



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La calificación del concurso de acreedores: aspectos procesales

Federico Blanco García

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Procesal

**LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES:
ASPECTOS PROCESALES**

Director: Prof. Dr. Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol

FEDERICO BLANCO GARCÍA

BARCELONA, 2022

“Palabras, palabras, palabras..”.

W. Shakespeare (Hamlet; escena segunda del acto segundo).

RESUMEN

La calificación del concurso de acreedores ha sido estudiada desde múltiples perspectivas, y a través de numerosas obras y estudios. Ello no obstante, la mayoría de dichos estudios se han centrado en una perspectiva material, dejando a un lado, o abordando de forma secundaria, los aspectos procesales.

Existen sin embargo diversos aspectos procesales que han generado, y siguen generando, grandes dudas interpretativas, tanto entre la doctrina, como en la práctica forense cotidiana.

Entre dichos problemas, cabe destacar, por su importancia práctica, los relativos a la naturaleza procesal del informe de calificación de la administración concursal, el cómputo del plazo de presentación del Informe de calificación de la administración concursal, la prematura sección de calificación concursal, la posición de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección de calificación, las limitaciones del juicio verbal en la tramitación del incidente de calificación culpable del concurso, los requerimientos documentales realizados a través del informe de calificación de la administración concursal, las interacciones de la cosa juzgada y la calificación culpable del concurso, las interacciones de las acciones de reintegración en la sección sexta, el concurso de leyes entre causas de culpabilidad del concurso y el delito concursal.

RESUM

La qualificació del concurs de creditors ha estat estudiada des de múltiples perspectives, i a través de nombroses obres i estudis. Això no obstant, la majoria d'aquests estudis s'han centrat en una perspectiva material, deixant de banda, o abordant de forma secundària, els aspectes processals.

Existeixen, però, diversos aspectes processals que han generat i, que segueixen generant, grans dubtes interpretatius, tant entre la doctrina, com en la pràctica forense quotidiana.

Entre aquests problemes, cal destacar, per la seva importància pràctica, els relatius a la naturalesa processal de l'informe de qualificació de l'administració concursal, el còmput del termini de presentació de l'Informe de qualificació de l'administració concursal, la secció prematura de qualificació concursal, la posició dels creditors i persones amb interès legítim en la secció de qualificació, les limitacions del judici verbal en la tramitació de l'incident de qualificació culpable del concurs, els requeriments documentals realitzats a través de l'informe de qualificació de l'administració concursal, les interaccions de la cosa jutjada i la qualificació culpable del concurs, les interaccions de les accions de reintegració a la secció sisena, el concurs de lleis entre causes de culpabilitat del concurs i el delictes concursal.

ABSTRACT

The qualification of bankruptcy proceedings has been studied from multiple perspectives, and through numerous works and studies. However, most of these studies have focused on a material perspective, leaving aside, or addressing secondarily, the procedural aspects.

There are various procedural points that have generated, and continue to generate, great interpretive doubts, both in the doctrine and in daily forensic practice.

Among these problems, it is worth highlighting, due to their practical importance, those relative to the procedural nature of the bankruptcy administration's qualification report, the calculation of the deadline for submitting the bankruptcy administration's qualification report, the premature bankruptcy qualification section, the position of the creditors and persons with a legitimate interest in the qualification section, the limitations of the oral judgment in the processing of the guilty qualification incident of the insolvency, the documentary requirements made through the qualification report of the bankruptcy administration, the interactions of the *res iudicata* and the guilty qualification of the contest, the interactions of the reintegration actions in the sixth section, the contest of laws between causes of guilt of the contest and the bankruptcy crime.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	6
INTRODUCCIÓN	10
I. NATURALEZA PROCESAL DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	17
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE PROCESAL. DIFERENTES TRATAMIENTOS PROCESALES DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	17
1.1. TRATAMIENTO JUDICIAL DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO ESCRITO DE DEMANDA.....	17
1.2. TRATAMIENTO JUDICIAL DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO UN MERO INFORME. INVERSIÓN DEL CONTRADICTORIO.	21
2. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INVERSIÓN DEL CONTRADICTORIO.	26
2.1. ARGUMENTO TERMINOLÓGICO.	26
2.2. ARGUMENTOS PROCESALES A FAVOR DE LA INVERSIÓN DEL CONTRADICTORIO.	33
2.2.1. El incidente concursal sólo se iniciará si se presenta escrito de oposición.	33
2.2.2. Amplitud del contenido del escrito de oposición a la propuesta de calificación culpable.	35
2.2.3. Aportación de dictámenes periciales.	37
3. CRITERIO SENTADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO. INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO DEMANDA.	42
4. CRITERIO ACOGIDO POR EL TRLC. INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO UNA VERDADERA DEMANDA.....	43
II. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	49
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.	49
2. REMEDIO JUDICIAL ANTE EL PROBLEMA LEGISLATIVO.	50
3. SOLUCIÓN AVALADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.	56
4. MODIFICACIÓN LEGISLATIVA OPERADA POR EL TRLC. SOLUCIÓN ADOPTADA.	57
5. PRECLUSIÓN DEL PLAZO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL PARA PRESENTAR SU INFORME DE CALIFICACIÓN. RAZONES DE ORDEN PÚBLICO.	60
6. POSIBILIDAD DE PRORROGAR EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.	65
III. LA PREMATURA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL	69
1. APERTURA DE LA SECCIÓN SEXTA JUNTO CON LA APROBACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN O DEL CONVENIO.	69
2. ESPECIALIDADES DERIVADAS DEL SEGUIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES.	77
3. LAPROS TEMPORALES EN LOS QUE SE PODRÁ ABRIR LA SECCIÓN SEXTA, EN RELACIÓN CON LA ACEPTACIÓN DEL CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	80
4. PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA PREMATURA APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.	81
4.1. Primer problema procesal. Cuantificación del déficit concursal.....	81
4.1.1. Posibles soluciones al primer problema procesal.....	89
4.1.1.1. Artículo 219.2 LEC.	90
4.1.1.2. Artículo 219.3 in fine LEC.	91
4.1.1.3. Cuestión prejudicial civil.....	93
4.1.1.4. Actualización del déficit concursal antes de la vista de calificación.	94
4.2. Segundo problema procesal. Pendencia de acciones de reintegración.	95
4.3. Tercer problema procesal. Personación de acreedores.....	99
5. PROBLEMAS MATERIALES DERIVADOS DE LA APERTURA PREMATURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.	102

5.1. Primer problema material. Tiempo limitado para que la administración concursal pueda analizar la situación íntegra del concurso.	102
5.2. Segundo problema material. Posible falta de colaboración por parte de la concursada y de sus órganos de administración.	110
IV. POSICIÓN DE LOS ACREEDORES Y PERSONAS CON INTERÉS LEGÍTIMO EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN	113
1. CONCEPTO CONCURSAL DE ACREEDORES Y PERSONAS CON INTERÉS LEGÍTIMO.	113
2. CONCEPTO DE PARTE PROCESAL EN LA SECCIÓN SEXTA PARA LOS ACREEDORES Y PERSONAS CON INTERÉS LEGÍTIMO.	115
2.1. Antecedentes legislativos.	116
2.2. <i>Construcción doctrinal y jurisprudencial del concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección sexta.</i>	119
2.2.1. <i>Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación según la doctrina.</i>	119
2.2.2. <i>Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia menor.</i>	121
2.2.3. <i>Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.</i>	128
2.2.4. <i>Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	136
2.3. <i>Intervención adhesiva simple.</i>	138
V. LAS LIMITACIONES DEL JUICIO VERBAL EN LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO	141
1. CAUCE PROCESALMENTE PREVISTO PARA TRAMITAR LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO. EL INCIDENTE CONCURSAL.	141
2. EL INCIDENTE CONCURSAL. CUESTIONES GENERALES.	141
3. EL INCIDENTE CONCURSAL. PROCEDIMIENTO Y LIMITACIONES.....	145
4. PROPUESTAS DE MEJORA.	160
VI. LOS REQUERIMIENTOS DOCUMENTALES REALIZADOS A TRAVÉS DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	165
1. EL CONTENIDO DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA AC.	165
2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO LITIGIOSO EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.	167
3. DEFICIENCIAS PROCESALES ADVERTIDAS EN PROPUESTAS DE CALIFICACIÓN CULPABLE.	168
4. LOS DOCUMENTOS DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.	174
5. INCLUSIÓN DE REQUERIMIENTOS DOCUMENTALES EN EL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.	176
VII. COSA JUZGADA Y CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO. INTERACCIONES DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN LA SECCIÓN SEXTA	183
1. INSTITUTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA EN RELACIÓN CON EL CONCURSO DE ACREEDORES. CUESTIONES GENERALES.	184
1.2. Cosa juzgada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	191
1.3. Cosa juzgada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	192
2. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN. CUESTIONES GENERALES.	193
3. EVENTUALES INTERACCIONES ENTRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN Y LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO.	196
4. CAUSAS DE CULPABILIDAD ÍNTIMAMENTE CONECTADAS CON LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN.	198
5. EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA. <i>RES IUDICATA PRO VERITATE HABETUR.</i>	199
VIII. CONCURSO DE LEYES ENTRE CAUSAS DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO	211
1. CONCURSO DE LEYES.....	211

2. CAUSAS DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO DE ACREEDORES.	212
2.1. Cláusula general del artículo 442 TRLC.	213
2.2. PRESUNCIONES <i>IURIS ET DE IURE</i> DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO.	218
2.2.1. <i>Conducta prevista en el artículo 443.1º TRLC. Alzamiento de bienes y obstaculización de embargos.</i>	220
2.2.1.1. Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores.....	220
2.2.1.2. Obstaculización de embargos.	221
2.2.2. <i>Conducta prevista en el artículo 443.2º TRLC. Salida fraudulenta del patrimonio del concursado de bienes o derechos.</i>	222
2.2.3. <i>Conducta prevista en el artículo 443.3º TRLC. Actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia.</i>	223
2.2.4. <i>Conducta prevista en el artículo 443.4º TRLC. Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados en la solicitud de concurso o durante la tramitación del mismo y documentos falsos.</i>	224
2.2.5. <i>Conducta prevista en el artículo 443.5º TRLC. Incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad, doble contabilidad e irregularidades contables.</i>	227
2.2.5.1. Incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad.....	228
2.2.5.2. Llevanza de doble contabilidad.....	229
2.2.5.3. Irregularidades contables.....	230
2.2.6. Conducta prevista en el artículo 443.6º TRLC. Incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.	231
2.3. PRESUNCIONES <i>IURIS TANTUM</i> DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO.	233
2.3.1. <i>Conducta prevista en el artículo 444.1º TRLC. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.</i>	234
2.3.2. <i>Conducta prevista en el artículo 444.2º TRLC. Incumplimiento del deber de colaboración.</i>	238
2.3.3. <i>Conducta prevista en el artículo 444.3º TRLC. No formulación, sometimiento auditoría o depósito de las cuentas anuales.</i>	240
3. TABLA-RESUMEN DE CAUSAS DE CULPABILIDAD CONCURSAL.....	242
5. TABLA-RESUMEN DEL CONCURSO DE LEYES ENTRE CAUSAS DE CULPABILIDAD.....	250
6. ESPECIAL ATENCIÓN A LA CONDENA A DEVOLVER BIENES O DERECHOS QUE HUBIERAN SALIDO INDEBIDAMENTE DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.	252
IX. EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.....	257
1. EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.....	257
1.1. <i>Antecedentes históricos</i>	257
1.2. El delito de insolvencia punible en la legislación española	258
1.3. <i>La tipificación actual del delito de insolvencia punible en el Código Penal tras la reforma de la LO 1/2015.</i>	261
2. CAUSAS DE CULPABILIDAD CONCURSAL VS. TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.....	263
2.1. <i>Delimitación del tipo penal del delito concursal: naturaleza del delito de insolvencia punible.</i>	269
2.1.1. <i>El delito concursal como delito de peligro y su delimitación con la calificación culpable.</i>	271
3. SUPUESTOS DE COEXISTENCIA DE CONDENA PENAL Y LA CALIFICACIÓN CULPABLE CON COBERTURA DEL DÉFICIT: RIESGO DE <i>BIS IN IDEM</i>	276
X. ASPECTOS PROCESALES DE LA FUTURA REFORMA CONCURSAL.....	279
1. ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA DE LA NUEVA LEY CONCURSAL.....	280
1.1. <i>Planes de reestructuración</i>	280
1.2. <i>Microempresas.</i>	281
1.3. <i>De la llamada “Segunda oportunidad”.</i>	282
1.4. <i>Concursos sin masa.</i>	283
1.5. <i>Administración Concursal.</i>	283
2. REFORMA DE LA LEY CONCURSAL EN MATERIA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.....	284
2.1. <i>Alegaciones de los acreedores sobre la calificación culpable del concurso.</i>	285
2.2. Informe de calificación de la Administración Concursal.	287

2.3. <i>Agilización de la tramitación de la Sección Sexta.</i>	288
2.4. <i>Procedimiento especial para las microempresas.</i>	289
2.5. <i>Traslado al Ministerio Fiscal.</i>	289
2.6. <i>Posibilidad de transacción.</i>	294
2.7. <i>Especialidades por Incumplimiento de Convenio.</i>	295
CONCLUSIONES	297
BIBLIOGRAFÍA	307
JURISPRUDENCIA CITADA	317
LEGISLACIÓN ANALIZADA	329

INTRODUCCIÓN

La calificación concursal ha sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina científica¹. Sin embargo, la inmensa mayoría de estudios se centran en

¹ Los estudios sobre la calificación concursal son, en efecto, muy numerosos. Así, por ejemplo, y sin ánimos de exhaustividad, cabe destacar, entre las monografías, los trabajos de Benavides Velasco, P. «*La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 164 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable*», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 13, 2010; Miquel Berenguer, J. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*, Editorial Bosch, S.A, Barcelona, 2012; Moreno Navarrete, M. A. «La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2012», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2013; Asensi, A. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., 2013; Díaz Martínez, M. «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *Revista de Derecho Mercantil*, 273, 2009; Gómez Soler, E. «*Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad*», en *La calificación del concurso de acreedores* (Díaz M. coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; Guerra Martínez, A. *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Editorial Aranzadi S.A., 2016; Machado Plazas, J. *El Concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Editorial Aranzadi S.A., 2006; Sanz De Madrid, Carlos Romero. *La calificación en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, S.A., 2014; Díaz Gómez, M.A. Y Miguélez Del Río, C. «La Calificación del Concurso Tras la Reforma Introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011», *Revista Pecunia*, núm. 14, 2012, pp. 145-168; Frau I Gaià, S. *La Calificación en el Concurso de Acreedores. Una visión crítica.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; Farias Batlle, M. *La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales*, Editorial Aranzadi, S.A. 2013.

Finalmente, deben asimismo citarse las referencias a la calificación contenidas en obras concursales generales, entre las que cabe destacar Alonso-Cuevillas Sayrol, J., Sala Reixachs, A., Machado Plazas, J. Vila Florensa, P. *Proceso Concursal*, Editorial Bosch, 2013; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Nueva Ley Concursal*, (Coord. Sala, Mercadal, Alonso-Cuevillas y Sayrol, J.), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004; Beltrán Sánchez, Emilio Miguel Y Rojo Fernández-Río, Ángel José (coord. A.B. Campuzano y M.L. Sánchez), *Legislación y jurisprudencia concursales*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2003; Díaz Martínez, M., *El Proceso concursal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014; Exarrandio Herrera, E. J., *Manual de derecho concursal*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011; García-Cruces, J. A. y López Sánchez, J., *La reforma de la Ley concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2009; Bonardell, R. Y Mejías, J. (Dir.) «*La Reforma del Derecho Concursal*» en Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico, Editorial Dykinson, 1997; Cámara Águila, P., obra colectiva «*Comentarios a la Ley Concursal*», volumen II (R. Bercovitz Coord.), Editorial Tecnos, 2004; Cerdá Alberó, Fernando Y Sancho Gargallo «*Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*», en Colección estudios económicos, nº 25, Servicio de estudios La Caixa, 2001; Exarrandio Herrera, E. J., *Manual de derecho concursal*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011; Rojo Fernández-Río, A. «*La reforma del Derecho Concursal español*», en la obra colectiva *La reforma de la legislación concursal* (Rojo, A. Dir.). Marcial Pons, 2003; Rosende Villar, C. Obra

los aspectos materiales de la calificación. Y, salvo contadas excepciones, los aspectos procesales son abordados de manera secundaria o tangencial o incluso omitidos en los estudios de los temas considerados de fondo.²

La experiencia forense demuestra empero que la mayoría de problemas que se presentan durante la tramitación de la sección de calificación, son de naturaleza eminentemente procesal.

Son muchos los autores que han definido a la sección de calificación del concurso de acreedores como un auténtico laberinto. Una materia compleja, profunda y peligrosa³, que tiene por objeto determinar la existencia o no de responsabilidad en el concurso.

colectiva *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II* (Faustino Cordón, Dir.). Editorial Aranzadi, S.A. 2010; Machado Plazas, J., *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; Nieto Delgado, C, “La Calificación del Concurso”, en obra colectiva *Tratado Práctico del Derecho Concursal y Su Reforma* (Martinez Sanz, F. Dir.), Tecnos, Madrid, 2012; Oliver Barceló, S. “Comentario al art. 169 LC” en Pulgar Ezquerra, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A. Y G. Alcocer Garau, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madrid, 2004; Yanes Yanes, P. “La Calificación Concursal”, en obra colectiva *El Concurso de Acreedores* (Pulgar Izquierdo, J. Dir.), La Ley, Madrid, 2012; García Marrero, J. «*La sección de calificación del concurso*» en la obra colectiva *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, 2012; García-Cruces González, J. A., «Causas de calificación culpable del concurso, imputación...», en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 32, Civitas Ediciones SL, 2014; Martínez Cañellas, A.. «*Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)*» en la obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., 2013; Sánchez Calero, Fernando Y Sánchez-Calero Guilarte, Juan «*Calificación del Concurso*», en *Instituciones de Derecho Mercantil 37ª ed.*, Editorial Aranzadi, S.A., 2015;

² Ello, seguramente obedece al hecho de que, hasta la fecha, el derecho concursal ha sido objeto de tratamiento preferente por parte de la doctrina mercantilista, pese a que, en definitiva, se trata de un proceso judicial que, por ende, pertenece al campo —o, si prefiere, pertenece también— del derecho processal.

