenado su formación y a ella se incorporarán testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiera presentado el deudor con la solicitud de concurso o a requerimiento del juez, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración (art. 167.1-III). No obstante, de acuerdo con el principio dispositivo, corresponde a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la iniciativa en el procedimiento de calificación. Cualquier acreedor, concursal o de la masa, y, en general, cualquier persona que acredite interés legítimo tiene derecho a personarse y ser parte en la sección y alegar cuanto considere relevante para la calificación, siempre que lo haga dentro de los diez siguientes a contar desde la última de las publicaciones de la resolución judicial que hubiera ordenado la formación de la sección (art. 168), si bien la intervención será a sus expensas cualquiera que fuesen los resultados¹².

¹¹ Téngase en cuenta que la calificación puede realizarse sin necesidad de declaración de un concurso de acreedores, cuando se produzca la intervención de entidades de crédito, de inversión y de seguro. La sección de calificación no se formará en cualquier caso de intervención, sino sólo cuando se adopten medidas que comporten la disolución y liquidación de la entidad y que excluyan la posibilidad de declarar el concurso (art. 174.1), lo que reduce considerablemente el ámbito de aplicación. En tal caso, surgirá un deber de la autoridad de control y supervisión que hubiera adoptado las medidas de intervención de la entidad en crisis de comunicar su adopción al juez que fuera competente para declarar el concurso de la entidad intervenida (art. 174.1). Recibida la oportuna comunicación, el juez, sin previa declaración de concurso de la entidad afectada, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o de la autoridad que hubiera acordado la intervención, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación (art. 174.2-I). A ese auto se le dará la publicidad requerida para la resolución judicial de apertura de la liquidación (arts. 174.2-II, 144, 23 y 24). La sección de calificación abierta de forma autónoma como consecuencia de las medidas administrativas de intervención de entidades en crisis se sujeta a diversas especialidades (art. 175), entre las que destacan la ampliación del plazo de personación de interesados y la atribución de la función de emitir el informe sobre la calificación a la autoridad supervisora.

¹² Señala el *Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de enero de 2018*, que en efecto, la *sentencia recurrida razona que la calificación del concurso no puede basarse en alguna causa que no haya sido alegada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, y que tanto el Ministerio Fiscal como la administración concursal invocaron las mismas causas de culpabilidad del concurso ya alegadas (...), haciendo suya la documentación aportada por el acreedor, pudiendo la concursada, y las personas afectadas por informe y dictamen, pronunciarse sobre dicha documentación. Por lo tanto, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, así, la Sentencia del Tribunal Supremo 10/2015, de 7 de enero: De cuanto antecede se desprende que la intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el artículo 193.2 de la Ley Concursal, y se acomoda mejor a la modalidad de "intervención adhesiva simple", que contempla el artículo 13.1 de la Ley Concursal, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, no pueden sostener otras distintas. Sus iniciales alegaciones tan sólo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un*

DECONOMI

Se impone a la administración concursal el deber de presentar al juez del concurso un informe sobre los hechos que considere relevantes para la calificación, en el que habrá de formular una propuesta de calificación, para cuyo cumplimiento dispone de un plazo de quince días a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera agotado el término legalmente señalado para la personación de interesados (art. 169.1) y cuyo incumplimiento podrá sancionarse con la separación o con la responsabilidad de sus miembros. El informe consistirá en un escrito documentado y razonado, que contendrá la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieran causado por las personas afectadas por la calificación y por los cómplices. Cuando la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable,

determinado sentido la calificación, a fin de que la tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe "como hechos relevantes para la calificación del concurso" (art. 169.1º LC). Luego, iniciado ya el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del artículo 170.4 de la Ley Concursal, los terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal". 2. El motivo segundo del recurso de casación interpuesto (...) han de ser inadmitidos por falta de acreditación del interés casacional (art. 477.2-3º y art. 483.2-3º LEC). En efecto, la representación procesal (...) alega que la sentencia recurrida condena al recurrente al pago del 5% del déficit concursal, sin justificación alguna, e infringiendo el tenor literal del artículo 172 bis de la Ley Concursal, sin razonar como la grave negligencia a que alude la sentencia pudo generar o agravar la insolvencia. Asimismo, el motivo único del recurso interpuesto (...) aduce interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, de la que no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, en relación con el artículo 172.2 y 172 bis. En el desarrollo del motivo se razona que sendos preceptos fueron reformados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y que la dicción literal del precepto comporta que la responsabilidad ex artículos 172 y 172 bis es de naturaleza resarcitoria, por cuanto se incluye la previsión "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia", y, por lo tanto, la condena y más concretamente los daños y perjuicios a cuyo pago resulte condenado el afectado por la calificación, debe estar conectada a la conducta, en cuanto a su importe, sin que quepa condenarle a una cantidad in abstracto, sin determinar o de un importe claramente desproporcionado. Ahora bien, ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia aplican el tenor del precepto que incluye la previsión "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia", que fue introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, y, por tanto, sendas partes recurrentes pretenden acreditar el interés casacional en una norma que la sentencia recurrida no analiza. Y, por ello, la sentencia recurrida no contraviene la doctrina de la sala, en cuanto la Sentencia del Tribunal Supremo 772/2014, de 12 de enero de 2015, expresamente declaró que este régimen de responsabilidad, que indudablemente tiene una naturaleza resarcitoria, suponía una modificación del anterior, y resultaba de aplicación a las secciones de calificación abiertas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2014, pero no a las abiertas con anterioridad.

DECONOMI

el informe deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de las que hayan de ser consideradas cómplices¹³.

Del informe de calificación de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, que tiene la consideración de parte en esta sección (art. 184.1 in fine), para que emita dictamen en el plazo de diez días. A diferencia de lo previsto para la elaboración del informe de la administración concursal, es posible que el juez del concurso, atendidas las circunstancias, conceda una prórroga al ministerio público que, en todo caso, no podrá ser superior a otros diez días. Si no se emitiera tal dictamen, se entenderá que el Ministerio Fiscal no se opone a la propuesta de calificación formulada y el proceso seguirá su curso (art. 169).

Si tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal se pronunciaran a favor de la calificación fortuita del concurso, habrán de archivarse las actuaciones seguidas. A pesar de que la Ley dispone que, contra el correspondiente auto, no cabrá recurso alguno (art. 170.1), cuando se hubiera personado algún interesado, habrá que considerar recurrible la decisión para no lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Cuando continúe la tramitación de la sección de calificación por no haberse archivado las actuaciones, habrá de ser oído el concursado y habrán de ser emplazados todos aquellos sujetos que pudieran quedar afectados por la calificación o ser declarados cómplices, para que, en un plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad (art. 170.2). Los comparecientes, a quienes se dará vista del contenido de la sección, dispondrán de un plazo de diez días para formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. Quienes fueran emplazados podrán no comparecer dentro del plazo dispuesto para ello, pero hacerlo en un momento posterior, en cuyo caso

¹³ Señala la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019*, que la condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento "obligatorio" en el sentido de que deba ser incluido en la sentencia que califique el concurso como culpable con independencia de que haya sido o no solicitada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. El artículo 169.1 de la Ley Concursal establece que el informe razonado y documentado que la administración concursal ha de presentar al juez en la sección de calificación, además de expresar los hechos relevantes para la calificación del concurso y la propuesta de resolución, si propusiera la calificación del concurso como culpable, ha de expresar también 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, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

DECONOMI

se les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieran, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos (art. 170.3). El propio carácter de la calificación del concurso impide tanto el allanamiento como la renuncia o el desistimiento por parte de la administración concursal, así como el sometimiento a arbitraje o la transacción.

Si el concursado o alguno de los comparecidos formularan oposición a la calificación propuesta, oposición que podrá consistir en negar los hechos o en discutir sus consecuencias jurídicas, se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171.1). Si no se hubiera formulado oposición alguna, el juez del concurso dictará sentencia en el plazo de cinco días (art. 171.2). (V. STS 22.4.2010, R. 76/09).

La sentencia de calificación determinará el carácter fortuito o culpable del concurso (art. 172.1). Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer recurso de apelación frente a la sentencia (art. 172.4). Si la sentencia fuera estimatoria de alguna de las pretensiones deducidas en el trámite de la calificación concursal, su impugnación tendrá tanto efecto devolutivo como suspensivo. Por el contrario, si las pretensiones de la administración concursal, el Ministerio Fiscal o cualquier legitimado que se hubiera personado fueran rechazadas en la sentencia de calificación, la apelación deducida carecerá de efecto suspensivo, si bien el juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, dotarla de efecto suspensivo. Contra la sentencia resolutoria de la apelación cabrá recurso de casación cuando concurren los correspondientes criterios de admisión.

La trascendencia que tiene en el tráfico la inhabilitación del concursado y de las personas afectadas por la calificación obliga a someter la calificación del concurso culpable a una importante publicidad. Así, se dará conocimiento del contenido de la sentencia al Registro Público Concursal (arts. 164.3 y 198 LC) y, además, el auto de formación de la sección de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable se inscribirán en el Registro Mercantil en la hoja abierta al empresario individual, sociedad o entidad inscribible [art. 320.1.e) RRM]. Dichos asientos se cancelarán por el registrador, de oficio o a instancia de parte, transcurrido un mes desde la fecha en que

hubiera finalizado la inhabilitación derivada de la calificación del concurso como culpable (art. 325.4 RRM).

II. EL CONCURSO CULPABLE

La calificación del concurso como culpable se producirá cuando la insolvencia haya sido generada o agravada con dolo o culpa grave por el deudor o, si los tuviere, por sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, por sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o apoderados generales -en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso- así como de sus socios conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal (arts.164.1 y 165.2). Se precisa, pues, la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo, consistente en la generación o en la agravación de la insolvencia y un elemento subjetivo, de modo que ese resultado ha de haberse producido actuando con dolo o con culpa grave¹⁴.