³ Con estas palabras se refiere FERNANDEZ SEIJÓ, J. M. en el prólogo de MIQUEL DE BERENGUER, J. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2012, pág 7: “*Recuerdo de mi época de opositor una cita que reproduzco de memoria y que se atribuía a un jurista clásico: En el proceloso mar del derecho no hay piélago más profundo y peligroso que el de la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles. Modernamente un aforismo como este se podría trasladar, sin ningún género de dudas, al ámbito de la calificación en el derecho*”

Al inicio de este trabajo, año 2016, se encontraba aún en vigor la primigenia Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Este cuerpo legal llegó a reunir hasta 31 versiones⁴, afectando varias de ellas al estadio de la calificación concursal.

concursal dado que no hay materia más compleja, profunda y peligrosa que la de la determinación de la responsabilidad en el concurso; cuestión sobre la que en estos 8 años de vigencia de la Ley Concursal-Ley 22/2003- se han vertido ríos de tinta tanto por parte de la doctrina como por parte de la práctica judicial".

⁴ Las normas que, de una u otra forma han reformado la Ley Concursal son las siguientes:

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE nº 271, de 12 de noviembre de 2003) que afecta a la DA 2ª, 3.
- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE nº 267, de 5 noviembre 2004), que deroga la DF 27a.
- Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (BOE nº 267, de 5 noviembre 2004), que deroga la DF 26ª.
- El RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE nº 62, de 14 de marzo de 2005).
- Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE nº 282 de 25 de noviembre de 2005) que reforma la DA 24,2º. Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261 de 31 de octubre de 2007).
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2007).
- Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009).
- Real Decreto-ley9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE nº 155, de 27 junio 2009), adiciona un apartado k) a la DA 2a, 20.
- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre).

Hoy se encuentra en vigor, aunque seguramente por poco tiempo, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal. Una norma compleja, extensa y que ha sido de objeto de multitud de críticas al haber rebasado su función “refundidora” y haberse extralimitado en algunos aspectos.

-
- Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (BOE nº 61, de 11 marzo 2010), que reforma el art. 98 LC).
 - Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011).
 - Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, (BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013).
 - Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias (BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2013), que introduce un nuevo apartado i) a la DA 22,2, y modifica la DA 43, 12.
 - Real Decreto-Ley4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE nº 58, de 8 marzo 2014).
 - RDL11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgente en materia concursal (BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014).
 - Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgente en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial resultado de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo), (BOE nº 238, de 1de octubre de 2014)
 - RDL1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 51, de 28 de febrero).
 - Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE nº 101, de 28 de abril de 2015).
 - Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015).
 - Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE núm. 146 de 19 de Junio de 2015)

Pero es que el día 6 de junio de 2019, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva de Insolvencia. Con este trámite, se puso fin a un largo proceso legislativo, y se abrió un período de transposición en el que los países de la UE tenían un plazo de 2 años para adaptar su normativa interna. Agotado dicho plazo de transposición para España, la nueva norma parece estar ya a las puertas de su publicación⁵.

Así las cosas, estamos ante una regulación concursal cambiante y poco estable. A ello debemos unir el hecho de su poca precisión en ciertos aspectos y, por ende, a sus muchos problemas interpretativos.

Se trata de una regulación que contiene multitud de conceptos jurídicos indeterminados⁶, que durante todos estos años ha precisado de un importante esfuerzo interpretativo por parte de los Juzgados de lo Mercantil, Audiencias Provinciales y Sala Primera del Tribunal Supremo para dotar de contenido y concreción a la actual regulación normativa⁷.

⁵ En efecto, y como se abordará en el Capítulo X, se prevé que la nueva reforma de la Ley Concursal entre en vigor alrededor del mes de junio de 2022.

⁶ A título de ejemplo, podemos referirnos a la “*generación o agravación del estado de insolvencia*”, al “*acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia*” o a la “*inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento*”, entre otros.

⁷ Al respecto FACHAL NOGUER, N. *Respuesta judicial a singularidades del proceso concursal*, Tesis Doctoral Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018:

“A lo largo de estos casi catorce años de vigencia de la Ley Concursal ha sido ímprobo el esfuerzo interpretativo que han llevado a cabo los Juzgados de lo Mercantil, Audiencias Provinciales y Sala Primera del Tribunal Supremo para dotar de significación a buena parte de las dudas que generaban muchos de sus preceptos, hasta el punto de que la función de complemento del ordenamiento jurídico que se atribuye al Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho -artículo 1.6 CC- ha adquirido en esta rama de nuestro ordenamiento una trascendencia máxima”.

Y continúa diciendo que:

“La Sala Primera se ha referido en numerosas ocasiones a esta función de complemento del ordenamiento jurídico que corresponde a la jurisprudencia

El presente trabajo no pretende pues abordar la totalidad de cuestiones relativas a la calificación concursal⁸ culpable⁹, sino centrarse en los aspectos procesales que mayor problemática plantean en la práctica cotidiana de nuestros tribunales mercantiles.

Así, en el primer capítulo, se abordará la naturaleza procesal del informe de calificación de la administración concursal.

En el segundo capítulo, se abordará el cómputo del plazo de presentación del informe de calificación de la administración concursal.

En el tercer capítulo, se abordará la prematura apertura de la sección de calificación concursal.

mediante la creación, de un modo reiterado, de doctrina jurisprudencial; con ello se contribuye al reforzamiento de la seguridad jurídica, aunque esta valiosa contribución a la mayor certidumbre en la interpretación y aplicación de las normas se compatibilice con la evolución de los criterios hermenéuticos en relación con la realidad social del tiempo y con el consiguiente cambio de orientación que se funde en nuevas interpretaciones razonables y exentas de arbitrariedad. En este sentido, se pronuncia la STS de 3 de enero de 1990 [RJ1990/3]. Asimismo, en relación al reconocimiento de la función integradora del ordenamiento jurídico de la jurisprudencia que se consagra en el artículo 1.6 CC, se pueden citar las SSTS de 31 de mayo de 2001 [RJ 2001/3876], de 26 de septiembre de 2000 [RJ 2000/7031], y de 15 de julio de 1988 [RJ1988/5722], entre otras".

⁸ Materia que, por su extensión, desbordaría los límites de este Trabajo.

⁹ Ni la anterior Ley Concursal, ni el actual TRLC, definen el concurso fortuito. El precedente histórico más cercano es el artículo 887 del Código de Comercio de 1885, en méritos del cual:

"Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer, en todo o en parte, sus deudas".

Con ello, en la actual normativa, será fortuito el concurso que, ex arts. 443, 443 o 444 TRLC no pueda ser calificado culpable.

En el cuarto capítulo, se abordará la posición de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección de calificación.

En el quinto capítulo, se abordarán las limitaciones del juicio verbal en la tramitación del incidente de calificación culpable del concurso.

En el sexto capítulo, se abordarán los requerimientos documentales realizados a través del informe de calificación de la administración concursal.

En el séptimo capítulo, se abordarán las interacciones entre las acciones de reintegración y la sección sexta, desde la perspectiva de la cosa juzgada.

En el octavo capítulo, se abordará el concurso de leyes entre causas de culpabilidad del concurso.

En el noveno capítulo, se abordará el delito concursal.

En el décimo capítulo, se abordarán los aspectos procesales de la futura reforma concursal.

Para llevar a cabo el trabajo, se ha partido de las entradas doctrinales existentes, de la numerosa jurisprudencia de Juzgados Mercantiles, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, así como de la jurisprudencia constitucional allí donde resulta relevante. El autor ha contado también con la experiencia práctica como Abogado en ejercicio y Administrador Concursal, habiendo tenido ocasión de debatir sobre buena parte de los aspectos controvertidos con Magistrados, Letrados Judiciales, Abogados y Administradores Concurales.

I. NATURALEZA PROCESAL DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Antecedentes históricos del debate procesal. Diferentes tratamientos procesales del Informe de calificación de la administración concursal.

Ya desde los primeros momentos de vigencia de la primigenia Ley Concursal del año 2003, se planteó una dispar interpretación y tramitación procedimental de los incidentes de calificación del concurso.

Consistió, en concreto, sobre si el Informe de calificación de la administración concursal debía ser considerado como una demanda, o si, por el contrario, era un mero informe contra el que se podía formular demanda de contradicción.

1.1. Tratamiento judicial del Informe de la administración concursal como escrito de demanda.

Han sido muchos los autores que han venido defendiendo que el Informe de la administración concursal es una verdadera demanda y que el escrito de oposición es una contestación a dicha demanda.

Por su contundencia, me referiré a lo dicho por el Magistrado FERRER BARRIENTOS, quien efectúa una magnífica exposición de los motivos¹⁰ por los cuales le parece *“evidente que este escrito «razonado y documentado» en el que se formula la propuesta de calificación (pretensión) determinando las personas contra las que se dirige e incluso cuantificando los daños y perjuicios cuya indemnización en su caso se reclaman, constituye una verdadera demanda”*¹¹.

¹⁰ Estos argumentos pueden igualmente encontrarse, en algunos aspectos más desarrollados, en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENTOS, A. (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004, págs. 1763 a 1765.

¹¹ FERRER BARRIENTOS, A. «La calificación del concurso», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2004, Págs. 265 y 266.

En ellas, aporta hasta 9 argumentos en contra de la inversión del contradictorio.

Nos referiremos a alguno de ellos:

“1) Por tradición terminológica”¹².

“2) Porque en ningún momento nadie defendió durante todo el proceso de reforma legislativa un cambio de procedimiento en sentido de demanda de contradicción”.

“3) Porque la demanda de oposición tiene su sentido cuando existe un título de ejecución o equivalente ya que, entonces, la pretensión es puro formulismo y si hay algo que discutir será el demandado quien lo aporte al proceso, centrando el motivo de inejecutabilidad de entre unos motivos legalmente tasados, lo cual no ocurriría aquí en que el contenido de la demanda de oposición sería algo así como pedir que se le absuelva”.

“4) Porque la carga de la prueba es del demandante de oposición si tiene que probar el motivo de inejecutabilidad que alega, mientras que aquí la prueba de la calificación como culpable la tiene que aportar la administración concursal que la alega y que figuraría como «demandada» de contradicción”.

“5) Porque no tendría equilibrio un proceso en el que una de las partes (la administración concursal y el Ministerio Fiscal) tendrían doble posibilidad de alegaciones, por sólo una de las personas afectadas”.

“6) Porque era bien sencillo al legislador decir «para que dentro de los diez días siguientes formulen demanda de oposición» o formula equivalente y no es así”.

“7) Porque cuando la ley de enjuiciamiento civil utiliza la expresión de «oposición» como equivalente a una demanda, se cuida de puntualizarlo así, como ocurre en la oposición a la ejecución (art. 560 LEC) que va seguida de un trámite expreso de «impugnación de la oposición» o como ocurre en el juicio cambiario donde se le denomina expresamente «demanda de oposición» (art. 824 LEC), a diferencia de lo que sucede en la LC que se limita a utilizar la expresión que siempre se ha usado como propia de la contestación de la demanda de calificación”.

“8) Porque la expresión de la ley concursal en el sentido de «para que... aleguen cuanto convenga a su derecho» se corresponde mejor, en

¹² Sin embargo, como hemos visto anteriormente, la argumentación terminológica nos lleva, precisamente, a la conclusión contraria.

lenguaje directo y normal, con contestación a unas pretensiones, que no con formulación de pretensiones que se supone que es la esencia de toda demanda, sin que se sepa bien qué pretensiones tendría que formular la persona afectada por la calificación como no fuera la petición de absolución”.

Asimismo, algunos juzgados interpretaban que el Informe de calificación de la administración concursal¹³ debía tener la forma y contenido de un escrito de demanda y ostentar, por tanto, dicha administración concursal la posición procesal de parte actora¹⁴.

Así, por ejemplo, entre otras¹⁵, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 153/2011, de fecha 6 de abril de 2011 (JUR\2011\199853), emplea el término “*demanda*” para referirse al Informe de la AC:

*“La parte apelante reitera la excepción de defecto legal **en el modo de proponer la demanda**, con remisión a la argumentación que expuso en su escrito de oposición al **informe de calificación de la AC**, en resumen porque en dicho informe no se especificaba (a) en base a qué título se solicita la condena del Sr. Luis Miguel por la calificación concursal; (b) en base a qué causa de culpabilidad se solicita la condena; y c) en base a qué acción, esto es, si la prevista en el art. 172.2.3a LC o la regulada en el art. 172.3, de la LC . Todo lo cual le ha causado efectiva indefensión. [Fundamento de Derecho Segundo].*

Asimismo, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares n.º 109/2012, en su Sentencia n.º 109/2012, de fecha 7 marzo de 2012 (AC\2012\1411), estableció que:

“En punto a la caracterización de las partes del proceso, los legitimados principales en el lado activo lo son el administrador concursal y el Ministerio Fiscal. El análisis de la peculiar posición que en la sección de calificación desempeñan acreedores e interesados en hacer valer la

¹³ Y así también, en su caso, el Dictamen que emitiera el Ministerio Fiscal.

¹⁴ Tesis que finalmente acabó primando como ampliamente mayoritaria.

¹⁵ Como las SSAP de Jaén de 15 de noviembre de 2007, Zaragoza de 15 de julio de 2008 y de Pontevedra de 4 de diciembre de 2013.

*pretensión de culpabilidad, no ocupa en este lugar. **El informe del administrador y el dictamen del Fiscal son actos formales de parte por medio de los cuales se ejercita la correspondiente pretensión, por lo que su papel es el mismo que en el proceso desempeña la demanda.** La utilización de una peculiar terminología para referirse al acto de promoción del proceso, evitándose el empleo del término "demanda" no tiene otra explicación que el apego a los vocablos de la legislación histórica, sin que de aquéllos quepa deducir efecto jurídico alguno. El art. 169.1 alude a "informe razonado y documentado" porque ésta era la forma en que los textos previgentes aludían al acto que ponía en marcha el proceso de calificación, con su forma inquisitiva". [Fundamento de Derecho Segundo].*

Y, por último, de entre las diversas audiencias que acogían este criterio, encontramos la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense n.º 420/2012, de fecha 14 noviembre de 2012 (AC\2012\2391), que estableció lo siguiente:

"El iter procesal comienza tras la aprobación del convenio de acreedores y sigue, al margen de la posibilidad de personación de interesados, con la presentación de un informe por la administración concursal que debe contener una relación de hechos relevantes para la calificación y una propuesta de resolución con determinación de los daños y perjuicios que se hayan causado. La oposición del deudor desemboca en lo trámites del incidente concursal hasta llegar a la sentencia de calificación.

La síntesis del procedimiento expuesta anteriormente nos debe llevar a la consideración del informe de la administración con propuesta de calificación como una verdadera demanda". [Fundamento de Derecho Segundo].

Esta posición venía asimismo respaldada por gran parte de la Doctrina¹⁶, que entendía que aunque la Ley Concursal se refiriera a "Informe", en realidad la naturaleza procesal del escrito es el de una demanda, pues en ella se contenía

¹⁶ Vid. en este sentido QUECEDO ARACIL, P., en AA.VV. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium Editores S.L., Madrid, 2004. pág. 767; SENÉS MOTILLA, C. «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable», *ADC*, 23, 2011, pag. 305; MACHADO PLAZAS, M. «Algunas consideraciones sobre aspectos procesales de la calificación del concurso», *RPC*, 13, 2010, pág. 237.

la pretensión procesal de calificación del concurso, como culpable o como fortuito¹⁷.

1.2. Tratamiento judicial del Informe de la administración concursal como un mero informe. Inversión del contradictorio.

Por el contrario, otros juzgados entendían, a tenor de lo dispuesto en el antiguo artículo 171 de la Ley Concursal¹⁸ que, en la medida en que sólo se iniciaría el correspondiente incidente concursal cuando se formulara oposición¹⁹, sería por ende dicho eventual opositor quien ostentaría la posición de parte actora en el

¹⁷ La regulación concursal no desarrolla cuando un concurso será calificado como fortuito, por lo que debe imperar un concepto negativo o por exclusión, esto es, que el concurso se calificará como fortuito cuando no deba ser calificado como culpable.

Vid. en este sentido, GÓMEZ SOLER E., «Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad» en DÍAZ MARTÍNEZ, M. (Coord.), *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 38; MACHADO PLAZAS J., en *El concurso de acreedores culpable*, Navarra, 2006, pág. 84.

Vid. asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 173/2007, de 19 marzo:

“El primer objeto de la calificación es determinar la causa de la insolvencia y, en concreto, si esta es imputable al deudor o a quienes actúan por él, que la habrían generado o agravado con su comportamiento doloso o culposo, o si por el contrario es fortuita. A este respecto, el concurso solo admite una doble calificación: fortuita o culpable. Y la primera se define por contraposición a la segunda, esto es, el concurso será fortuito cuando no sea culpable”. [Fundamento de Derecho Tercero].

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) nº 2337/2007, de 12 noviembre:

“La sección de calificación tiene por objeto, en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o culpable. La Ley Concursal (RCL 2003, 1748) no define qué entiende por concurso fortuito, puesto que se limita a determinar cuándo el concurso es culpable. Por tanto, procederá la calificación del concurso como fortuito cuando no sea culpable”. [Fundamento de Derecho Tercero].