¹⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de diciembre de 2017, destaca que para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del artículo 164.1 de la Ley Concursal (que cause o agrave la insolvencia de la sociedad) no es indispensable que vulnere el deber de fidelidad que le imponía el artículo 127.bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente cuando sucedieron los hechos y que actualmente le impone, con la denominación de deber de lealtad, el artículo 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como deber de desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad, deber que viene referido fundamentalmente al ámbito interno de la sociedad. Lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable. Ciertamente, la insolvencia del deudor es un riesgo propio de las relaciones comerciales, pero cuando esta insolvencia es buscada de propósito por el administrador social o, al menos, consentida, para beneficiar a los socios o a terceros, no puede pretender que su conducta carezca de consecuencias en la sección de calificación del concurso si encaja en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable. Por regla general, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta del administrador dolosa o gravemente culposa supone una infracción de sus deberes de administración diligente y leal. Pero incluso si se considerara que una conducta deliberada de no exigir la liquidación del contrato de ejecución de los buques y el pago de la obra ejecutada no supusiera una infracción del deber de lealtad (...), como administrador (...), por inexistencia del elemento de ajenidad entre administrador y administrada y por imposibilidad de que se produzca un conflicto de intereses entre el socio único administrador y la sociedad unipersonal administrada, ello no supondría la ausencia del elemento de antijuridicidad en la conducta del administrador, porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.

DECONOMI

Las evidentes dificultades para demostrar que la insolvencia ha sido causada o agravada con dolo o con culpa grave explican que se utilice la técnica de las presunciones, opción legal que la jurisprudencia —anterior a la Ley Concursal— ha considerado compatible con la presunción de inocencia establecida constitucionalmente (art. 24 CE; SSTS de 22 de noviembre y de 10 de diciembre de 1985). Las presunciones establecidas legalmente tienen diferente estructura. En unos casos constituyen presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable, es decir, se trata de hechos cuya simple concurrencia conduce a calificar necesariamente el concurso como culpable (art. 164.2 LC). En otros casos constituyen presunciones *iuris tantum* de concurso culpable, es decir, hechos cuya concurrencia permite calificar el concurso como culpable, salvo que se aporte la prueba en contrario, esto es, la falta de concurrencia del elemento objetivo o del elemento subjetivo (art. 165 LC). Inicialmente, estas últimas presunciones eran de dolo o culpa grave, pero la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, vino a aclarar que se trataba de una presunción de culpabilidad del concurso, de forma que, salvo prueba en contrario, habrá que considerar que los actos indicados legalmente han generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor. El Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del artículo 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1 de la Ley Concursal. Así, afirma que contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción *iuris tantum*, que permite prueba en contrario, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia. La actual redacción del precepto, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina las dudas que pudieran existir sobre esta cuestión, al prever que cuando concurren las conductas descritas “el concurso se presume culpable”¹⁵.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de diciembre de 2017. Esta doctrina se encuentra, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril, 26 de abril, 21 de mayo y 19 de julio de 2012; 1 de abril de 2014; 7 de mayo y 1 de junio de 2015.

1. Las presunciones *iuris et de iure*

Las presunciones *iuris et de iure* constituyen verdaderos hechos de concurso culpable, en el sentido de que su mera concurrencia determinará la calificación del concurso como culpable. Por su propia naturaleza fáctica, será facultad privativa del juez *a quo* afirmar o negar su concurrencia a la vista de las actuaciones practicadas. Naturalmente, será necesario que el hecho considerado se impute o pueda imputarse al concursado o a su representante legal o a sus administradores -o liquidadores-, lo que obedece a elementales exigencias constitucionales, si bien sólo será necesario probar la existencia de alguno de esos hechos, correspondiendo al concursado evitar las consecuencias de tal prueba mediante la acreditación de que el hecho no le puede ser imputado¹⁶.

El primer hecho de concurso culpable afecta sólo a los concursados que se encuentren legalmente obligados a llevar contabilidad, y, en realidad, acoge tres conductas distintas: el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión en la contabilidad de alguna irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. La llevanza de doble contabilidad es suficiente para calificar el concurso como culpable, aun en el caso de que reflejara fielmente la situación patrimonial del concursado. Respecto a las otras dos conductas, que no siempre será sencillo deslindar, no se requiere tampoco la prueba de la concurrencia de un resultado perjudicial, sino un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad o una irregularidad relevante para la comprensión de la situación económica del concursado¹⁷. El incumplimiento sustancial del deber de

¹⁶ Como señala la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de octubre de 2017*, el artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)”. Esta expresión “en todo caso” no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de octubre de 2011; 21 de mayo de 2012; 17 de septiembre de 2015; 17 de septiembre de 2015; y 22 de abril de 2016*).

¹⁷ La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de octubre de 2017* señala que al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La

DECONOMI

contabilidad, que constituye hecho de concurso culpable, debe distinguirse de la omisión de la formulación en plazo de las cuentas anuales o de la preceptiva verificación contable o del necesario depósito de las cuentas anuales en cualquiera de los tres últimos años, que constituyen presunciones iuris tantum de culpabilidad en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165.1-3º).

El segundo hecho es el supuesto en que el concursado hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o hubiera acompañado o presentado *documentos falsos*. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016*, siguiendo las resoluciones de algunos tribunales de instancia, ha considerado que la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación. Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal, se ha considerado que es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud

irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior. Añade la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017* que cuando el artículo 164.2.1 de la Ley Concursal habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad. Y matiza que el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del artículo 164.2-1º de la Ley Concursal, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas.

DECONOMI

en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de esa específica causa de culpabilidad (art 164.2.1º LC). Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio¹⁸.

El tercer hecho lo constituye la apertura de la fase de liquidación que sea acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 143.1-5º LC). La delimitación legal del supuesto de hecho requiere excluir de la presunción todos aquellos supuestos en que la apertura de oficio de la fase de liquidación se produzca por cualquier otro motivo que no sea el incumplimiento del convenio (art. 143 LC), aquellos en los que la apertura de la fase de liquidación no se produzca de oficio sino a petición del propio deudor (art. 142.2-I LC) o de un acreedor (art. 142.2-II LC), por

¹⁸ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016* añade que *Resulta improcedente apreciar la concurrencia de la causa de calificación consistente en la inexactitud grave en la documentación acompañada con la solicitud de concurso por no haber aportado el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores y las cuentas anuales de los últimos tres años. En primer lugar, porque no puede haberse cometido inexactitud en la confección de documentos inexistentes o, al menos, no aportados con la solicitud de concurso ni durante la tramitación del mismo. Cuestión distinta es que pueda desestimarse la solicitud de concurso si no se hubieran aportado esos documentos, no se hubieran dado explicaciones razonables sobre la causa de no haber aportado esos documentos (art. 6.5 LC), no se subsane la omisión en el plazo concedido al efecto (art. 14.2 LC) y el juez ante el que se solicite la declaración de concurso considere que de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, no resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. En segundo lugar, y como argumento de refuerzo, porque un mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara) y la prevista en el artículo 164.2-2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo. Del mismo modo, el hecho de no aportar esos documentos durante la tramitación del concurso, pese al requerimiento hecho para su aportación, no puede integrar la causa de culpabilidad prevista en el artículo 164.2-2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento) y la prevista en el artículo 165.2º (no haber facilitado a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), cuando, como se ha dicho, el desvalor determinante del reproche de ambas conductas sea coincidente.*

DECONOMI

imposibilidad de cumplimiento del convenio, y, en fin, aquellos casos en los que exista incumplimiento del convenio, pero no sea imputable al concursado.

El cuarto hecho contempla dos conductas distintas. La primera, consiste en el alzamiento de la totalidad o de parte de los bienes en perjuicio de sus acreedores, concepto que será necesariamente más amplio que el del derecho penal. La segunda, es la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo ya trabado o por practicar en cualquier clase de ejecución. Esta segunda conducta no puede entenderse en su significado literal y, por tanto, no incluirá aquellos supuestos en los que el concursado hubiera manifestado su oposición o formulado su contestación a la demanda de ejecución instada por uno o varios de sus acreedores o incluso en la propia oposición a la declaración de concurso, aunque será suficiente para aplicar la presunción la negativa del deudor a facilitar la relación de bienes legalmente exigida en caso de ejecución.

El quinto hecho es el supuesto en que, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. Esta presunción en nada afecta a la posibilidad de rescisión de esos actos como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración, que se fundamenta sólo en el perjuicio a la masa (art. 71)¹⁹. Es más, la independencia entre los sistemas de

¹⁹ Existe una jurisprudencia consolidada que concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado. Esta jurisprudencia se contiene en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 26 de octubre de 2012*, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, *Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012; 30 de abril de 2014; 9 de julio de 2014; 24 de julio de 2014; 1 de noviembre de 2014; 17 de febrero de 2015; 23 de febrero de 2015; 10 de marzo de 2015; 17 de marzo de 2015; 17 de abril de 2015; 24 de junio de 2015; 26 de octubre de 2016*): “El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya se apuntaba en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010*, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación”. Vid. *Sentencias*

DECONOMI

reintegración de la masa y de calificación del concurso permite que la presunción concurra aun cuando no se hubiera ejercitado acción rescisoria alguna e incluso en el caso en que se hubiera desestimado. A la inversa, la rescisión de un acto considerado perjudicial para la masa activa no implica automáticamente la calificación del concurso como culpable. El *Auto del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017* recuerda que el criterio interpretativo respecto a esta presunción lo fija la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014* al señalar que el carácter fraudulento exigido para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes recogido en el artículo 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que se contempla en este precepto ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude²⁰.

El último hecho de concurso culpable es aquel en que, antes de la fecha de la declaración de concurso, el deudor hubiese realizado algún acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. La simulación ha de tener cierta relevancia, porque va dirigida a la situación patrimonial del deudor. Las *Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012 y de 24 de octubre de 2017*, se refieren a esta conducta en los siguientes términos: “la norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial

del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 7 de marzo, 11 de abril, 26 de abril, 10 de mayo, 18 de mayo, 21 de mayo, 24 de mayo, 30 de mayo y 21 de junio de 2018.

²⁰ *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de abril de 2015.* En la interpretación del artículo 1291.3 del Código Civil, la jurisprudencia ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un *animus nocendi* [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (*SSTS de 25 de marzo de 2009 y de 25 de junio de 2010*). Tanto el *animus nocendi*, en cuanto intención o propósito, como la *scientia fraudis*, en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma".