¹⁸ Hoy artículo 451.1 TRLC.

¹⁹ Por parte del concursado, de las personas afectadas o de cualquiera de los comparecidos.

incidente, que sería entonces un incidente de oposición, al haberse producido una inversión del contradictorio.

En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Sentencia nº 188/2008, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) de fecha 18 noviembre de 2008 (JUR\2009\295971):

*“La falta de corrección técnica del planteamiento de este motivo es evidente, pues no puede imputarse una «incongruencia» por el hecho de aplicar retroactivamente una Ley a hechos anteriores a ella, **ni ha existido en el incidente una «demanda» con la que deba ser congruente la resolución (desde luego, el informe de la administración concursal o del Ministerio Fiscal exigidos por el art. 169 LC no son una «demanda»**). En todo caso, es claro que no existe una aplicación retroactiva de la Ley por calificar como culpable el concurso por faltar la contabilidad de años anteriores a la promulgación de la Ley, entre otras razones porque este mismo hecho también determinaba la calificación de la quiebra como fraudulenta -por lo tanto, incluso más grave- en el derecho anterior (art. 890.3o Ccom). Por último no existe una duplicidad de sanciones por la regulación de los arts. 221 LSA y 172 LC, ya que cada uno determina consecuencias completamente distintas en ámbitos diferentes: el cierre del registro y una posible sanción pecuniaria aquél, con carácter general; y si la entidad es declarada en concurso, la calificación del éste como culpable (lo cual no es stricto sensu una sanción). Los supuestos de hecho de una u otra, además, no son iguales”. [Fundamento de Derecho Quinto].*

Resulta muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) nº 80/2009, de fecha 24 febrero de 2009 (JUR\2009\188065), que, pese a su extensión, ilustra muy claramente los argumentos empleados para entender que el Informe de calificación de la administración concursal no es una demanda:

*“Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el primero de los motivos en los que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- que la Sentencia debería de haber tenido por desistido del Incidente al Administrador Concursal por no asistir a la vista, motivo que viene a encontrar su fundamento en **la consideración de que el Informe de Calificación del Concurso tiene la condición de Demanda, lo que -a juicio de este***

Tribunal- constituye una conclusión absolutamente equivocada. En efecto, el artículo 169.1, en su primer inciso, de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal, dispone que "dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para la personación de los interesados, la Administración Concursal presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del Concurso, con propuesta de Resolución"; luego resulta patente que **dicho Informe no sólo no tiene la consideración de Demanda, sino que se configura como una fase inexcusable y preceptiva de la Sección de Calificación del Concurso;** y, hasta el extremo ello es así que **no es este Dictamen el trámite que inicia el Incidente Concursal, sino la oposición a la calificación,** tal y como contempla el artículo 171 de la Ley Concursal cuando establece que "si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el Juez la sustanciará por los trámites del Incidente Concursal. No es incorrecto, pues -según nuestro criterio-, que, una vez promovida la oposición, se continúe directamente el Proceso conforme a los trámites del Juicio Verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.4 de la Ley Concursal), mas -en rigor- tampoco lo sería si se estimara la oposición a la calificación de concurso como la Demanda iniciadora del Incidente Concursal (porque es quien lo provoca) y se confiriera a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que la contestaran en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.3 de la Ley Concursal). Con todo, la cuestión suscitada por la parte apelante en el primer motivo del Recurso carece de trascendencia sustantiva desde el momento en que, **sin género de duda alguno, la Ley Concursal no considera el Informe preceptivo de la Administración Concursal sobre la calificación del Concurso como Demanda, sino como trámite o fase de obligado cumplimiento correspondiente a la Sección de Calificación del Concurso** y, en consecuencia, en ningún caso puede considerarse como desistida del Incidente a la Administración Concursal si no concurre al acto de la vista del Juicio, pudiendo valorarse, sin ninguna limitación, dicho Informe, sobre todo cuando la propia Ley Concursal no contempla el efecto procesal del desistimiento si la Administración Concursal -o el Ministerio Fiscal- no comparecieran al referido acto de la vista del Juicio Verbal". [Fundamento Jurídico Segundo].

O, por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) nº 246/2011, de fecha 20 junio:

"Es discutible la naturaleza jurídica del informe de calificación (mero dictamen o acción efectiva equiparable a la demanda), y a despejar las dudas no ayudan los términos empleados en los preceptos que regulan la tramitación de la sección de calificación. Se articula como si se tratara de un trámite de audiencia al deudor y personas afectadas (artículo 170.2

LC), de modo que el informe no se presenta como una demanda dirigida contra personas concretas y determinadas: la deudora y los afectados quienes pueden comparecer, y si lo hacen se les da vista del contenido de la sección, pero no para impugnar el informe sino para que "aleguen cuanto convenga a su derecho" (apartado 3 del art. 170 LC), de modo que pudiera entenderse ese trámite no sólo para formular oposición sino para introducir alegaciones en el más amplio sentido, abarcando tanto la oposición que se contempla en el apartado 1 del artículo 171 LC como cualesquiera otras alegaciones (precisiones, rectificaciones, complementos...). **Lo cierto es que sólo la oposición da lugar al incidente concursal** (artículo 171.1 LC), por lo que surge la duda sobre la naturaleza jurídica del informe de la administración concursal: si es la oposición al informe la que da lugar al incidente concursal pudiera entenderse que constituye el acto inicial del procedimiento y, siendo así, tendría la condición de demanda. Cuando en el artículo 171.1 se dice que si se formula oposición "se sustanciará por los trámites del incidente concursal" **no podemos presumir que el incidente se incoó con la presentación del informe de la administración concursal, porque si no hay oposición no hay incidente concursal** (art. 171.2 LC), y porque es la oposición al informe -y no el informe- el que da lugar al incidente concursal, por lo que sería aquella la que debería de calificarse como demanda incidental". [Fundamento de Derecho Segundo].

Asimismo, y aunque no se refleje el Informe de calificación de la administración concursal como un mero informe, resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 366/2014, de 12 noviembre, en la que se establece que sólo una vez presentado el escrito de oposición a la propuesta de calificación podrá determinarse sobre quien pesa la carga de la prueba:

*"Por consiguiente, y como conclusión de este apartado, no podemos entender que pese sobre la AC, en todo caso y circunstancia, la carga de la acreditación de todos los hechos relevantes para la calificación culpable. **Lo que la AC deberá hacer en su informe propuesta es justificar adecuadamente su propuesta de calificación culpable** haciendo referencia detallada no solo a los hechos en los que funda su apreciación de que el concurso debe ser declarado culpable sino también a la posible concurrencia de cualesquiera de los tipos establecidos por el legislador como presunciones iuris et de iure (en el artículo 164.2) o iuris tantum (en el artículo 165), **a fin de permitir una adecuada defensa por parte de la concursada y de las personas afectadas por la calificación culpable**. De manera que **solo a partir de la oposición formulada por la concursada o de las demás personas afectadas podrá ser enjuiciado en cada caso sobre quien pesa la carga de la prueba** teniendo en*

cuenta el efectivo esfuerzo probatorio desplegado en el incidente concursal de oposición y los principios de disponibilidad y facilidad probatoria”. [Fundamento de Derecho Cuarto].

Por lógica, si tras ese escrito de oposición a la culpabilidad se determinara que es la carga de la prueba recae sobre la administración concursal, ésta debería ostentar un turno de réplica por mor de la inversión del contradictorio.

Algunos autores²⁰ añadían que el Informe de calificación no podía considerarse una verdadera demanda, habida cuenta de que una demanda consiste en un acto voluntario, mientras que el Informe de calificación de la administración concursal es otro más de los muchos trámites obligatorios de los que debe encargarse la AC.

Esa dicotomía perduró más de 10 años y quedó plasmada, por ejemplo, en la Sentencia n.º 42/2015 (Rollo de apelación n.º 229/2014-3ª), dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente Magistrado Juan Francisco Garnica Martín), que en el apartado n.º 17 de su Fundamento de Derecho Tercero decía lo siguiente:

*“Aunque el artículo 265.3 LEC se refiera al actor y en este proceso **es discutible qué concreta condición ocupan quienes se oponen a la propuesta de calificación del AC, si la de actores incidentales que resulta del artículo 171.1 LC o bien la de demandados que le ha atribuido el juzgado mercantil (y que es la posición más usual en los tribunales)**, lo cierto es que el principio que resulta de aquella norma de la LEC creemos que es aplicable en todo caso, esto es, también cuando, existiendo contradicción de intereses entre los diversos codemandados, la razón que justifica la aportación procede de las alegaciones hechas por uno de ellos y que puedan afectar a la adecuada defensa del otro”.*

[El subrayado y la negrita son nuestros]

²⁰ Al respecto, GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El poder de disposición en la sección de calificación del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, 8144, 2013; que refiere expresamente que al Informe de calificación de la administración concursal no se le puede atribuir el valor de demanda y tampoco el alcance que prevé el art. 399 LEC.

2. Argumentos a favor de la inversión del contradictorio.

En efecto, existían, y siguen existiendo determinados argumentos que respaldan la inversión del contradictorio.

2.1. Argumento terminológico.

Así, en primer lugar, podemos recurrir a un argumento meramente terminológico.

Nótese que la Ley, incluso con el actual TRLC, habla de “Informe” y no de “Demanda”²¹.

El término “Informe” no fue un invento de la primera Ley Concursal de 2003, sino que viene heredado de la anterior regulación²². En efecto, el artículo 1382 de la LEC de 1881 disponía lo siguiente:

*“La pieza de autos correspondiente a esta sección empezará con el **informe** que el Comisario debe dar al Juez de primera instancia, sobre lo que resulte del reconocimiento de los libros y papeles del quebrado acerca de los capítulos que deben servir de bases para la calificación de la quiebra, conforme al artículo 1.138 del Código de Comercio”.*

²¹ Pese a que el nuevo TRLC diga añadida que dicho “Informe” deberá tener “la estructura propia de una demanda”.

²² En la Sentencia n.º 565/2012 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de fecha 28 diciembre de 2012 (JUR\2013\45662) se dice al respecto lo siguiente:

“El informe del administrador y el dictamen del Fiscal son actos formales de parte por medio de los cuales se ejercita la correspondiente pretensión, por lo que su papel es el mismo que en el proceso desempeña la demanda. La utilización de una peculiar terminología para referirse al acto de promoción del proceso, evitándose el empleo del término “demanda” no tiene otra explicación que el apego a los vocablos de la legislación histórica, sin que de aquéllos quepa deducir efecto jurídico alguno. El art. 169.1 alude a “informe razonado y documentado” porque ésta era la forma en que los textos previgentes aludían al acto que ponía en marcha el proceso de calificación, con su forma inquisitiva”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Si el legislador hubiera querido que, ahora, el Informe de la administración concursal fuera una verdadera demanda, la habría llamado así. Pero ello no ha ocurrido.

El término “oposición” proviene también de la LEC de 1881, en este caso, del artículo 1385:

*“Si el quebrado hiciere **oposición** a la pretensión de los síndicos o del Promotor fiscal, se recibirán a prueba los autos y se continuará su sustanciación hasta dictar sentencia por los trámites establecidos en esta ley para los incidentes, pudiendo prorrogarse el término de prueba, si las partes lo pidieren, hasta el máximo de cuarenta días que señala el artículo 1.142 del Código”.*

Este término, “oposición”, resulta además idéntico al que se utiliza en materia de ejecución civil, donde, como todos sabemos, la presentación del escrito de oposición²³ a la ejecución produce la inversión del contradictorio, dando lugar a la tramitación del incidente de oposición.

De este modo, el artículo 559.2 LEC establece lo siguiente para los supuestos de oposición a la ejecución por motivos procesales:

*“Cuando **la oposición del ejecutado** se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, **el ejecutante podrá formular alegaciones** sobre éstos, en el plazo de cinco días”.*

Y, asimismo, el primer párrafo del artículo 560 LEC, esta vez en relación con la oposición a la ejecución por motivos de fondo, dice lo siguiente:

*“Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o éstos no se hayan alegado, **el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en motivos de fondo** en el plazo de cinco días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición”.*

²³ En realidad, demanda de oposición o demanda de contradicción.

Dicha identidad terminológica no es casual. En la mente del legislador decimonónico, emplear el término “oposición” e “informe” se hacía con una clara voluntad: que la tramitación de la sección de calificación se sustanciara como un verdadero incidente de oposición y, por ende, mediante la inversión del contradictorio.

Piénsese además que el término “Informe” es el que más se repite cuando hablamos de las tareas y trabajos encomendados a la Administración Concursal. Y, siempre que dicho “Informe” es impugnado mediante un escrito de oposición²⁴, la Ley establece la formación de un incidente concursal y, por ende, la inversión del contradictorio, para que la administración concursal pueda “contestar” a la oposición planteada²⁵.

Veamos algunos ejemplos de lo que acaba de decirse:

En primer lugar, nos referiremos a uno de los Informes que mayor importancia tiene de entre los que debe realizar la AC: el Informe del Título VI, regulado en los artículos 289 y ss. TRLC.

Este Informe, imprescindible para la tramitación del procedimiento concursal en general y guía básica de las secciones²⁶ tercera y cuarta del concurso, relativas

²⁴ Casualmente, en la mayoría de supuestos en los que se impugne o se realicen alegaciones en contra de los diferentes “Informes” de la AC dicho escrito recibe el nombre de “Oposición”.

²⁵ Oposición que, en todos dichos supuestos, se constituye como una auténtica demanda incidental.

²⁶ De conformidad con lo establecido en el art. 508 TRLC, precepto clave para entender el funcionamiento y estructura de un procedimiento concursal, “*El procedimiento de concurso se dividirá en las siguientes secciones [...]:*”

“1.º La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.

2.º La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición

a las masas activa y pasiva, correspondientemente, deberá ir acompañado de un “Inventario de masa activa”²⁷ y un “Listado de acreedores”²⁸.

Siempre que dicho Informe sea impugnado, bien en lo relativo a su masa activa (inventario), o en relación con su masa pasiva (listado de acreedores), dichas impugnaciones se “sustanciarán por los trámites del incidente concursal”, conforme prevé el artículo 330.1 TRLC.

Ello implicará, como no puede ser de otro modo, que se dé el oportuno traslado a la administración concursal para que pueda contestar a la impugnación presentada, produciéndose pues la inversión del contradictorio.

Lo mismo sucede con el “Informe final de liquidación” previsto en el artículo 468 TRLC. Este Informe deberá presentarse “dentro del mes siguiente a la conclusión de la liquidación de la masa activa”²⁹ y servirá para que la

de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales. En esta sección se incluirá el informe de la administración concursal con los documentos que se acompañen y, en su caso, los textos definitivos.

3.º La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a los créditos contra la masa.

4.º La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.

5.º La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio, sea anticipado o de tramitación ordinaria, y a la liquidación.

6.º La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos”.

²⁷ Según dispone el art. 293.1.1º TRLC.

²⁸ Según dispone el art. 293.1.2º TRLC.

²⁹ Según dispone el art. 488.1 TRLC.

administración concursal solicite la conclusión del concurso y rinda cuentas de su actuación a lo largo del procedimiento.

Si alguna de las partes personadas se opusiera a la conclusión del concurso, es decir, al Informe final de liquidación en el que se solicite la conclusión, el artículo 469.1 *in fine* TRLC dispone que “se dará a esta la tramitación del incidente concursal”.

Nuevamente, se produce la inversión del contradictorio.

Igual ocurre con el “Informe justificativo de la administración concursal”³⁰. Informe que presentará la administración concursal en aquellos casos en los que proceda la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa³¹.

De nuevo, nos encontraremos ante la inversión del contradictorio, pues según dispone el artículo 475.1 TRLC:

“Si en el plazo de audiencia concedido a las partes, computado desde la puesta de manifiesto del informe de la administración concursal en la oficina judicial, se formulase oposición a la conclusión del concurso, se dará a esta la tramitación del incidente concursal”.

Y de igual modo opera la Ley cuando estamos ante la rendición de cuentas que necesariamente debe acompañarse al Informe de conclusión del concurso.

Así, conforme prevé el artículo 479.1 TRLC:

³⁰ Dicho informe se encuentra regulado en el art. 474 TRLC.

³¹ Supuesto que se produce cuando la masa activa disponible en el concurso es inferior a los créditos contra la masa devengados. Dichos créditos son aquellos que nacen con posterioridad a la declaración del concurso. Desgraciadamente, un gran número procedimientos concursales finaliza en insuficiencia de masa activa. El denominado vulgarmente “concurso del concurso”, que pone en evidencia nuestro ineficiente sistema concursal.

“Dentro del plazo de audiencia para formular oposición a la conclusión del concurso, tanto el concursado como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas”.

Dicho mismo precepto también establece que, si se formula oposición a la rendición de cuentas, *“esta se sustanciará por los trámites del incidente concursal”.*

He aquí, de nuevo, el término “Oposición” y, tras él, la inversión del contradictorio.

En materia de oposición a la rendición de cuentas, resulta muy ilustradora la Sentencia n.º 353/2017, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de fecha 25 de octubre de 2017, que en su Fundamento de Derecho Segundo estableció lo siguiente:

*“Ha sido ciertamente irregular la tramitación del incidente en primera instancia. **La oposición a la rendición de cuentas y a la conclusión del concurso**, que indudablemente promovió la TGSS mediante su escrito de 20 de julio, **debe sustanciarse por los trámites del incidente concursal** e impone, por ello, una primera valoración judicial sobre pertinencia o entidad que debe desembocar o bien en un auto de inadmisión o bien en una providencia de admisión a trámite (artículo 194 2 y 3 de la LC), es decir, en todo caso en una resolución del juez del concurso que en este caso, supuesta la admisión, **tendría que haber acordado el emplazamiento de las demás partes personadas para que en plazo común de diez días contestaran a la demanda** en la forma prevenida en el artículo 405 de la LEC”.*

Resulta pues evidente que, presentado el escrito de oposición a la rendición de cuentas, operará la inversión del contradictorio, siendo dicho escrito de oposición una verdadera demanda incidental (demanda de contradicción) y dándose traslado de la misma al resto de partes para que puedan contestarla.