2. Las presunciones *iuris tantum*

Junto a las presunciones *iuris et de iure*, el sistema de calificación contiene unas presunciones *iuris tantum* de concurso culpable (art. 165 LC), de modo que se presume la generación o agravación del estado de insolvencia por la actuación dolosa o culpable del deudor, salvo que se pruebe la falta de concurrencia ya sea del elemento objetivo, la generación o agravación de la insolvencia, o del elemento subjetivo, el dolo o la culpa grave del deudor. La característica común a todas estas presunciones es que los correspondientes hechos constituyen incumplimientos de deberes legales, si bien esos deberes son de distinta naturaleza: unos tienen carácter concursal y otros son deberes contables impuestos a determinados deudores.

El primero de los supuestos es aquel en que el deudor, sus representantes legales, o sus administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso²¹. El deudor dispone de un plazo de dos meses desde que conoce o debe conocer su insolvencia para solicitar el concurso (art. 5.1). Este plazo se prolonga tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de que se han iniciado negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado (art. 5 bis). Teniendo en cuenta que, transcurridos esos tres meses el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que no se encontrara ya en estado

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de mayo y 22 de julio de 2015.

DECONOMI

de insolvencia. Habrá de estimarse, en todo caso, que existe incumplimiento del deber no sólo cuando el concurso deje de solicitarse debiendo hacerse, sino también en aquellos casos en que se solicite formalmente, pero se omita, de forma voluntaria, la pertinente información documental o se ofrezca una justificación insuficiente de la insolvencia, algo que obligaría al juez a rechazar la solicitud. En lo que se refiere al alcance de esta presunción de culpabilidad, es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y establece una presunción iuris tantum (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia²²

La segunda de las conductas consiste en haber incumplido alguno de los deberes específicamente establecidos durante el concurso: el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal (art. 42), el deber de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal sobre todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42) y el deber de asistencia, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores (art. 117.2). El precepto equipara, a estos efectos, la inasistencia del deudor a la junta de acreedores convocada para la deliberación y aceptación del convenio -siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio- con el incumplimiento del deber de colaboración. En este sentido, la declaración de concurso impone al deudor deberes de colaboración

²² *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017*. A su vez, las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de septiembre de 2015 y 22 de abril de 2016*, indican que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de enero de 2015* se dice “Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable”.

DECONOMI

con el juez del concurso y con la administración concursal y de prestarles la información necesaria para el adecuado desarrollo del proceso. En este supuesto, se contemplan conductas posteriores a la declaración de concurso, por lo que, como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017*, esta incidencia causal no puede referirse a la insolvencia previa, la que determina la declaración de concurso, sino a la agravación, durante la tramitación del concurso, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la solución del concurso sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos²³. Pese al silencio legal, parecería lógico extender esa presunción al incumplimiento del deber del concursado de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación (art. 142.2.I), por la evidente analogía que presenta con los deberes de solicitud de concurso y de colaboración.

La tercera de las presunciones se refiere a otros incumplimientos de deberes genéricos relacionados con las cuentas anuales y, por tanto, afecta exclusivamente a concursados obligados a llevar contabilidad: el deber de formulación de las cuentas anuales, el deber de sometimiento de esas cuentas a auditoría y el deber de depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas. El incumplimiento que permite presumir que en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave del deudor o de sus

²³ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de diciembre de 2017* afirma que es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en este supuesto, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada. Pero, indica que no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el actual artículo 165.1-2º de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal. Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al concurso.

DECONOMI

representantes legales o de sus administradores o apoderados puede haberse producido en cualquiera de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En fin, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió una cuarta presunción, en el sentido de que se presumía inicialmente la existencia de dolo o culpa grave, posteriormente de concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis. 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior. Hay que tener en cuenta que, esta última presunción no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2-1º).

III. LOS EFECTOS CIVILES DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

DECONOMI

La sentencia de calificación declarará el concurso como fortuito o culpable y si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación (art. 172.1 LC). La indicación de la causa o causas en que se fundamente la calificación del concurso como culpable se explica porque las consecuencias de la calificación del concurso como culpable no son las mismas según la causa o causas en que se fundamente tal calificación²⁴.

La sentencia que califique el concurso como culpable, además, contendrá una serie de pronunciamientos (art. 172.2 LC). Excede el objeto de este trabajo analizar en detalle la determinación de las personas afectadas y los efectos civiles de la calificación culpable, por lo que procede únicamente realizar una referencia general a estos aspectos.

1. Las personas afectadas por la calificación. La complicidad concursal

La sentencia que califique el concurso como culpable determinará las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los 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 la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos (art. 165.2), en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2-1º LC).

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de abril de 2018, señala que algunas de estas consecuencias son comunes a todas las causas de calificación del concurso como culpable (por ejemplo, la inhabilitación), pero otras solo proceden cuando concurren determinadas causas de calificación del concurso como culpable. Asimismo, la concurrencia de unas u otras causas es relevante para fijar, en su caso, la condena a la cobertura del déficit concursal e incluso para graduar el alcance de otros pronunciamientos condenatorios, como puede ser la inhabilitación.

DECONOMI

El concepto de personas afectadas por la calificación no coincide con el de «personas especialmente relacionadas con el concursado» (art. 93), aunque bien puede ocurrir que algunos sujetos reúnan esa doble condición. La determinación de las personas afectadas por la calificación ha de ir referida, como es lógico, a quienes hubiesen causado o agravado la insolvencia del concursado, de modo que podrán merecer esa condición no sólo los representantes legales y los administradores -o liquidadores- de la persona jurídica deudora (art. 164.1), sino también los apoderados generales que hubiesen causado o agravado la insolvencia (así lo indica también el artículo 166 al referirse a las personas con las que puede colaborar el cómplice). Destaca la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 22 de enero de 2019 que del examen de los hechos y conductas activas u omisivas recogidas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, resulta que mientras algunas de ellas hacen referencia a elementos o actividades propias de la esfera jurídica del administrador social (cuentas anuales, contabilidad, solicitud de concurso y documentos que la acompañan, deber de colaboración con el administrador concursal, entre otras), otras conductas no presentan una específica atribución competencial al administrador de derecho o de hecho pudiendo ser realizadas por los apoderados generales a que se refiere el artículo 164.1 de la Ley Concursal (actos de simulación, salida fraudulenta, alzamiento o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, entre otras).*

Respecto a los administradores —y los liquidadores— de personas jurídicas, no se exige la vigencia del nombramiento en la fecha en que se declarara el concurso, de modo que podrán ser afectados por la calificación quienes con anterioridad hubieran cesado en su cargo, siempre que hubieran participado en la generación o en la agravación de la insolvencia y siempre que hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Es indiferente que los administradores -o liquidadores- lo sean de derecho o de hecho, pero en este último caso, la sentencia de calificación deberá motivar la atribución de esa condición. En relación con los socios de la persona jurídica concursada, tras la reforma debida al Real Decreto-Ley 4/2014, convalidado por la Ley 17/2014 pueden verse afectados por la calificación aquellos socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la

DECONOMI

capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en atención a su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el acuerdo.

En este punto, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* hacen referencia a la discordancia -temporal- entre los artículos 172.2-1º y 164.1 de la Ley Concursal. El artículo 172.2-1º al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2-5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El artículo 172.2-1º de la Ley Concursal al regular quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación,

DECONOMI

no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio artículo 172 de la Ley Concursal el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas²⁵.

Por lo que respecta a los cómplices, en ocasiones, la realización de la conducta que conduce a la calificación del concurso culpable se produce con la participación de terceros, que podrán ser considerados cómplices. La complicidad concursal requiere para poder apreciarse dos requisitos. De un lado, que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. De otro lado, la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación²⁶. La independencia de la calificación respecto del derecho penal

²⁵ Las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* añaden que problema distinto sería el que, respecto de la determinación de la persona afectada por la calificación, pudiera derivarse del hecho de que el administrador (legal o de hecho) o el apoderado general de la sociedad responsable de las irregularidades cuando estas se produjeron, ya no tuviera esta condición en los dos años previos a la declaración de concurso. Es sólo en estos casos en que, sin perjuicio de que pudiera calificarse culpable el concurso, no se declararía persona afectada por la calificación y no se le impondrían las consecuencias legales correspondientes a quien hubiera dejado de ser administrador, de derecho o de hecho, o apoderados generales antes de los dos años previos a la apertura del concurso. También *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017*. FACHAL, N. “La acción de repetición entre los condenados en la sentencia de calificación”, *ADCo*, núm., 48, 2019.

²⁶ *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017*. En las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de enero de 2016 y de 29 de marzo de 2017* se establece que la generalidad con que se pronuncia el artículo 166 de la Ley Concursal -cualquier acto- no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su

tiene también en este caso consecuencias importantes. Así, la noción concursal de complicidad se extiende a conductas distintas a las de estricta cooperación (por ejemplo, encubrimiento). Así también será posible que la conducta merezca el correspondiente reproche penal con independencia de cuanto prevé la Ley Concursal. Será posible, en fin, que, pese a la calificación concursal como cómplice, el tercero sea condenado penalmente como autor.

2. La inhabilitación

La sentencia que califique el concurso como culpable determinará la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como a la declaración culpable en otros concursos. En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos (art. 172.2-2º LC).

La inhabilitación se encuadra dentro de los efectos personales del concurso culpable. La calificación del concurso de acreedores cumple una evidente función sancionadora, de modo que el concurso culpable despliega sus efectos en el orden personal, generando necesariamente la inhabilitación del deudor concursado o de las personas afectadas (art. 172.2-2º). Por el contrario, la pena de inhabilitación no podrá extenderse a los cómplices.