Volviendo ya a la materia que ahora nos interesa, esto es, la sección de calificación, resulta llamativo que el Informe de la administración concursal deba

recibir un tratamiento procesal diferente al que reciben el resto de “Informes” confeccionados por la AC.

Sin embargo, dicho tratamiento especial únicamente se aplicará cuando nos encontremos ante un concurso de acreedores en el que la administración concursal proponga que el concurso sea calificado como culpable, y no así en aquellos en los que se proponga que el concurso ha sido fortuito³².

En efecto, el artículo 448 TRLC dispone lo siguiente:

“Una vez transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el Letrado de la Administración de Justicia dictará resolución requiriendo a la administración concursal para que, en el plazo de quince días, presente un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si los acreedores o personas con interés legítimo hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable, en esa misma resolución se ordenará dar traslado de esos escritos a la administración concursal”.

No se prevé pues ninguna especialidad procedimental para dicho Informe que lo diferencie del resto de Informes emitidos por la AC.

Una vez presentado el Informe de calificación con propuesta de calificación fortuita, si el Ministerio Fiscal no se opusiera, o presentara un Dictamen³³ en la misma línea, *“el juez, sin más trámites, ordenará, mediante auto, el archivo de las actuaciones”³⁴.*

³² Y dicha propuesta de calificación coincida con la que realice, en su caso, el Ministerio Fiscal a través de su Dictamen.

³³ De conformidad con lo dispuesto en el art. 449.1 TRLC, *“una vez unido a la sección sexta el informe de la administración concursal, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del contenido de esa sección al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, emita dictamen [...]”.*

³⁴ Art. 450.1 TRLC.

En cambio, si la propuesta de calificación la administración concursal fuera de culpabilidad:

“el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda, expresará 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 y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la ley”³⁵.

Así las cosas, cuando estemos ante un Informe de calificación con propuesta de culpabilidad, este deberá ser considerado una auténtica demanda, y no así un mero Informe (pese a su terminología), yendo en contra del sentido procesal que, como hemos visto, opera en el resto de los ámbitos de la Ley y del procedimiento concursal.

No se producirá pues la inversión del contradictorio, y la concursada y personas afectadas por la calificación presentarán, en su caso, una oposición que, también a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos concursales, deberá ser considerada una auténtica contestación a la demanda.

Y todo lo anterior se produce pese a que, como veremos ahora, sea dicha oposición (supuesta contestación a la demanda) la que inicie la tramitación del incidente concursal de calificación.

2.2. Argumentos procesales a favor de la inversión del contradictorio.

2.2.1. El incidente concursal sólo se iniciará si se presenta escrito de oposición.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 451.1 TRLC, una vez se formule oposición a la calificación culpable del concurso, *“el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal”* para los trámites posteriores.

³⁵ Art. 448.2 TRLC.

Es decir, el incidente concursal de calificación del concurso solo se iniciará en caso de que se presente escrito de oposición al Informe de calificación la AC³⁶.

Y aquí encontramos un importante argumento procesal a favor de la inversión del contradictorio: si el incidente concursal de calificación sólo se inicia en caso de que se presente escrito de oposición, es precisamente dicho escrito de oposición el iniciador del incidente y, como tal, debería ser este el que guarde la forma de demanda³⁷ y quien lo presente ocupar la posición procesal de parte actora.

Como hemos visto anteriormente, ello es lo que sucede siempre que se impugne, o presente un escrito de oposición, frente a alguno de los Informes o Textos³⁸ elaborados por la AC³⁹.

No sucede empero en materia de calificación culpable del concurso, donde el Informe de la administración concursal se erige como una verdadera demanda, y la administración concursal, por tanto, como parte actora incidental.

³⁶ O, en su caso, al Dictamen del Ministerio Fiscal.

³⁷ Ocupando, en consecuencia, quien lo presente la posición de parte actora incidental.

³⁸ Igual que sucede con el Informe de la administración concursal de los arts. 289 y ss. TRLC, una vez esté más avanzado el procedimiento concursal la AC deberá presentar un escrito, esta vez llamado "*textos definitivos*", para introducir "en el inventario, en la lista de acreedores y, en su caso, en la exposición motivada de su informe las modificaciones que procedan" (art. 303.1 TRLC).

De nuevo, si cualquier interesado impugnara dichos textos definitivos "*la impugnación se sustanciará por los trámites del incidente concursal*" (art. 305.2 TRLC), produciéndose la inversión del contradictorio y dándose traslado a la AC para que realice las manifestaciones correspondientes, en forma de contestación a dicha impugnación.

³⁹ Así sucede, como hemos visto, con el Informe de la AC de los arts. 289 y ss. TRLC, con el Informe final de liquidación (art. 468 TRLC) o con el Informe justificativo de la AC (art. 474 TRLC).

Este sistema procedimental, aplicado únicamente en la sección de calificación, resulta incompatible con el resto del procedimiento concursal donde, como ya hemos visto, siempre rige la inversión del contradictorio para regular aquellos incidentes concursales que nazcan como consecuencia de los Informes o escritos presentados por la AC.

2.2.2. Amplitud del contenido del escrito de oposición a la propuesta de calificación culpable.

El segundo argumento procesal a favor de la inversión del contradictorio lo encontramos en la amplitud del escrito que pueden presentar las personas afectadas y los cómplices, como oposición a la calificación culpable.

En efecto, conforme disponen los apartados 2 y 3º del artículo 450 TRLC, si el concurso no se calificara como fortuito:

“2. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia dará audiencia al concursado por plazo de diez días y, en la misma resolución, ordenará emplazar a todas las demás personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad.

*3. A quienes comparezcan en plazo el Letrado de la Administración de Justicia les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, **aleguen cuanto convenga a su derecho**. Si comparecieren con posterioridad al vencimiento del plazo, les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, el Letrado de la Administración de Justicia los declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos”.*

Se dará por tanto traslado a las personas comparecidas (personas afectadas o cómplices), para que, en el plazo de diez días, aleguen cuanto convenga a su derecho.

Esta expresión, “alegar cuanto convenga a su derecho” implica que dichas personas (afectadas por la calificación y cómplices) no sólo podrán formular la

oportuna oposición⁴⁰ a la propuesta de calificación, sino también introducir todas aquellas alegaciones, en el sentido más amplio⁴¹, que tengan por convenientes. Es decir, podrán introducir precisiones, rectificaciones, complementos, etc.

En este sentido lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) nº 246/2011, de fecha 20 junio de 2011 (JUR\2011\278830), a la que ya nos hemos referido antes, y que estableció lo siguiente:

*“Se articula como si se tratara de un trámite de audiencia al deudor y personas afectadas (artículo 170.2 LC), de modo que el informe no se presenta como una demanda dirigida contra personas concretas y determinadas: la deudora y los afectados quienes pueden comparecer, y si lo hacen **se les da vista del contenido de la sección, pero no para impugnar el informe sino para que "aleguen cuanto convenga a su derecho"** (apartado 3 del art. 170 LC), de modo que pudiera entenderse*

⁴⁰ En el sentido y con el contenido previstos por el art. 451 TRLC que, recordemos, dispone lo siguiente:

“1. Si el concursado o alguno de los comparecidos formulase oposición deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda. Para los trámites posteriores el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.

2. Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días”.

⁴¹ No existen muchos trabajos o publicaciones que hablen acerca del término alegación, en sentido estricto y sobre su naturaleza jurídica. Los trabajos más habituales se centran en alegaciones concretas y no sobre su concepto general.

La autora MORÁN MARTÍN, R. «Forma y mensaje en las voces del derecho. Notas para un análisis de «alegación en derecho», *Ius Fugit*, 2011-2014, pág. 188, dedica siete páginas a tratar, precisamente, este asunto y conceptualiza el término “alegación” de la siguiente forma:

“En atención a estas referencias, creo que «alegación en Derecho» es:

– Por su concepto: un texto en defensa de un derecho subjetivo manifestado de buena fe.

– Por su naturaleza: una herramienta jurídica adherida a la positio o presentación de una pretensión procesal previamente establecida y que ya ha quedado fijada”.

ese trámite **no sólo para formular oposición sino para introducir alegaciones en el más amplio sentido**, abarcando tanto la oposición que se contempla en el apartado 1 del artículo 171 LC como **cualesquiera otras alegaciones (precisiones, rectificaciones, complementos...)**.
[Fundamento de Derecho Segundo].

A la vista de la presentación de dichas alegaciones, insistimos, en su sentido más amplio, se coloca a la administración concursal y, en su caso, al Ministerio fiscal, en una situación de indefensión y desigualdad de armas.

Piénsese que lo habitual será que acudan al incidente personas que hasta ese momento ni siquiera habían tenido contacto con la administración concursal. Aportarán informaciones y documentos a los que la administración concursal es posible que no hubiera tenido acceso con anterioridad.

Ante esa tesitura, lo más adecuado sería que, una vez presentada la oposición, se invirtiera el contradictorio posibilitando, ahora sí con pleno conocimiento de la situación, contestar a los nuevos argumentos que hubieren accedido a la *litis*.

2.2.3. Aportación de dictámenes periciales.

En la medida en que muchas de las más importantes de causas que determinan la culpabilidad del concurso⁴² tendrán como sustrato fáctico aspectos relativos a la contabilidad de la concursada⁴³, para el buen fin de la propuesta de

⁴² Vid. artículos 442 y ss. del TRLC.

⁴³ En la práctica forense la causa más común de culpabilidad es la presentación tardía del concurso, cuya acreditación descansa, esencialmente, en la contabilidad de la concursada. No es descartable empero que, articulándose otra causa de culpabilidad, pudiese ser necesaria una pericial de carácter técnico que versara sobre concretos elementos de la actividad propia de la concursada.

Así, por ejemplo, hasta cinco de las seis presunciones *iuris et de iure* contenidas en el art. 443 TRLC podrían precisar, para su sustento y justificación, de la aportación de un dictamen pericial contable o económico:

- *Art. 443.1º TRLC: "Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de*

culpabilidad resultará en la práctica imprescindible la aportación de un dictamen pericial.

Debe al efecto destacarse que el propio Informe de la AC⁴⁴ de los artículos 289 y ss. TRLC no puede ser en ningún caso válido como informe pericial⁴⁵, ni como

ejecución iniciada o de previsible iniciación". Para poder valorar si una salida patrimonial ha resultado perjudicial para los acreedores, podrá ser necesario valorar, a precio de mercado, los activos salientes, siendo para ello imprescindible un dictamen pericial.

- Art. 443.2º TRLC: "*Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*". Del mismo modo que con el anterior, podría ser necesario un dictamen pericial que determine si una salida patrimonial ha sido fraudulenta o no.
- Art. 443.3º TRLC: "*Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia*". Será aquí imprescindible un dictamen pericial que determine cuál era, o es, la verdadera situación patrimonial de la concursada.
- Art. 443.4º TRLC: "*Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos*". Para determinar tanto la existencia de la inexactitud, como su gravedad, será muy conveniente contar con un dictamen pericial económico, si nos encontramos ante documentos contables.
- Art. 443.5º TRLC: "*Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*". Lógicamente, aquí también resultará necesario un dictamen pericial económico que determine si se han cumplido o no las obligaciones contables básicas.

⁴⁴ En el que, como ya hemos visto anteriormente, se fijarán, entre otros elementos, el activo y el pasivo de la concursada.

⁴⁵ Característica esencial del dictamen pericial es que el perito ostente la condición de tercero ajeno e independiente al proceso, cuya función será la de proporcionar al Juez el conjunto de conocimientos técnicos especializados que puedan facilitarle la apreciación y valoración probatoria dentro del proceso. Véase, en este sentido y *per omnia* el trabajo SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «La prueba pericial», en ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coord.), «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona, 2000, p. 286, y PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial*, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2000.

ningún otro tipo de prueba⁴⁶, aunque en la práctica forense sea muy frecuente encontrar administradores concursales que pretenden suplir la falta de una pericial con la aportación de su propio informe. O incluso algún tribunal también lo haya entendido así⁴⁷.

⁴⁶ Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 583/2017, de fecha 27 octubre de 2017 (RJ\2017\4824), estableciendo en su Fundamento de Derecho Decimosegundo que el Informe de la administración concursal no tiene el valor de prueba pericial, ni de ningún otro tipo:

“En cuanto al valor del informe de calificación de la administración concursal, es claro que no tiene el valor de prueba, ni pericial ni de otro tipo. El informe, aunque la Ley no lo llame demanda, ni exija un contenido semejante al del art. 399 LEC, es un escrito de alegaciones de contenido muy similar, por la propia estructura que le confiere el art. 169.1 LC, que se refiere a la necesidad de que contenga alusión a los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; y si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, al igual que en una demanda, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir y pretensión concreta (sentencia 490/2016, de 14 de julio)”.

Y merece asimismo la pena citar a GRANDE BUSTOS, E.E, «Breves apuntes procesales sobre la calificación concursal», *Diario La Ley*, 7033, Sección Tribuna, 2008; donde se abunda en este mismo criterio de entender que el Informe de la administración concursal no puede considerarse un informe pericial, pese a la evidente importancia de dicho Informe.

⁴⁷ Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), que en su Sentencia n.º 88/2012, de fecha 13 febrero de 2012 (JUR\2012\87624), dijo que:

“Así mismo, por más que discrepen los apelantes del informe de la AC, es lo cierto, que tanto el informe emitido en esta Sección como el informe provisional de la fase común, guardan ciertas notas comunes con un informe pericial, pues como especialistas en materia contable, examinan los libros y aplicando a las actuaciones contable las correspondientes normas, emiten unas conclusiones, máxime cuando no existe ningún otro informe que pueda contradecir el de la AC. Por tanto, si los apelantes discrepan del contenido del informe de la AC, bien pudieron proponer un informe pericial contradictorio con el anterior, pero mientras ello no suceda, es obvio que los Tribunales no pueden prescindir del mismo para resolver sobre la calificación del concurso. Téngase en cuenta que en esta pieza no existe ninguna otra prueba o dato distinto a los hechos reflejados en el informe de la AC, por lo que si se prescinde de los mismos, tanto el Juzgador de instancia como el Tribunal de Apelación carecerían de cualquier dato para resolver sobre la calificación del concurso, ni en un sentido ni en otro”. [Fundamento Jurídico Segundo].

En la práctica sucede empero que la mayoría de los informes de calificación no acompañan el o los correspondientes dictámenes periciales⁴⁸.

Si la administración concursal efectivamente ha presentado los correspondientes dictámenes periciales junto con su Informe de calificación, no se planteará ya ningún problema procesal al respecto. Pero, como frecuentemente sucede, si el Informe no hubiere acompañado los correspondientes dictámenes periciales, aun cuando la consecuencia, en aplicación estricta de la ley, debería ser la de entender que ha precluido el trámite para acompañarlos, en la práctica forense se suelen utilizar diversos mecanismos *ad hoc* para intentar solucionar la omisión inicial⁴⁹, a los que incluso podríamos llamar “*inventos procesales*”, al carecer del oportuno soporte legal.

Así, algunos administradores concursales intentan aportar un dictamen pericial con posterioridad a la contestación, amparándose en el artículo 338.1 LEC⁵⁰. Algunos jueces lo admiten –o inadmiten– sin más, y otros convocan una especie de audiencia previa “*fuera de pistas*” para tener la ocasión de discutirlo.

⁴⁸ Las causas de tal fenómeno son diversas. A la poca claridad legislativa, cabe añadir el hecho de que muchos administradores concursales no tienen formación jurídica (recuérdese que pueden ser nombrados Abogados o Economistas). A mayor abundamiento, frecuentemente la administración concursal carece de líquido suficiente para sufragar el coste de un dictamen pericial y en el momento de presentar la demanda se ignora si se va a plantear oposición a la propuesta de calificación culpable y/o en qué términos.

⁴⁹ Y ello, en aplicación del principio inspirador del proceso concursal conocido como el “*interés del concurso*”. En este sentido, Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. «El “interés del concurso” como principio inspirador del proceso concursal» en Picó i Junoy, J., *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2013.

⁵⁰ Que, recordemos, permite la presentación de dictámenes periciales con posterioridad a la presentación de la demanda, en aquellos casos en los que su necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda. Nótese que, en algunos casos, este precepto será plenamente aplicable, si nos encontramos con que verdaderamente se han introducido en la oposición a la propuesta de calificación elementos nuevos o sorpresivos que nunca antes hubieren constado en el procedimiento.

Otros administradores concursales anuncian la aportación de la pericial en su escrito de demanda, de conformidad con lo que dispone el artículo 337 LEC⁵¹.

Aunque pueda parecer que la administración concursal, al tiempo de presentar su Informe de calificación, ya debería haber tenido tiempo más que suficiente para encargar, obtener y presentar el correspondiente informe pericial, la realidad es, a veces, muy distinta. Como veremos con mayor detalle en el capítulo III, relativo a la prematura apertura de la sección sexta, la apertura de la sección de calificación y, por tanto, el trámite para presentar el correspondiente Informe de calificación, se producen en un momento del proceso concursal demasiado prematuro. Con ello, la administración concursal, que muchas veces no tiene siquiera conocimiento total del estado de la concursada, difícilmente podrá alcanzar a conocer los dictámenes periciales que, en su caso, podrían resultar convenientes para apoyar su pretensión de culpabilidad.

En algún otro caso, la administración concursal presenta el dictamen pericial con anterioridad al acto de la vista o incluso al inicio de ésta.

Posponer la aportación a después de la contestación, si bien puede hallar encaje legal en el antes citado artículo 338.1 LEC, corre el riesgo de que el Juez, con buen criterio, entienda que ya era previsible al tiempo de presentar el Informe cuál sería el eventual contenido de la oposición y, en consecuencia, inadmita el dictamen pericial aportado.

La presentación en el propio acto del juicio es también arriesgada, por cuanto existe una elevada probabilidad de que el Juez la inadmita para evitar generar indefensión a la contraparte.

⁵¹ Recordemos, previsto para aquellos supuestos en los que no haya sido posible aportar los dictámenes junto con el escrito de demanda.

En resumen, se estima como práctica más recomendable que la administración concursal aporte sus dictámenes periciales junto con su Informe de calificación. En el caso de que, por cualquier motivo, se hubiere omitido dicha presentación, el dictamen debería aportarse a la mayor brevedad posible, al amparo de la previsión contenida en el artículo 338.1 LEC.

Ello no obstante, buena parte de la problemática aquí apuntada en relación con los dictámenes periciales quedaría solucionada si la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal, ostentaran la condición procesal de parte demandada en el incidente de oposición a la calificación culpable, al producirse la inversión del contradictorio.

3. Criterio sentado por el Tribunal Supremo. Informe de la administración concursal como demanda.

Finalmente, el Tribunal Supremo se pronunció al respecto, estableciendo desde entonces un criterio definitivo. Lo hizo mediante la Sentencia nº 203/2016, de fecha 1 abril de 2016 (RJ\2016\1216), en la que estableció lo siguiente:

“La Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del ministerio fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda. Deben contener una propuesta clara de resolución (art. 169.1 LC), lo que permite relacionar estos escritos de alegaciones con la sentencia de calificación, pues ha de pedirse, en primer lugar, una calificación fortuita o culpable, y, en este segundo caso, lo que pretenden que recoja la sentencia de calificación culpable del concurso, conforme a los pronunciamientos previstos en el art. 172 (tras la Ley 38/2011 , también el art. 172 bis LC): personas afectadas por la calificación culpable y, en su caso, los cómplices; tiempo de inhabilitación; pérdida de derechos en el concurso, obligación de restituir lo indebidamente percibido, indemnización de daños y perjuicios ocasionados por las conductas que motivan la calificación culpable, y la posible condena a los administradores (o liquidadores) para indemnizar el importe total o parcial

de los créditos no satisfechos con la liquidación (actualmente, cobertura del déficit concursal).

Tanto el petitum como la causa petendi, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, **deben quedar claros en el informe** y el dictamen que interesan la calificación culpable, pues con arreglo a ello se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Y añade, en relación con la oposición a la propuesta de calificación que:

“Obviamente, estos «demandados» deberán contestar en función de la concreta calificación postulada y de las razones que la justificaban, de las que forman parte los hechos que las sustentan en la práctica, y no podrán ser juzgados por causas y hechos no alegados en el informe de la administración concursal o en el dictamen del ministerio fiscal. De tal forma que, a la vista del informe y el dictamen, con sus respectivos escritos de oposición se conforma el objeto litigioso, que, como ocurre en un juicio declarativo, impide que pueda ser juzgado algo distinto, a riesgo de incurrir en incongruencia la sentencia”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Como acabábamos de ver, el Tribunal Supremo estableció que, pese a no existir (en aquel momento) ninguna formalidad específica en la regulación concursal en relación con el Informe de calificación de la administración concursal, la forma que mejor se adapta es la de una demanda. Y ello, a los efectos de que dicho Informe pueda contener correctamente desarrollados el *petitum* y la *causa petendi*, que servirán a su vez como guía en la contestación que formulen las personas afectadas y los cómplices.

4. Criterio acogido por el TRLC. Informe de la administración concursal como una verdadera demanda.

El criterio que previamente había establecido el Tribunal Supremo, esto es, considerar el Informe de calificación de la administración concursal como una

verdadera demanda⁵², y que ya venía siendo aplicado por la mayoría de Juzgados Mercantiles, es el que finalmente ha sido plasmada en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR).

Así, el artículo 448.2⁵³ TRLR dispone lo siguiente:

*“Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, **el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda**, expresará 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 y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la ley”.*

Y, en consonancia con lo anterior, el artículo 451.1 del TRLR⁵⁴ establece lo siguiente:

*“Si el concursado o alguno de los comparecidos formulase **oposición deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda**. Para los trámites posteriores el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente”.*

Por ende, con la aclaración realizada por el Gobierno, a través del citado Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, la dicotomía ha quedado zanjada⁵⁵.

⁵² Y debe reunir, por tanto, la forma y requisitos previstos en los artículos 192 y ss. de la Ley Concursal (hoy art. 536 TRLR) que regulan el incidente concursal y que a su vez remite a la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir, al art. 399 LEC. Vid. al efecto ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «*El incidente concursal*», publicado en la Revista Jurídica de Catalunya n.º 4, 2004.

⁵³ Sustitutivo de la segunda parte del anterior artículo 169.1 de la Ley Concursal de 2003.

⁵⁴ Sustitutivo del anterior artículo 171.1 de la Ley Concursal de 2003.

⁵⁵ Y ello, aunque nos encontremos ante un administrador concursal economista y, por tanto, sin conocimientos jurídicos suficientes como para afrontar un trámite tan complejo como es la calificación del concurso.

Así las cosas, no cabe ya interpretar la norma concursal en un sentido diferente al de que el Informe de la administración concursal es una verdadera demanda incidental. Así, dicha administración concursal ostentará la posición procesal de parte actora, y el escrito de oposición de las personas afectadas será una verdadera contestación a la demanda, siendo estos pues los demandados.

Pese a todo ello, y sobre la base de los argumentos desarrollados anteriormente, entendemos que, aún hoy, es perfectamente defendible que el informe de la administración concursal es eso, un mero Informe, en el que, de forma razonada,

En efecto, conforme dispone el artículo 511 TRLC, *“la administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervenga en incidentes o recursos deberá hacerlo asistida de letrado”*.

Es decir, para la confección y presentación del Informe de calificación de la administración concursal, si ésta está compuesta por un profesional economista, no precisará de la intervención o asistencia letrada. Sin embargo, para la tramitación del correspondiente incidente, una vez formado por mor de la oposición a la calificación que realicen las personas afectadas o los cómplices, sí será necesario que la administración concursal (economista) tenga asistencia letrada.

Resulta cuanto menos llamativo que, debiendo considerar el informe de calificación de la administración concursal como una verdadera demanda, el mismo pueda ser confeccionado por una persona lego en derecho.

A lo largo de este trabajo veremos como el objeto litigioso de la calificación culpable del concurso viene determinado, precisamente, por el Informe de calificación de la administración concursal (Vid. al respecto el capítulo VI de este trabajo), y que la sentencia de calificación deberá ceñirse, en méritos del principio de congruencia, a lo que se solicite en dicho Informe.

Será por tanto necesario que el Informe de la administración concursal se confeccione con los requisitos y particularidades propios de un escrito de demanda. Y ello se le está exigiendo, insistimos, a una persona que no tiene porqué tener conocimiento jurídico alguno.

También será problemática la situación del administrador concursal economista que, llegado el momento de tramitar el incidente concursal de calificación culpable del concurso, precise de asistencia letrada para la celebración de la vista de calificación. Ello supondrá, lógicamente, un sobre coste añadido al proceso que deberá asumir dicho administrador concursal.

lógicamente, se exponen los indicios que consten⁵⁶ acerca de la calificación del concurso.

Nótese que la administración concursal podrá dirigir su Informe de calificación hacia personas muy diversas, sea en calidad de personas afectadas o de cómplices, siendo muy habitual que dichas personas no estén previamente personadas en el procedimiento concursal, ni hayan intervenido en ningún otro aspecto del concurso (ni en su preparación, ni en su tramitación).

Por tanto, cuando esas personas vengan atraídas al proceso, bien podrán aportar explicaciones y justificaciones que desvirtúen los indicios que la administración concursal haya reflejado en su Informe, ahorrando así que el incidente de calificación verse sobre ellas, pues la AC bien podrá (en su escrito de contestación a la demanda de oposición) desistir de las mismas.

En el momento de presentarse el Informe de calificación, la administración concursal ignora si se va a plantear oposición a su propuesta de calificación culpable y/o en qué términos.

Si recibe oposición, es entonces cuando las personas afectadas, que lógicamente conocen con mayor detalle los hechos acaecidos, podrán arrojar luz y explicaciones para desvirtuar los indicios de culpabilidad que apunte la AC.

En ese momento, bien podría la administración concursal modificar su Informe de calificación e interesar la calificación del concurso como fortuito, o el apartamiento de la sección de aquellas personas que, por sus explicaciones o justificaciones documentales, queden libres de toda responsabilidad.

⁵⁶ En ese prematuro momento procesal del concurso de acreedores (recordemos en este sentido lo dicho en el capítulo relativo a lo prematuro que es la apertura de la sección).

Ello convertiría a la sección de calificación en un instrumento mucho más eficiente y acorde a su finalidad, que no es otra que la de depurar responsabilidades.

II. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El cómputo del plazo para la confección del Informe de calificación de la AC ha sido objeto de multitud de dudas prácticas en la experiencia forense dando asimismo lugar a no pocas discusiones doctrinales.

1. Antecedentes legislativos.

El antiguo artículo 169.1 LC disponía que:

“Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará 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”.

De esta forma, para poder computar el plazo del que dispone la AC para presentar su Informe de calificación, resultaba necesario, en primer lugar, conocer cuándo ha expirado el plazo para la personación de los interesados. Y para ello, tenemos que acudir al artículo 168.1 LC:

“Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”.

Los interesados disponían, por tanto, de un plazo de diez días desde que se apertura la sección sexta. Y dicha sección sexta se aperturará, como ya habíamos visto anteriormente, ex artículo 167.1 LC, en “en la misma resolución

judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias”.

Con esta fórmula, se colocaba a la administración concursal en una situación de absoluta inseguridad, habida cuenta de que la misma no tiene obligación alguna (y en muchas ocasiones tampoco forma) de conocer cuándo se había producido la expiración del plazo de personación de los interesados (por no conocer, tampoco, cuándo se había producido la última publicación de la resolución que acordara la apertura de la sección sexta).

Con ello, el inicio del cómputo del plazo de la administración concursal para presentar su Informe de calificación se hacía depender de otras actuaciones que escapaban totalmente a su control y conocimiento.

2. Remedio judicial ante el problema legislativo.

Ante esta situación de desconcierto e inseguridad jurídica para la administración concursal, los juzgados mercantiles empezaron a poner remedio al problema dictando una resolución de mero trámite, por medio de la cual se requería la administración concursal para que presentara su Informe de Calificación.

Esta resolución, intermedia o de mero trámite, tiene plenos efectos y habilita a la AC para presentar su Informe de calificación con total seguridad jurídica.

Encontramos un ejemplo de ello plasmado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 153/2011, de fecha 6 abril de 2011:

“1. La otra excepción procesal es la preclusión que se habría producido, en su decir, por no haber sido presentado el informe de la AC y el dictamen del Ministerio Fiscal dentro de los plazos establecidos por el art. 169.1 y 2 LC.

La consecuencia de su presentación fuera de los plazos que indican tales preceptos es, según la parte apelante, que tales escritos son ineficaces y, por ello, el concurso debe ser declarado fortuito.

2. El plazo relevante sería el afectante al informe de calificación que ha de presentar la AC, que a tenor del art. 169.1 LC ha de serlo dentro de los quince días siguientes al de la expiración de los plazos para la personación de los interesados en esta Sección procesal, plazo éste que es de diez días desde la última publicación de la resolución que acuerda la apertura de la liquidación, conforme al art. 168 LC.

Este plazo de quince días previsto para que la AC presente el informe de calificación (art. 169.1 LC) no ha de computarse seguida y automáticamente desde el transcurso de los diez días desde la última publicación a que hace referencia el art. 168.1 LC, pues se trata de dos plazos establecidos a diferentes efectos y dirigidos a distintas partes procesales. El juez del concurso ha de constatar, mediante una resolución judicial, que el primer plazo ha transcurrido y proveer, en su caso, los escritos de personación y alegaciones presentados por los acreedores o interesados, dictando a tal efecto una resolución interlocutoria en la que admita o rechace tales escritos y, con su traslado, si es que son admitidos, otorgue el plazo de quince días a la AC para que presente su informe de calificación.

En este caso esa providencia, dictada el 26 de febrero, fue notificada a la AC el 11 de marzo siguiente, y el escrito de calificación fue presentado por la AC el día 1 de abril, último del plazo legal, debidamente computado desde la notificación de la providencia que concedía el plazo a la parte destinataria para realizar el acto procesal". [Fundamento de Derecho Tercero].

Asimismo, podemos mostrar los siguientes ejemplos reales⁵⁷ obtenidos de diferentes procedimientos concursales en los que se requiere a la administración concursal para que presente su Informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación.

⁵⁷ Nótese que, por tratarse de resoluciones intermedias o de mero trámite, resulta complicado acceder a este tipo de resoluciones en los principales buscadores de jurisprudencia.

Dicho requerimiento se realiza bien por el juez del concurso, a través de Providencia, o por el Letrado de la Administración de Justicia, a través de Diligencia de Ordenación:



Juzgado Mercantil 1 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes 111, edificio C, planta 12
08014 Barcelona

Concurso
Solicitante
Procurador

SECCIÓN SEXTA-CALIFICACIÓN

PROVIDENCIA

MAGISTRADA JUEZA D. YOLANDA RIOS LOPEZ

En Barcelona, a cinco de octubre de dos mil dieciséis

Dada cuenta; transcurrido el término concedido a los acreedores y demás interesados en la parte dispositiva del auto por el que se ha acordado la a probación del plan de liquidación, sin que se haya efectuado alegación alguna, se tiene por precluido el trámite establecido en el art. 168 de la L.C.

De conformidad con el art. 169 de la L.C. dentro de término de 15 días deberá la Administración concursal presentar ante este juzgado, informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la **calificación del concurso**, con propuesta de resolución, con todos los requisitos que establece dicho precepto legal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **REPOSICIÓN** ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn).

Lo acuerda y firma la Magistrada Jueza Yolanda Rios Lopez del Juzgado Mercantil 1 Barcelona, doy fe.

LA MAGISTRADA JUEZA

EL LETRADO DE LA ADM. DE JUSTICIA



Administració de justícia a Catalunya – Administración de Justicia en Cataluña



JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 7
GRAN VIA DE LES CORTS CATALANES, 111
08075 BARCELONA

Procedimiento: Concurso

Parte demandante:

Procurador : SR./A. RICARD SIMO PASCUAL

Parte demandada:

Procurador : SR./A

PROVIDENCIA.-

MAGISTRADO JUEZ D. Raúl Nicolas García Orejudo

En Barcelona,

Transcurrido el plazo concedido a las partes para comparecer en esta Sección 6ª, sin que haya habido ninguna comparecencia, dése traslado a la Administración Concursal para que en el plazo de 15 DIAS presente un Informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución (art. 169 Ley concursal)

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **REPOSICIÓN** ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn).

Lo acuerda y firma S.Sª., doy fe.

EL MAGISTRADO JUEZ

EL SECRETARIO JUDICIAL



Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549450
FAX: 935549550
E-MAIL: instancia50.barcelona@j101.gencat.cat

N.I.G.:

Concurso abreviado -Sección sexta: calificación del concurso

Voluntario

Materia: Concurso personal natural no empresario

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico:

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Concepto: Nº Cuenta

Concepto: Nº Cuenta

Parte concursada:

Administrador Concursal:

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

Letrada de la Administración de Justicia que la dicta: Teresa Fernández Torruella

Lugar: Barcelona

Fecha: 2 de enero de 2018

Conforme al art. 169.1 de la LC, hago saber a la administración concursal que debe presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con la propuesta de resolución, en el plazo de los **QUINCE** días siguientes a la terminación del plazo de personación de las personas interesadas del art. 168.1 de la LC.

Si propone la calificación del concurso como culpable, el informe debe expresar la identidad de las personas a las que debe 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, hayan causado las personas indicadas.

Modo de impugnación: recurso de **REPOSICIÓN** ante la Letrada de la Administración de Justicia, mediante un escrito que se debe presentar en el plazo de **CINCO** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe expresar la infracción en que haya incurrido la resolución. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación. La interposición del recurso no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (artículos 451 y 452 de la LEC).

Lo acuerdo y firmo.

La Letrada de la Administración de Justicia.

Doc. electrónico generado ante signatura-e. Adhosa web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/1/P10tausat/CSV.html>
Data i hora 03/01/2018 11:23
Codi Segur de Verificació: AALCNSL721MUMVYCNJWZDCA12652282
Signat per Fernández Torruella, Teresa.



3. Solución avalada por el Tribunal Supremo.

La cuestión que ahora nos ocupa llegó incluso hasta el Tribunal Supremo.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 122/2014, de fecha 1 de abril de 2014, se realiza, en primer lugar, un resumen muy clarificador de la cuestión que se plantea:

*“Valoración de la Sala. **El cómputo del plazo del art. 169.1 de la Ley Concursal.***

*1.- La aplicación del apartado segundo del art. 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil **no puede suponer la preclusión de un plazo que comience a correr desde la finalización de otro cuando sea el órgano judicial el que deba comunicar a la parte interesada, a quien afecta la preclusión del acto procesal, el transcurso del plazo anterior.***

*Tal es el caso aquí enjuiciado, en que **a la administración concursal se le había notificado la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación, sin que ello le permita conocer cuándo había tenido lugar la última publicación de dicha resolución, que es el "dies a quo" del inicio del plazo para presentar su informe.** [Fundamento de Derecho Tercero].*

A la vista de esta tesitura, el Tribunal Supremo avala el remedio procesal operado por los jueces de instancia para que la AC pueda presentar su informe con plena seguridad jurídica:

“La administración concursal no tiene obligación legal de conocer cuándo se ha producido esa última publicación, en contra de lo afirmado en el recurso, por lo que el conocimiento del plazo cuya finalización determina el nacimiento del plazo para la presentación del informe viene determinado por la notificación que le haga el órgano judicial.