Ahora bien, la finalidad de la inhabilitación no es sólo sancionatoria, sino que con ella se pretende también proteger al tráfico frente a sujetos que podrían volver a actuar de la misma manera. Se trata, pues, de una inhabilitación en sentido técnico, consistente en la privación de la facultad de realizar determinadas actividades. De acuerdo con la previsión de la Ley Concursal, la inhabilitación se limitaría a la administración de patrimonios ajenos y a la

voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, conscius fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

DECONOMI

representación de terceros, de modo que el inhabilitado no podrá administrar los bienes ajenos ni representar o administrar a ninguna persona, natural o jurídica. Ahora bien, el Código de Comercio impone también al inhabilitado la prohibición para el ejercicio del comercio y para tener participación económica en sociedades mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación (art. 13-2º CCom), de modo que no podrá realizar actividad empresarial alguna. Únicamente se permite, de forma excepcional, que, en caso de convenio, si así lo solicita la administración concursal, la sentencia de calificación pueda autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En todo caso, la inhabilitación no tiene carácter indefinido, sino temporal. Corresponde al juez determinar su duración, que no podrá ser inferior a dos ni superior a quince años, atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

3. La pérdida de derechos y la condena a devolver bienes y derechos

En el ámbito de los efectos patrimoniales del concurso culpable, la calificación del concurso como culpable produce también efectos patrimoniales que inciden tanto sobre las personas afectadas por la calificación como sobre los cómplices: la sentencia de calificación ordenará la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2-3º LC).

Así, el primero de los efectos patrimoniales de la sentencia es la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas o los cómplices pudieran tener como acreedores concursales o de la masa. El segundo de esos efectos para las personas afectadas y para los cómplices es la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. La previsión legal abarca, pues, todos los desplazamientos patrimoniales, tanto los que tuvieran su origen en el patrimonio del deudor, con anterioridad a la declaración de concurso, como los que se hubieran producido, con cargo a la masa activa, con

posterioridad a la declaración. En el primer caso, no basta con la mera traslación patrimonial, sino que la restitución se limita a los casos en que resultare indebida. De modo que, el concurso culpable constituye una forma especial de reintegración de la masa activa, que no concede al afectado el derecho a la restitución de su contraprestación, ya que va acompañada de la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa. En el segundo caso, todo desplazamiento patrimonial con cargo a la masa activa y en favor de los afectados por la calificación o de los cómplices genera una obligación de restitución.

4. La condena a indemnizar daños y perjuicios

También en el ámbito de los efectos patrimoniales del concurso culpable, se prevé la condena en la sentencia de calificación a la indemnización de los daños y perjuicios causados por las personas afectadas por la calificación y por los cómplices (arts. 172.2-3º in fine y art. 172.3 LC). La condena tiene pleno sentido en el caso de los cómplices, quienes por esta vía podrán contribuir a superar una situación de insolvencia en la que han intervenido decisivamente; pero se extiende también a las personas afectadas por la calificación. En todo caso, la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá seguir los trámites dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habrá de incluir el coste del propio proceso concursal abierto, es decir, la mayoría de los créditos contra la masa (art. 84.2). De forma diferenciada se contempla que la sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019, destaca que se reconoce la distinta naturaleza de la responsabilidad concursal del artículo 172.bis de la Ley Concursal y de la responsabilidad por daños y perjuicios del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal (y, debe añadirse, del artículo 172.3, respecto de los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores). Y condena a los cómplices en concepto de indemnización de daños y perjuicios, que es lo previsto en el artículo 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal²⁷. En la misma

²⁷ La citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019*, señala que en la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas

DECONOMI

línea, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Pontevedra, de 3 de junio de 2019*, resalta que se hace necesario delimitar la condena indemnizatoria del artículo 172.2-3º (y en el caso de los cómplices también el art. 172.3 LC) de la condena a la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis. El Tribunal Supremo ha deslindado la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la condena a la cobertura del déficit concursal que puede imponerse de conformidad con el artículo 172 bis. La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de julio de 2016* absuelve a la persona afectada por la calificación de la condena que consistía en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se había acordado con sustento en aquel precepto. Este pronunciamiento condenatorio se había impuesto sólo respecto de determinados acreedores (aquellos cuyos créditos nacieron a partir del día 1 de marzo de 2005) y consistía en el abono de los créditos que no resultasen pagados en la liquidación. El recurso de casación sostenía que realmente no se trataba de ese tipo de responsabilidad ni tampoco de la condena a la cobertura del déficit concursal. El Tribunal Supremo acoge el motivo y para ello acude a la doctrina jurisprudencial plasmada en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de marzo de 2015*, que distingue la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, y finalmente concluye: *Las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, 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 de la Ley Concursal, ya que no resarcen a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal (actual art. 172 bis), y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al*

afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No puede acordarse una condena "en globo" que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas.

DECONOMI

1 de marzo de 2005. Así, señala la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2, de Pontevedra de 3 de junio de 2019*, que el Tribunal Supremo ha atribuido a la responsabilidad del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal una naturaleza resarcitoria y culpabilística anudada tanto a la obtención indebida de bienes y derechos del patrimonio del deudor (antes o después del concurso), como a aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. La responsabilidad por el déficit concursal sólo se activa en concursos liquidatorios y, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, se le atribuye idéntica naturaleza, al estar anudada a la contribución de la conducta que ha determinado la calificación culpable a la generación o agravación de la insolvencia. Para la *Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de septiembre de 2018*, la distinción entre la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la responsabilidad del artículo 172 bis de la Ley Concursal viene referida no sólo a su extensión subjetiva, pues los cómplices no pueden ser declarados responsables a cubrir el déficit concursal, sino que la primera conecta con el concreto perjuicio causado por el motivo apreciado de calificación del concurso como culpable. Se distingue entre el resarcimiento de los perjuicios directos e indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, sin que haya lugar a una duplicidad de condenas, pues en la apreciación del déficit no se tendrán en cuenta las cantidades objeto de condena en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de octubre de 2018*, da un paso más en la diferenciación entre la responsabilidad del artículo 172.2-3º y la del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras resaltar que ambas comparten una naturaleza resarcitoria. Por ello reconoce que habrán de entenderse referidas a quebrantos diversos y abunda en la distinción entre perjuicios directos e indirectos como el elemento que ha de servir para no incurrir en el error que supone que, con fundamento en el artículo 172.2-3º, puedan ser condenadas las personas afectadas por la calificación y los cómplices a cubrir con su patrimonio personal perjuicios indirectos que son propios de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, sin que concurran los requisitos que configuran esta responsabilidad. La sentencia apelada descartó la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y fundó la condena en el artículo 172.2-3º en un supuesto en el que el efecto de la conducta de los

DECONOMI

administradores -identificada como en un agravamiento gravemente culposo de la insolvencia- consistió en un daño indirecto o mediato para los acreedores, en cuanto que se generó un déficit patrimonial que impidió que los acreedores pudiesen cobrar la totalidad de sus créditos. Considera la sentencia de apelación que ese es precisamente el daño que, abierta la liquidación, cubre la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y advierte de que, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a la sociedad una suma igual a la del déficit patrimonial generado por su actuación dolosa o gravemente culposa como administradores societarios es más propio del artículo 172 bis: *De no ser así, en todos los casos de concurso culpable por generación o agravación dolosa o gravemente culposa de la insolvencia sería procedente la condena de los administradores societarios al menos en la medida del importe de obligaciones contraídas por la sociedad sin respaldo patrimonial, una condena que no sería susceptible de regulación judicial (a diferencia de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, "en todo o en parte") y que alcanzaría incluso a las personas afectadas por la calificación y a eventuales cómplices cuando la sección hubiese sido abierta a raíz de la aprobación judicial de un convenio gravoso"*

5. La responsabilidad concursal

En caso de concurso de una persona jurídica y siempre que se hubiese abierto la fase de liquidación –sea directamente, sea como consecuencia del fracaso del convenio- la calificación del concurso como culpable podrá determinar, además, la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a la cobertura, total o parcial, del déficit (art. 172 bis). Con el nombre de responsabilidad concursal se conoce, pues, aquel efecto de la sentencia de calificación limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación, sometido a la apreciación judicial en cuanto a las personas afectadas y al grado de su responsabilidad en la generación o en la agravación de la insolvencia, por el que se condena a los administradores, liquidadores o apoderados generales causantes de la insolvencia o a los socios

DECONOMI

que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos del artículo 165.2 a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso de acreedores. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. Se trata de un efecto específico del concurso culpable que recaerá sobre aquellos administradores – o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales– o bien sobre los socios en determinadas circunstancias que hayan sido considerados previamente en la propia sentencia personas afectadas por la calificación. La cuantía de la condena dependerá, por ello, del comportamiento de la persona condenada. En caso de pluralidad de administradores o socios condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno: En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (art. 172 bis 1.III). La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019*, se refiere a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Señala, a este respecto, la referida sentencia que esta reforma modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, al especificar en su apartado 1 que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, lo será en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Así lo interpretó el Tribunal Supremo en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, al resaltar su naturaleza resarcitoria: la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha

DECONOMI

determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. En esta sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo entendió que el nuevo régimen de responsabilidad sólo era aplicable a los casos en que la sección de calificación hubiera sido abierta después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, como ocurre en el supuesto que ahora se plantea. Por esta razón, destaca que no se hubiera pronunciado antes sobre su correcta interpretación y aplicación. Pues bien, bajo el actual artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal, indica el Tribunal Supremo que la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas, que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia; ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación. En el supuesto planteado existe una sola conducta que mereció la calificación culpable del concurso: irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2.1º LC), resultando irrelevante para esta calificación culpable la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia. En este sentido, se destaca en la resolución judicial que lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Así, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las referidas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit. Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para

DECONOMI

la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado, para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del artículo 164.2 de la Ley Concursal, las que guardan relación con la ausencia o falseamiento de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia, y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insiste el Tribunal Supremo, que no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia²⁸.

²⁸ En el supuesto enjuiciado en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019*, entiende el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio pudo agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia. De la lectura del informe de la administración concursal cabía extraer la justificación aducida de la siguiente mención, que sigue a la exposición de las conductas respecto de las que se pedía la calificación culpable: ello implica: en primer lugar, que se haya generado o agravado la situación de insolvencia al no adoptar decisiones de solicitud de concurso o disolución de la empresa en lugar de seguir adquiriendo compromisos que no se iba a poder cumplir; y, en segundo lugar, que se haya dado una apariencia de solvencia a los acreedores de la empresa que no era tal, siendo por lo tanto la irregularidad relevante para la comprensión por parte de dichos acreedores de la situación patrimonial o financiera. De las dos consecuencias, la segunda incidía directamente en el cumplimiento de los elementos del tipo previsto en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal y servía para calificar culpable el concurso. Pero si se pretendía, además, la condena a la cobertura del déficit, precisaba de una concreción adicional sobre cómo esta