2.- Los plazos establecidos en los arts. 168.1 y 169.1, ambos de la Ley Concursal, están establecidos a diferentes efectos y dirigidos, por así decir, a distintas partes procesales, el primero a los acreedores y demás personas con interés legítimo para personarse en la sección de calificación, el segundo a la administración concursal.

El órgano judicial debe constatar que el primer plazo ha transcurrido, una vez le conste cuándo ha tenido lugar la última publicación del auto que abre la fase de liquidación, debe dictar la resolución en la que se admitan o rechacen los escritos de personación y alegaciones presentados por los acreedores o interesados y, dando traslado de tales escritos, si son admitidos, puesto que pueden aportar información valiosa para el interés del concurso, debe otorgar el plazo de quince días a la administración concursal para que presente el informe de calificación. [Fundamento de Derecho Tercero].

Si se actuara de forma diferente, es decir, si el plazo otorgado a la AC para presentar su Informe de calificación empezara a correr de forma automática, se colocaría a dicha AC en una situación de gran inseguridad jurídica, obstaculizando sobremanera el ejercicio de su cargo:

3.- **Una interpretación como la sostenida por la recurrente, según la cual el segundo plazo comienza a correr automáticamente** cuando finaliza el primero, sin necesidad de actuación alguna del órgano judicial, generaría una **gran inseguridad y supondría un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción por parte de la administración concursal,** habida cuenta de la brevedad de los plazos en cuestión y las dificultades de la administración concursal para conocer el hecho relevante para el cómputo del plazo de cuyo transcurso se hace depender el inicio a su vez del plazo que se le concede para formular el informe previsto en el art. 169.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

4.- Por último, la parte que ha confiado en el plazo que le ha concedido el órgano judicial para realizar un determinado acto procesal, y lo ha realizado en tal plazo, no puede ver a posteriori precluida su oportunidad de realizarlo y ver anulado el mismo porque se considere que el plazo fue incorrectamente concedido". [Fundamento de Derecho Tercero].

4. Modificación legislativa operada por el TRLC. Solución adoptada.

Esta solución alcanzada por los juzgados mercantiles ha tenido, finalmente, cabida en el texto legal, mediante la promulgación del TRLC, quedando zanjada la problemática expuesta.

Así, el actual artículo 448.1 TRLC dispone lo siguiente:

*“Una vez transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, **el Letrado de la Administración de Justicia**⁵⁸ **dictará resolución requiriendo a la administración concursal para que, en el plazo de quince días, presente un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.** Si los acreedores o personas con interés legítimo hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable, en esa misma resolución se ordenará dar traslado de esos escritos a la administración concursal”.*

Ahora, por tanto, la resolución intermedia o de mero trámite dictada por los juzgados mercantiles se realiza en expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo precedente:

⁵⁸ Nótese que también ha quedado aclarado que será el letrado de la Administración de Justicia el que realizará el requerimiento a la AC para que presente su Informe de calificación y no el juez del concurso como sucedía en ocasiones.



Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 112 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549467
FAX: 935549567
E-MAIL: mercantil7.barcelona@xj.j.gencat.cat

N.I.G.:

Concurso consecutivo **Sección sexta: calificación del concurso**

--

Materia: Concurso consecutivo

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto:
Pagos por transferencia bancaria: IBAN
Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona
Concepto:

Parte concursada:
Procurador/a:
Abogado:

Administrador Concursal:

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

Letrado de la Administración de Justicia que la dicta: Rafael Huerta García

Lugar: Barcelona

Fecha: 19 de noviembre de 2021

Conforme al art. 448.1 LC, requiero a la administración concursal para que, en el plazo de **QUINCE** días presente un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.

Si propone la calificación del concurso como culpable, el informe debe expresar la identidad de las personas a las que debe 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, hayan causado las personas indicadas.

Modo de impugnación: recurso de **REPOSICIÓN** ante el Letrado de la Administración de Justicia, mediante un escrito que se debe presentar en el plazo de **CINCO** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe expresar la infracción en que haya incurrido la resolución. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación. La interposición del recurso no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (artículos 451 y 452 LEC).

Codi Segur de Verificació: KY4TQXU7GAGBQDPDVAZTVD7PMDLPMVD

Doc. electrònic garantitzat amb signatura-e. Acheva web per verificar: <https://ejustat.judicial.gencat.cat/ajP/consultarCSV.html>

Signat per Huerta Garcia, Rafael.

Data i hora 19/11/2021 14:08



5. Preclusión del plazo de la administración concursal para presentar su Informe de calificación. Razones de orden público.

Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones los administradores concursales, por diversas razones que ahora no vienen al caso⁵⁹, dejan transcurrir el plazo que se les otorga para presentar su Informe de calificación sin haberlo presentado.

Cuando ello se sucede se plantea la cuestión de si el plazo otorgado a la AC para presentar dicho Informe de calificación es, o no, un plazo preclusivo y, por tanto, si resulta de aplicación, o no, lo dispuesto a tales efectos en el artículo 136 LEC⁶⁰.

La discusión no es baladí, ya que, si dicho plazo fuera preclusivo, y precluyera entonces la posibilidad de que la AC no presentara su Informe de calificación, podría darse la situación de imposibilidad de tramitación de la sección sexta del concurso.

En efecto, debemos recordar que la legislación concursal concibe el Informe de calificación de la AC como un trámite de obligado cumplimiento, a diferencia de lo que sucede con el Dictamen del Ministerio Fiscal⁶¹.

⁵⁹ Bien sea por falta de la correcta diligencia en el desarrollo de su cargo, bien sea por imposibilidad de presentar el Informe de calificación en un momento tan prematuro.

⁶⁰ Que, recordemos, dispone que:

“Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Letrado de la Administración de Justicia dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda”.

⁶¹ Lo demuestra lo dispuesto en el apartado 2º del art.449 TRLC que, recordemos, dispone que:

“Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen dentro de plazo, se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación de la administración concursal y seguirá su curso la tramitación de la sección”.

Así, si se diera la tesitura en que la AC no presentara su Informe (por preclusión de su plazo) tampoco podría hacerlo el Ministerio Fiscal⁶², y no podría por ende tramitarse la sección sexta del concurso.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias n.º 68/2013, de fecha 11 de marzo de 2013 (JUR\2013\166448):

*“Razones de elemental sistemática aconsejan comenzar el análisis de los motivos del recurso por aquél que pretende ser un óbice procesal para el conocimiento del fondo de la cuestión planteada, cual es la **extemporaneidad de la presentación del informe de la Administración concursal en el que solicitan la declaración del concurso como culpable**. A este respecto debemos realizar varias consideraciones, y así primeramente cabe afirmar que el informe de la Administración concursal al que alude el art. 169-1 L.C ., en cuanto que contiene una concreta pretensión encaminada a obtener un pronunciamiento judicial declarativo y, en su caso, condenatorio, cumple una función semejante al que cumple en el proceso la demanda rectora de la litis, y así la STS 22 abril 2010 exige al menos que en la fundamentación de dicho escrito de la Administración concursal "consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente". Ocurre no obstante que cuando el art. 169-1 L.C . dispone que "dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, **la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso**, con propuesta de resolución", está contemplando una **actuación procesal que tiene que llevar a cabo la Administración concursal con carácter obligatorio** -la Exposición de Motivos habla de "preceptivo informe de la administración concursal- pues de la eventual pretensión de calificación del concurso como culpable dependerá que la Sentencia que así lo declare pueda extenderse a los demás pronunciamientos que son propios de tal declaración, algunos de los cuales se configuran como de orden público o necesarios, indisponibles para las partes y sustraídos por lo tanto al principio de justicia rogada conforme a la excepción que contempla el art. 216 LEC , como lo es el pronunciamiento que acuerde la sanción de inhabilitación de las personas afectadas por el concurso para administrar los bienes*

⁶² En efecto, el art. 449.1 TRLC dispone que solamente *“una vez unido a la sección sexta el informe de la administración concursal, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del contenido de esa sección al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, emita dictamen [...]”*.

ajenos en tanto que, como entiende la mejor doctrina, se trata de la sanción básica que prevé el ordenamiento para reprimir las conductas tipificadas como ilícitos concursales. **Es por ello que el incumplimiento del plazo de quince días de que trata el apartado 1 del art. 169 L.C . no puede llevar aparejada como consecuencia la aplicación de la sanción de la preclusión procesal de que trata el art. 136 LEC , al contrario de lo que ocurre con el dictamen del Ministerio Fiscal previsto en el apartado 2 del art. 169 L.C ., pues en este último caso si el dictamen no llegara a ser emitido en el plazo de los diez días, o en el de su prórroga por otros diez días más, la norma dispone que "seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación", tratándose por tanto de un genuino plazo preclusivo. En definitiva, el plazo de quince días previsto en el art. 169-1 L.C . para que la Administración concursal presente su informe de calificación no reviste las características propias de un plazo preclusivo sino de un plazo previsto para ordenar el impulso de oficio del procedimiento, tal y como establece el art. 186-1 L.C . como concreción específica en este ámbito del mandato general contenido en el art. 237 L.O.P.J . y art. 179-1 LEC, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los integrantes de dicho órgano si el incumplimiento del repetido plazo pudiera irrogar algún daño a la masa o a los acreedores (art. 136 L.C⁶³ .)”. [Fundamento de Derecho Segundo].**

Nótese como se interpreta que el plazo otorgado a la administración concursal para la presentación del Informe de calificación no es un plazo preclusivo, sino un mero plazo impropio⁶⁴ previsto para impulsar el procedimiento.

Con ello, la administración concursal podrá presentar perfectamente su Informe de calificación fuera del plazo previsto. Sin embargo, dicha presentación extemporánea podrá traer consigo una reclamación de responsabilidad⁶⁵, si se acredita que dicho retraso (que obviamente podría ser considerado un

⁶³ Entendemos que se trata de un error y que, en realidad, quería referirse al antiguo art. 36 LC, relativo a la responsabilidad de los administradores concursales y los auxiliares delegados, frente al deudor y frente a los acreedores por los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

⁶⁴ Esto es, un plazo cuyo vencimiento no ocasiona efectos procesales.

⁶⁵ En este sentido Vid. GARCÍA CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, Tirant lo Blanch, Navarra, 2004, que entiende que debe aplicarse analógicamente el artículo 74.1 LC, incurriendo en responsabilidad y causa de separación.

incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia, ex art. 94.1 TRLC⁶⁶) ha causado daños y perjuicios en la masa activa.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 158/2013, de fecha 17 de mayo de 2013, estableció que el Informe de calificación de la AC no es una mera carga procesal, sino que constituye un “*acto necesario para el desarrollo del proceso*”, pues sin el mismo no podría tramitarse la sección sexta. Con ello, debe permitirse su presentación extemporánea, ya que dicha extemporaneidad no ataca al derecho de defensa de la concursada o de las posibles personas afectadas y cómplices.

*12.- Discrepamos de las consecuencias que la parte recurrente atribuye al retraso en la presentación del informe de calificación por parte de la administración concursal, que no constituyen más que una traslación pura y llana de lo regulado en el artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **No nos encontramos ante una mera carga procesal**, concepto este ligado a la libertad de la parte de realizar o no el acto procesal de referencia, y cuya inobservancia deriva en un perjuicio procesal para la parte concernida, que es, en definitiva, lo que en aquel precepto se contempla.*

*13.- Por el contrario, **el informe de calificación de la administración concursal se presenta como un acto necesario para el desarrollo del proceso**. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 163.2LC, en los supuestos contemplados en el apartado 1 del mismo precepto el concurso ha de ser imperativamente objeto de calificación, como culpable o como fortuito. Para ello resultará preciso en todo caso contar con el informe de la administración concursal, habida cuenta el tratamiento dispensado en la norma al dictamen del Ministerio Fiscal, el cual solo se puede emitir una vez unido el informe de la administración concursal (primer inciso del artículo 169.2LC), y a la intervención de los interesados personados (artículo 168.1LC, interpretado a la luz de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional 15/2012, de 13 de febrero). La exposición de motivos de la LC señala expresamente el carácter preceptivo de este informe (apartado VIII, párrafo cuarto). No podemos*

⁶⁶ Que, recordemos, dispone lo siguiente:

“Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al concursado y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia”.

olvidar, por otra parte, el interés público que subyace al proceso concursal. **Por todo ello se impone la admisión del informe de calificación presentado por la administración concursal, aunque lo haya sido extemporáneamente.**

14.- Tales consideraciones no pueden entenderse claudicantes ante un interés de índole superior de la parte del **concurtido y de las personas afectadas por la declaración de concurso, pues el derecho de defensa de estos no resulta mermado por la incorporación del informe de calificación presentado fuera de plazo.** Todo ello, dejando a salvo la posibilidad que les asiste de reclamar los eventuales perjuicios que se entiendan producidos por la actuación intempestiva de la administración concursal". [Fundamento de Derecho Segundo].

O, por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias n.º 68/2013, de fecha 11 marzo de 2013, que se refiere a un supuesto en el que se otorgó a la AC una suspensión del plazo para presentar su Informe de calificación, a los efectos de que pudiera "recabar toda la información precisa y todos los elementos de convicción que permitieran sustentar el informe de calificación ajustado a las circunstancias del caso":

"Pero es que en cualquiera de los casos tampoco concurre en el caso presente un incumplimiento del repetido plazo que pudiera ser imputable a la Administración concursal, pues **el informe fue presentado respetando el plazo expresamente concedido por el Juzgado mediante Providencia de 3 marzo 2010, una vez fue alzada la suspensión que había sido previamente acordada mediante Providencia de 19 mayo 2009 con la finalidad de que dicho órgano del concurso pudiera tener a la vista el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2008,** para lo cual, a su vez, fue preciso que la Administración concursal se dirigiera al Registrador Mercantil solicitando la designación del correspondiente auditor dado que la Junta General de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." no había llevado a cabo tal nombramiento conforme exigía el art. 204 L.S.A . (vigente en el momento de los hechos). Es cierto que la resolución judicial acordando la suspensión del plazo previsto en el art. 169 L.C . no pudo ser recurrida por el Sr. Humberto, como con razón se lamenta en su recurso, toda vez que no fue emplazado en el incidente de calificación sino con posterioridad a la presentación del propio informe, tal y como establece el art. 170-2 L.C , en su condición de persona afectada por la calificación.

Pero también lo es que las razones de orden público⁶⁷⁶⁸ a que arriba hacíamos referencia imponían acceder a que la Administración concursal pudiera recabar toda la información precisa y todos los elementos de convicción que permitieran sustentar el informe de calificación ajustado a las circunstancias del caso, razones por las cuales, y habida cuenta de la presencia de un interés superior a proteger, no puede regir en este punto la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales prevista en el art. 134 LEC". [Fundamento de Derecho Segundo].

6. Posibilidad de prorrogar el plazo de presentación del Informe de calificación de la administración concursal.

En la práctica, son muchos los administradores concursales que solicitan una prórroga del plazo otorgado para calificar el concurso. Ello puede deberse, bien a que el plazo otorgado a la AC haya precluido, o porque la AC sea consciente

⁶⁷ En relación con el interés público y el especial matiz público de la sección sexta, que por su carácter sancionador, otorga una posición predominante a la administración concursal, se pronuncia también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección 1ª) n.º 473/2010, de fecha 4 octubre:

"En el proceso concursal el interés público que subyace al mismo y los intereses económicos y jurídicos a los que trata dar respuesta, provoca una configuración determinada de los diversos estadios procesales encaminados, previa fase común, a una fase de convenio o de liquidación, para satisfacción siempre y en todo caso, los intereses de los acreedores (ya mediante la obtención de un convenio con el concursado para el pago de sus créditos, ya mediante la liquidación y realización de su patrimonio para satisfacer aquellas en la medida de lo posible). Pero pudiendo ser estos intereses muy variados, el matiz público de la pieza sexta por su vocación sancionadora para el caso de que el concurso se declare culpable, llevó al legislador a otorgar una posición predominante a la administración concursal que será la que, sin excepción, ha de realizar de forma necesaria una propuesta de calificación (art. 169.2 LC), que puede ser compartida o no por el Ministerio Fiscal al emitir posteriormente su informe, sosteniendo este también, pero con carácter no necesario, una determinada calificación, de forma que si ambos lo califican de fortuito, así habrá de decidirse por el Juez sin otra posibilidad". [Fundamento de Derecho Tercero].

⁶⁸ Vid. MUÑOZ PAREDES, A. «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal» en PRENDES CARRIL, P, MUÑOZ PAREDES, A., (Dir.) *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 664, en relación sobre la reminiscencia de la naturaleza semipública del procedimiento concursal.

de que la sección sexta se ha aperturado de forma demasiado prematura⁶⁹ y no podrá reunir y analizar la información y documentación necesarias para la correcta presentación de su Informe⁷⁰.

Sea como fuere, en la práctica forense, es habitual que la administración concursal solicite al juzgado mercantil que se posponga el inicio del plazo para formular el Informe de calificación, o que se suspenda dicho plazo.

Esta cuestión, tras ser objeto de tratamiento por diversos tribunales⁷¹, ha llegado incluso hasta el Tribunal Supremo, que en su Sentencia n.º 45/2015, de fecha 5 febrero de 2015 (RJ\2015\1041), estableció que:

⁶⁹ Nos remitimos aquí a lo desarrollado en el Capítulo III relativo a la prematura apertura de la sección sexta.

⁷⁰ Sobre la necesidad de que la AC disponga de toda la documentación relevante necesaria para la correcta confección del Informe de Calificación habla también RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. Y HUETA VIESCA, M. I. «El plazo para la emisión del informe-demanda de calificación concursal del artículo 169.1 LC», *Diario la Ley*, Sección Tribuna, 8527, 2015.

⁷¹ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) en su Sentencia n.º 68/2013, de fecha 11 marzo de 2013, (JUR\2013\166448) a la que antes también nos hemos referido, estableció que:

*“Pero es que en cualquiera de los casos tampoco concurre en el caso presente un incumplimiento del repetido plazo que pudiera ser imputable a la Administración concursal, pues **el informe fue presentado respetando el plazo expresamente concedido** por el Juzgado mediante Providencia de 3 marzo 2010, **una vez fue alzada la suspensión que había sido previamente acordada mediante Providencia de 19 mayo 2009 con la finalidad de que dicho órgano del concurso pudiera tener a la vista el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2008**, para lo cual, a su vez, fue preciso que la Administración concursal se dirigiera al Registrador Mercantil solicitando la designación del correspondiente auditor dado que la Junta General de “Fábrica de Loza San Claudio, S.A.” no había llevado a cabo tal nombramiento conforme exigía el art. 204 L.S.A . (vigente en el momento de los hechos). Es cierto que la resolución judicial acordando la suspensión del plazo previsto en el art. 169 L.C. no pudo ser recurrida por el Sr. Humberto, como con razón se lamenta en su recurso, toda vez que no fue emplazado en el incidente de calificación sino con posterioridad a la presentación del propio informe, tal y como establece el art. 170-2 L.C , en su condición de persona afectada por la calificación. Pero también lo es que las razones de orden público a que arriba hacíamos referencia imponían acceder a que la Administración concursal pudiera recabar toda la información precisa y todos los elementos de convicción que permitieran sustentar el informe de calificación ajustado a las circunstancias*

“3.- El informe de la Administración Concursal previsto en el art. 169.1 de la Ley Concursal tiene el carácter de necesario, ya proponga que el concurso se califique como culpable, ya como fortuito. No ocurre lo mismo con el dictamen del Ministerio Fiscal (último inciso del art. 162 de la Ley Concursal), ni con la oposición de la concursada o de las personas afectadas o cómplices en el caso de que la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal postulen la calificación del concurso como culpable, pues si no comparecen se les declara en rebeldía (art. 170.3 de la Ley Concursal), y si ninguno se opusiera a las peticiones de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, se dictará sin más sentencia (art. 171.2 de la Ley Concursal).

4.- Teniendo en cuenta lo anterior, está justificado que en determinadas circunstancias, el Juez del concurso pueda posponer el inicio del plazo para formular el informe de la Administración Concursal (bien desde el primer momento, bien dejando sin efecto el trámite iniciado). Para ello es necesario que concurren circunstancias que lo justifiquen y que la posposición del inicio del plazo sea razonable.

Ambos requisitos concurrieron en este supuesto, puesto que **la necesidad de contar con el informe de auditoría se considera una causa justificada**, puesto que el art. 169.1 de la Ley Concursal exige a la Administración Concursal que el informe que presenten sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución sea « razonado y documentado », lo cual resulta exigido por el interés del concurso, y el plazo de demora que ello supuso, que el recurrente fija en diez meses y medio, es razonable y **no supuso una dilación indebida**, como pretende el recurrente, porque su duración no fue excesiva y estuvo justificado.

La consecuencia de lo expuesto es que la Administración Concursal presentó el informe en el plazo establecido en el art. 169.1 de la Ley Concursal”. [Fundamento de Derecho Tercero].

Así las cosas, será perfectamente posible que, si concurren circunstancias que lo justifiquen, la administración concursal pueda solicitar una prórroga o suspensión del plazo para presentar el Informe de calificación.

del caso, razones por las cuales, y habida cuenta de la presencia de un interés superior a proteger, no puede regir en este punto la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales prevista en el art. 134 LEC”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Es una lástima que el TRLC no haya aprovechado para incorporar, como sí se hace para el Dictamen del Ministerio Fiscal⁷², la posibilidad expresa de que el juez del concurso pueda prorrogar o posponer el inicio del plazo de la AC para presentar su Informe de calificación, si concurren circunstancias que lo justifiquen.

⁷² Aunque de forma muy limitada, y únicamente por diez días más, de conformidad con lo que prevé el art. 449.º TRLC.

III. LA PREMATURA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. Apertura de la sección sexta junto con la aprobación del plan de liquidación o del convenio.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el artículo 167.1 LC pasó a quedar como sigue:

“La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias”.

Y, ahora, con el TRLC, se ha mantenido el mismo criterio, disponiendo el artículo 446.1 TRLC lo siguiente:

“En la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa conforme a las normas legales supletorias el juez ordenará la formación de la sección sexta”.

Por tanto, la sección VI, de calificación del concurso, se abrirá⁷³, bien junto con la aprobación del convenio, bien junto con la aprobación del Plan de Liquidación⁷⁴.

En relación con los supuestos de apertura junto con la aprobación de un convenio concursal, debe tenerse en cuenta que la gran mayoría de procedimientos concursales acaban en liquidación⁷⁵, por lo que aprobar hoy un convenio es una gran excepción.

⁷³ Vid. art. 208 de la Propuesta de 1995 en Materiales para la reforma de la legislación Concursal, suplemento al Boletín Oficial del Ministro de Justicia nº 1.768, de 15 de febrero de 1996. La sección sexta se debería abrir en todo caso, si bien con ciertas excepciones: los concursos voluntarios, aquellos en los que se apruebe un convenio donde se satisfagan en su integridad los créditos en plazo no superior a tres años o, aún entrando en liquidación, hubieran bienes suficientes para cumplir con todas sus obligaciones.

Asimismo, para García Cruces, en “La calificación del concurso”, Navarra, 2004, pág. 22:

“[...] hubiera sido más acertado sentar la regla general de apertura de la calificación concursal para, a continuación, especificar aquellos supuestos en que por no mediar un daño relevante y lograrse la satisfactoria realización del crédito de los acreedores, carece de sentido el desarrollo de la sección de calificación”.

⁷⁴ Esta limitación en los supuestos que producirán la apertura de la sección de calificación obedece a la voluntad del legislador de que se presenten concursos voluntarios, de modo que no reciban sanción alguna todos aquellos empresarios que no causen un daño efectivo al derecho de crédito de los acreedores. Vid. Mambrilla, V., “La calificación del concurso”, en AA.VV, Estudios Olivencia, Madrid-Barcelona, 2005, tomo V, pág. 4.969.

⁷⁵ Al respecto, resulta muy interesante la tabla estadística confeccionada por el Consejo General de Poder Judicial, en relación con los procedimientos concursales declarados durante el ejercicio 2020. Dicha tabla concentra la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística, que a su vez recopila dichos datos mediante la recogida mensual vía cuestionario de los Juzgados de lo Mercantil y de los Juzgados de 1ª Instancia y los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción con competencia mercantil. Dicha estadística proporciona información trimestral sobre el número de deudores concursados, así como del tipo de concurso (voluntario o necesario), de la clase de procedimiento (ordinario o abreviado), y de la existencia de propuesta anticipada de convenio y de su contenido (quita, espera, quita y espera u otra proposición).

Para lo que ahora nos interesa, podemos comprobar como, de los 6.718 concursos de acreedores declarados durante el ejercicio 2020 (no son datos de todo el ejercicio, por falta de actualización del Consejo, ya que la totalidad de procedimientos concursales incoados fueron 8.662), sólo 18 acompañaban una propuesta anticipada de convenio, esto es, únicamente un 0,27% de los concursos presentados. No disponemos del dato

de cuantos de esos 18 lograron sacar adelante dicha propuesta de convenio, o cuantos lo lograron en el seno del procedimiento concursal, pero un porcentaje tan bajo sólo nos puede llevar a la conclusión de que la inmensa mayoría de procedimientos concursales acaban en liquidación.

Además, conforme prevé el mismo artículo 446, pero en su apartado 2º:

DEUDORES CONCURSADOS POR TIPO DE CONCURSO, CLASE DE PROCEDIMIENTO, EXISTENCIA DE PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y CONTENIDO PROPUESTA

Año 2020	Total	Tipo concurso		Clase procedimiento		Existencia de propuesta anticipada		Contenido propuesta			
		Voluntario	Necesario	Ordinario	Abreviado	No	Sí	Quita	Espera	Quita y espera	Otra
TOTAL	6.718	6.447	271	449	6.269	6.700	18	1	0	13	4
Andalucía	544	520	24	128	416	540	4	0	0	4	0
Almería	34	29	5	17	17	34	0	0	0	0	0
Cádiz	56	55	1	0	56	56	0	0	0	0	0
Córdoba	58	55	3	30	28	58	0	0	0	0	0
Granada	57	52	5	10	47	57	0	0	0	0	0
Huelva	20	19	1	1	19	20	0	0	0	0	0
Jaén	27	27	0	1	26	27	0	0	0	0	0
Málaga	97	94	3	67	30	93	4	0	0	4	0
Sevilla	195	189	6	2	193	195	0	0	0	0	0
Aragón	246	217	29	19	227	245	1	0	0	0	1
Huesca	28	28	0	1	27	28	0	0	0	0	0
Teruel	9	9	0	0	9	9	0	0	0	0	0
Zaragoza	209	180	29	18	191	208	1	0	0	0	1
Asturias, Principado de	147	143	4	18	129	146	1	0	0	1	0
Baleares, Illes	179	174	5	20	159	179	0	0	0	0	0
Canarias	139	134	5	10	129	139	0	0	0	0	0
Palmas, Las	75	73	2	1	74	75	0	0	0	0	0
Santa Cruz de Tenerife	64	61	3	9	55	64	0	0	0	0	0
Cantabria	76	74	2	30	46	76	0	0	0	0	0
Castilla y León	257	229	28	4	253	254	3	1	0	2	0
Ávila	10	10	0	0	10	10	0	0	0	0	0
Burgos	34	32	2	1	33	34	0	0	0	0	0
León	36	35	1	1	35	36	0	0	0	0	0
Palencia	24	24	0	1	23	21	3	1	0	2	0
Salamanca	32	15	17	0	32	32	0	0	0	0	0
Segovia	10	9	1	0	10	10	0	0	0	0	0
Soria	13	8	5	0	13	13	0	0	0	0	0
Valladolid	91	91	0	1	90	91	0	0	0	0	0
Zamora	7	5	2	0	7	7	0	0	0	0	0
Castilla - La Mancha	174	155	19	2	172	174	0	0	0	0	0
Albacete	44	36	8	1	43	44	0	0	0	0	0
Ciudad Real	28	26	2	1	27	28	0	0	0	0	0
Cuenca	11	9	2	0	11	11	0	0	0	0	0
Guadalajara	48	41	7	0	48	48	0	0	0	0	0
Toledo	43	43	0	0	43	43	0	0	0	0	0
Cataluña	2.003	1.985	18	41	1.962	2.003	0	0	0	0	0
Barcelona	1.614	1.596	18	39	1.575	1.614	0	0	0	0	0
Girona	149	149	0	2	147	149	0	0	0	0	0
Lleida	129	129	0	0	129	129	0	0	0	0	0
Tarragona	111	111	0	0	111	111	0	0	0	0	0
Comunitat Valenciana	947	924	23	64	883	943	4	0	0	1	3
Alicante/ Alacant	236	220	16	56	180	233	3	0	0	0	3
Castellón/ Castelló	77	76	1	0	77	76	1	0	0	1	0
Valencia/ València	634	628	6	8	626	634	0	0	0	0	0
Extremadura	65	62	3	2	63	65	0	0	0	0	0
Badajoz	53	52	1	1	52	53	0	0	0	0	0
Cáceres	12	10	2	1	11	12	0	0	0	0	0
Galicia	312	294	18	7	305	311	1	0	0	1	0
Coruña, A	115	110	5	2	113	115	0	0	0	0	0
Lugo	65	61	4	0	65	65	0	0	0	0	0
Ourense	29	26	3	0	29	29	0	0	0	0	0
Pontevedra	103	97	6	5	98	102	1	0	0	1	0
Madrid, Comunidad de	1.099	1.040	59	87	1.012	1.095	4	0	0	4	0
Murcia, Región de	143	138	5	4	139	143	0	0	0	0	0
Navarra, Comunidad Foral de	33	33	0	1	32	33	0	0	0	0	0
Pais Vasco	299	285	14	6	293	299	0	0	0	0	0
Araba/ Álava	33	26	7	2	31	33	0	0	0	0	0
Bizkaia	172	166	6	4	168	172	0	0	0	0	0
Gipúzkoa	94	93	1	0	94	94	0	0	0	0	0
Rioja, La	51	36	15	6	45	51	0	0	0	0	0
Ceuta	2	2	0	0	2	2	0	0	0	0	0
Melilla	2	2	0	0	2	2	0	0	0	0	0

Fuente:
Instituto Nacional de Estadística

“Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección sexta cuando se apruebe un convenio en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido”.

Así las cosas, serán pocos los casos en los que se produzca la apertura de la sección sexta junto con la aprobación de un convenio concursal, dándose dicha apertura, en su mayoría, junto con la aprobación del plan de liquidación.

Vincular la apertura de la sección de calificación a estos momentos procesales (aprobación de un convenio o del plan de liquidación) sitúa dicha apertura en un momento demasiado prematuro del procedimiento concursal. Y ello, como veremos más adelante, genera problemas procesales y materiales.

Para desarrollar convenientemente este capítulo, necesitamos situar temporalmente y con exactitud los momentos en los que se puede producir la aprobación de un convenio o de un plan de liquidación.

Ello nos servirá, además, para construir el camino procesal de un concurso de acreedores y de las actuaciones y trabajos que se llevan a cabo por la AC durante su tramitación.

Por regla general, el Auto de declaración del concurso abrirá la fase común del mismo. Así, el artículo 30.1 TRLC dispone que:

“El auto de declaración de concurso abrirá la fase común del concurso”.

Dentro de esta primera fase procesal del concurso de acreedores, la fase común, la AC deberá llevar a cabo una serie de actuaciones obligatorias y esenciales para la correcta tramitación del proceso.

Así, conforme prevé el artículo 290 TRLC, “dentro de los dos meses⁷⁶ siguientes a contar desde la fecha de aceptación, el administrador concursal presentará al juzgado un informe con el contenido y los documentos establecidos en los artículos siguientes”.

Este Informe de la AC contendrá, en méritos del artículo 292 TRLC:

“1.º El análisis de la memoria que acompañe a la solicitud de declaración de concurso o que, en caso de concurso necesario, hubiera sido presentada por el concursado a requerimiento del juez.

2.º La exposición del estado de la contabilidad del concursado y, en su caso, el juicio sobre los documentos contables y complementarios.

3.º Una memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

4.º La exposición motivada acerca de la situación patrimonial del concursado y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la tramitación del concurso”.

Conforme a los artículos 293.1.1º y 2º TRLC, el citado Informe de la AC deberá asimismo ir acompañado, principalmente, por:

⁷⁶ Plazo que, de conformidad con lo que dispone el art. 291 TRLC podrá ser prorrogado en los siguientes supuestos:

“1. Si el plazo de comunicación de créditos venciera después del plazo legal para la presentación del informe, este se prorrogará de manera automática hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo para la comunicación de los créditos.

2. Si concurrieran circunstancias excepcionales, la administración concursal podrá solicitar del juez la prórroga del plazo de presentación del informe por tiempo no superior a dos meses más.

En el caso de que el administrador concursal hubiera sido nombrado en, al menos, tres concursos que se encontrasen en tramitación la prórroga solo podrá concederse si el solicitante acreditara la concurrencia de causas ajenas a las específicas del ejercicio profesional.

3. Si el número de acreedores fuera superior a dos mil, la administración concursal podrá solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más”.

“1.º El inventario de la masa activa, junto con la relación de los litigios en tramitación y la de las acciones de reintegración a ejercitar.

2.º La lista de acreedores, junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos”.

Por tanto, transcurridos dos meses desde la declaración del concurso, y si la AC no hubiera solicitado ninguna prórroga, quedarán efectivamente presentados el Informe y sus documentos anexos.

Tras ello, si no se producen impugnaciones⁷⁷ del inventario o de la lista de acreedores, el artículo 303.1 TRLC dispone que:

“Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y, en su caso, en la exposición motivada de su informe las modificaciones que procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes”.

Así las cosas, transcurrido el plazo de cinco días previsto en el artículo precedente, o tras la finalización del plazo del que disponen las partes personadas para realizar impugnaciones, la AC presentará los textos definitivos.

En paralelo a lo anterior, dispone el artículo 306.º TRLC que:

“Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso”.

⁷⁷ Conforme al art. 297 TRLC, *“dentro del plazo de diez días [desde la presentación del Informe de la AC] las partes personadas en el concurso de acreedores podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores”.* Dichas impugnaciones *“se sustanciarán por los trámites del incidente concursal”* (art. 300.1 TRLC), pudiendo el juez del concurso acumular de oficio *“todas o varias de ellas para resolverlas conjuntamente”.*

Llegados a este momento procesal, podrá aperturarse la fase de convenio del concurso, en méritos de lo que dispone el apartado 2º del mismo artículo 306 TRLC.

Esta fase de convenio podrá tener una duración muy variada, pero que, en todo caso, podrá extenderse hasta los tres meses desde que se aperturada dicha fase⁷⁸

Sin embargo, como ya hemos dicho antes, apenas un 0,27%⁷⁹ de los procesos concursales sacan adelante un convenio.

Por tanto, lo más habitual será que, llegados hasta aquí, se aperture la fase de liquidación, o que la misma ya haya sido aperturada conforme a las normas que hemos visto anteriormente.

De este modo, en un proceso concursal aperturado en fase común, y en el que la fase de liquidación no se ha aperturado por ninguno de los motivos excepcionales legamente previstos, habrán transcurrido escasos 2 meses⁸⁰ hasta la apertura de la liquidación.

⁷⁸ En efecto, conforme dispone el art. 361 TRLC, “cuando se hubiera presentado propuesta de convenio o mantenido la propuesta anticipada, la junta de acreedores deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto” y “en los demás casos, deberá serlo para su celebración dentro del tercer mes contado desde la misma fecha”.

⁷⁹ Vid. anterior nota al pie n.º 57, así como el Anexo n.º 1 de este trabajo.

⁸⁰ Siempre y cuando no se hayan producido impugnaciones de la lista de acreedores o del inventario por parte de las partes personadas.

2. Especialidades derivadas del seguimiento del procedimiento abreviado. Reducción de los plazos procesales.

Si, como hemos visto, la apertura de la sección de calificación se produce en un momento extremadamente prematuro, la situación se agrava aún más habida cuenta de la reducción de plazos cuando la tramitación sigue los plazos del procedimiento abreviado.

Conforme dispone el artículo 522 TLC, el procedimiento abreviado podrá ser aplicado por el juez del concurso cuando no se prevea una especial complejidad en el concurso y atendiendo a las siguientes circunstancias⁸¹:

“1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.

2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.

3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si es administrador de alguna persona jurídica o si responde o es garante de deudas ajenas”.

En lo que aquí nos interesa, si el concurso se sustancia por los trámites del procedimiento abreviado, producirá una importante reducción de los plazos para las actuaciones que debe llevar a cabo la AC.

⁸¹ Asimismo, también se aplicará el procedimiento abreviado cuando “el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio, aunque no sea anticipada, que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo” (art. 522.2 TRLC); y se aplicará “necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo o cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento” (art. 523 TRLC).

Así, el artículo 525 TRLC dispone que el Inventario deberá presentarse dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo (y no en el plazo de dos meses junto con el Informe), y el Informe de la AC deberá quedar presentado en el plazo de un mes desde la aceptación del cargo (y no, nuevamente, en el plazo de dos meses).

Así las cosas, desde que se produzca la aceptación de cargo de la AC, apenas habrá transcurrido un mes⁸² hasta que finalice la fase común y, por ende, se aperture (en la mayoría también de supuestos) la fase de liquidación.

En la actualidad, un 93,32%⁸³ de los procesos concursales se sustancian por los trámites del procedimiento abreviado. Por tanto, en la inmensa mayoría de procesos concursales nos encontraremos ante estos reducidos plazos de actuación.

Una vez abierta la fase de liquidación⁸⁴, se iniciará el plazo de la AC para presentar el Plan de Liquidación.

Conforme prevé el artículo 416.1 TRLC el citado Plan de Liquidación deberá presentarse *“dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación”*.

Así las cosas, nos encontramos con que el Plan de Liquidación quedará presentado en apenas 2 meses y 15 días hábiles (en los procedimientos ordinarios), y en apenas 1 mes y 15 días hábiles (en los procedimientos abreviados).

⁸² Siempre y cuando no se hayan producido impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores.

⁸³ Vid. anterior Nota al pie n.º 77. Según la tabla estadística de referencia, de los 6.718 concursos de acreedores declarados durante el ejercicio 2020, 6.269 se tramitaron por los cauces del procedimiento abreviado, esto es, un 93,32%.

⁸⁴ Que podrá iniciarse, como se ha visto en este mismo capítulo, en diferentes momentos procesales.

Una vez presentado el Plan de Liquidación, las partes personadas dispondrán de un plazo de 15 días hábiles para realizar observaciones o propuestas de modificación (art. 418.1 TRLC). Y, transcurrido el plazo anterior, *“el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, deberá, mediante auto, aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias”* (art. 419.1 TRLC).

Así pues, la aprobación del Plan de Liquidación puede producirse, si no hay incidencias, a los 2 meses y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC, en los procedimientos concursales ordinarios y al mes y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC en los abreviados.

Pero es que, además, puede darse el solapamiento de la fase común y de la fase de liquidación, ya que el concurso puede ser declarado directamente con apertura de la fase de liquidación.

En efecto, el artículo 30.2 TRLC al que antes nos hemos referido, también establece lo siguiente:

“2. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación de la masa activa, el juez la acordará en el propio auto en el que declare el concurso solicitado, con simultánea apertura de la fase de liquidación y con los demás pronunciamientos establecidos en esta ley”.

Si se diera esta situación, el artículo 416.2 TRLC dispone que:

“En el caso de que la apertura de la liquidación se hubiera acordado en el mismo auto de declaración de concurso o antes de que finalice el plazo para la presentación del informe de la administración concursal, el plan de liquidación se presentará como anejo de ese informe”.

Así, en estos casos, el Plan de Liquidación podrá ser aprobado en solo 2 meses y 15 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC (para los procesos ordinarios), y en solo 1 mes y 15 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC (para los abreviados)⁸⁵.

3. Lapsos temporales en los que se podrá abrir la sección sexta, en relación con la aceptación del cargo de la administración concursal.

En definitiva, y como acabamos de ver, la apertura de la sección sexta, de calificación del concurso, podrá situarse en los siguientes momentos temporales:

- A los 5 meses desde la aceptación del cargo de la AC, si se produce con la aprobación de un convenio concursal, en un procedimiento ordinario.
- A los 4 meses desde la aceptación del cargo de la AC, si se produce con la aprobación de un convenio concursal, en un procedimiento abreviado.
- A los 2 meses y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC, si se produce con la aprobación del Plan de Liquidación, en un procedimiento ordinario.
- Al mes y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC, si se produce con la aprobación del Plan de Liquidación, en un procedimiento abreviado.

Recordemos, en todo caso, que el 93,32% de los procesos concursales son abreviados y que el 0,27% se presentan sin propuesta anticipada de convenio, por lo que, normalmente, finalizan en liquidación. Por ende, en la inmensa mayoría de supuestos nos encontraremos con un Plan de Liquidación aprobado

⁸⁵ También podría darse la situación de que la concursada aportara, junto con su solicitud de concurso, una propuesta de plan de liquidación.

en apenas un mes y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC y, con ello, con una sección sexta de calificación del concurso también aperturada en ese breve plazo.

Una sección de calificación aperturada de forma extremadamente temprana, que trae consigo, como ahora veremos, importantes problemas, tanto procesales, como materiales.

4. Problemas procesales derivados de la prematura apertura de la sección de calificación.

4.1. Primer problema procesal. Cuantificación del déficit concursal.

Ante una apertura de la sección de calificación tan prematura, se nos plantea un importante problema procesal, relacionado con la posible condena a la cobertura del déficit concursal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 456.1 TRLC:

*“Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, **el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit** a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia”.*

El mismo precepto, en su apartado 2º, nos explica qué es el “déficit concursal”:

*“Se considera que existe déficit **cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa** según el inventario de la administración concursal **sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos** en la lista de acreedores”.*

Es decir, que en aquellos supuestos en los que el valor de los activos incluidos en el inventario de la concursada (y, por tanto, que serán objeto de liquidación) no alcance a cubrir el importe total de los créditos concursales⁸⁶ y contra la masa

⁸⁶ En este sentido, durante años ha existido el debate acerca de si dentro del concepto de “déficit concursal” debían incluirse únicamente los créditos concursales, esto es, aquellos créditos devengados con anterioridad a la declaración del concurso, o si también debían formar parte los créditos contra la masa, es decir, los créditos devengados con posterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Ciertamente, como hemos visto, el art. 456.2 TRLC se refiere, literalmente, a los “*créditos reconocidos en la lista de acreedores*”. En este sentido, los únicos créditos que acceden a la citada lista son, en efecto, los créditos concursales. Ya que los créditos contra la masa, técnicamente, no se incluyen en dicha “lista”.

Así lo confirma el propio artículo 293 TRLC, relativo a los documentos que deben ir anejos al Informe, y que en su apartado 1.2º, dispone que al Informe se acompañará:

“La lista de acreedores, junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos”.

Se diferencia, por tanto, claramente la “lista de acreedores” de la “relación de créditos contra la masa”.

Sin embargo, poco sentido tendría que la condena al déficit concursal beneficiara a los titulares de créditos concursales por encima de los acreedores contra la masa, cuando son estos últimos los que deben abonarse de forma prioritaria.

Ya existía empero un potente argumento a favor de que el déficit concursal incluyera también los créditos contra la masa: el artículo 461.2 TRLC dispone lo siguiente:

“Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso”.

Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 213/2020, de 29 mayo:

“Es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencias, representadas por el déficit entendido como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia (8.875 euros)”.

Con ello, y en aplicación de las reglas de pago de créditos que rigen en materia concursal, y que disponen que los créditos contra la masa se abonarán con anterioridad al pago de los créditos concursales, si cualquier cantidad (en este caso proveniente de la ejecución de la sentencia de calificación) ingresaba en la masa activa del concurso,

reconocidos en el concurso, existirá “déficit concursal”. Y la sentencia de calificación podrá condenar⁸⁷ a las personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, de dicho déficit, si su conducta, amén de determinar la calificación culpable del concurso, también ha generado o agravado la insolvencia⁸⁸.

la misma debería ser destinada, obligatoriamente, al pago de los créditos contra la masa, primero, y al pago de los créditos concursales, después.

⁸⁷ Siempre y cuando así lo soliciten expresamente la administración concursal o el Ministerio Fiscal. Al respecto del contenido del Informe de calificación y del objeto litigioso de la sección de calificación, nos remitimos a lo desarrollado en el Capítulo VI.

⁸⁸ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1a) nº 213/2020 de 29 mayo, en la que se explica con gran claridad la cuestión suscitada en torno a la interpretación de qué debe entenderse por "déficit", a efectos de la responsabilidad prevista en el antiguo art. 172.bis LC:

“La cuestión suscitada en el presente recurso gira en torno a la interpretación de qué debe entenderse por "déficit", a efectos de la responsabilidad prevista en el art. 172 bis LC.

No hay duda de que, de acuerdo con la jurisprudencia, como la apertura de la sección de calificación fue posterior a la entrada en vigor del RDL 4/2014, de 7 de marzo (RCL 2014, 340), resulta de aplicación la versión del art. 172 bis LC introducida por este RDL.

Pero para poder interpretar el tenor de este artículo, en la versión actual, aplicable al caso, es preciso conocer la evolución sufrida por la regulación de esta responsabilidad concursal.

*3. **Regulación originaria de la responsabilidad a la cobertura del déficit.** En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la calificación culpable del concurso daba lugar a los siguientes pronunciamientos: la identificación de las personas afectadas por la calificación, en relación con cada una de las causas que justificaban la calificación culpable de concurso, y, en su caso, de los cómplices (art. 172.2.1o LC); "la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años..." (art. 172.2.2o LC); y "la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados" (art. 172.2.3o LC).*

Además, el art. 172.3 LC contenía otro eventual pronunciamiento:

"3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá,

además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

Tal y como lo interpretó esta sala desde un principio (sentencia 644/2011, de 6 de octubre (RJ 2012, 1084), **esta responsabilidad se articulaba como una posible consecuencia de la calificación culpable del concurso y requería de una justificación añadida:**

"La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".

En cualquier caso, y en relación con lo que ahora interesa para resolución de este recurso de casación, el objeto de la condena era "pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

4. Reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Este régimen de responsabilidad previsto originariamente en el art. 172.3 LC, fue modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En primer lugar, lo trasladó a un nuevo artículo, el 172 bis. En segundo lugar, mantuvo como premisas que la sección de calificación se hubiera abierto o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y que la calificación fuera culpable. Y, en tercer lugar, en esos casos preveía:

"el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit".

Con ello, **se mantuvo que esta condena no era una consecuencia necesaria de la declaración de concurso culpable, sin especificar los requisitos que debían concurrir para justificarla;** se ampliaron los sujetos pasivos de esta responsabilidad, al añadir los apoderados generales; y, lo que resulta más importante, se alteró el objeto de la condena, que pasaba de ser "la cobertura, total o parcial, del déficit", en vez del pago total o parcial de los créditos no satisfechos con la liquidación.

Esta modificación se completó con la del apartado 3 de este art. 172 bis: "Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso". Lo que permitía que con lo obtenido por la condena a la cobertura del déficit pudieran pagarse también créditos contra la masa.

El art. 172 bis LC también aclaraba que, de ser varios los condenados, la sentencia debía 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.

5. Reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo . La redacción del art. 172.1 bis modificada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, que es la aplicable al presente caso, además de introducir una ampliación de los sujetos que pueden incurrir en esta responsabilidad que ahora no resulta de interés ("los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4o del artículo 165"), especificó 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".

En lo que ahora interesa, se mantiene como objeto de condena "la cobertura, total o parcial, del déficit", que había sido introducido por la Ley 38/2011, de 10 octubre.

6. El precepto no aclara qué debe entenderse por déficit: si, como sostiene la Audiencia, el que a la postre resulta de la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos patrimoniales del concursado para pagar todos los créditos; o, como sostiene el recurrente, el que había al tiempo de la declaración de concurso, cuya determinación resulta de los textos que acompañan al informe de la administración concursal (el inventario del activo y la lista de acreedores).

Para desentrañar qué entiende el art. 172 bis.1 por "déficit", a falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad. La causa de la responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia y se responde en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia.

Esta insolvencia es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y por ello no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra "el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", al que se refiere el art. 2.2 LC.

Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial).

7. Esta sala, desde su sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 609), en que por primera vez interpretamos el art. 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, aunque fuera para aclarar que no resultaba de aplicación a aquel caso porque la sección de calificación se había abierto antes de la entrada en vigor de esa reforma, ha declarado que conforme a la actual regulación la naturaleza de esta responsabilidad es resarcitoria:

Por tanto, la administración concursal, en su Informe de calificación, y el Ministerio Fiscal, en su Dictamen, podrán solicitar que se condene a las personas afectadas a la cobertura total o parcial del déficit, debiendo ya en ese momento procesal cuantificar dicho déficit (objeto de la futura condena).

Para realizar ese cálculo, la administración concursal deberá partir del valor de los bienes inventariados, así como del listado de acreedores y la relación de créditos contra la masa devengados hasta esa fecha.

Sin embargo, se nos plantea un doble problema:

"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 determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"".

Y lo hemos reiterado en la reciente sentencia 279/2019, de 22 de mayo (RJ 2019, 2102), en un caso en que ya era de aplicación la versión actual del art. 172 bis.1 LC.

De este modo, la justificación o ratio iuris de esta responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos.

Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, responden de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución".

8. Esta interpretación se acomoda mejor a otra realidad: no todas las conductas tipificadas por el legislador como susceptibles de merecer la calificación culpable del concurso y la condena a la cobertura del déficit son anteriores a la declaración de concurso.

- En ese momento procesal, normalmente, la liquidación efectiva de los activos de la concursada aún no se ha iniciado, o está en un momento muy inicial. Es además por todos conocido que el valor real que finalmente se obtiene en las liquidaciones concursales es realmente bajo. En efecto, no alcanza siquiera el 36,03 % del valor de tasación⁸⁹ o valor inventariado, único valor del que dispone la administración concursal al confeccionar su Informe de calificación.
- Asimismo, los créditos contra la masa podrán variar, siendo superiores⁹⁰ o inferiores⁹¹ a los que haya reconocidos en ese concreto momento.

⁸⁹ Según dice el autor HUERTA GARCÍA, R., en «Nuevo Método de Inversión. La subasta concursal electrónica (Código 52)», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, (págs. 144-145):

“Tras un estudio pormenorizado de todas las subastas concursales publicitadas en el Portal de Subastas del BOE desde su entrada en funcionamiento, el pasado 15 de octubre de 2015 y con cierre 15 de octubre de 2016, se han convocado por los Juzgados Mercantiles de España un total de 3.355 LOTES, con un valor de tasación de 813.410.697,91 Euros. Una vez examinados los respectivos certificados de cierre de las subastas analizadas, el importe total ofertado por los máximos postores se eleva a una cuantía total de 218.302.313,03 Euros, que constituye el “Porcentaje de Remate” del 26,84% del valor de tasación.

Ahora bien, la cifra total mencionada debe ser a su vez depurada, toda vez que incluye, dentro del valor de tasación de los activos concursales, un gran número de lotes que quedaron desiertos, por lo que, en aras a un análisis más fiable, se ha procedido a realizar un estudio paralelo de las pujas realizadas, una vez descontados los lotes desiertos. Una vez analizados los certificados de cierre del total de 3.555 lotes concursales, se observa que quedaron desiertos un total de 599 lotes, con un valor de tasación de 207.456.723,49 Euros. Partiendo de esta cifra, el volumen final de activos concursales que obtuvieron puja se reduce a 2.756 LOTES, con un valor de tasación de 605.953.974,41 Euros, elevándose el “porcentaje de remate” hasta el 36,03% del valor de tasación”.

⁹⁰ Será lo habitual, debido a los costes asociados a la tramitación del propio procedimiento concursal, generándose con ello un déficit concursal superior al que haya en el momento en que se solicite.

⁹¹ Piénsese, v.g., en créditos contra la masa contingentes que posteriormente se reduzcan o desaparezcan.

En esta tesitura, si se solicitara la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal, se debería hacer sobre la base de unos valores aún provisionales o aproximados.

De esta forma, dicha pretensión de condena podría ser generadora de una vulneración del derecho de defensa de las personas afectadas por la calificación que se pretendiera que respondan del déficit. Y ello, por cuanto dichas personas no conocerán, en el momento procesal de oponerse a la culpabilidad pretendida, el importe concreto que se les reclama.

En este sentido, recordemos que el artículo 219 LEC⁹² dispone lo siguiente:

*“1. **Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.***

*2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, **la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas,** o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.*

*3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. **No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades**”.*

⁹² Que entendemos plenamente aplicable, puesto que, pese a ser un precepto destinado a regular el contenido de la sentencia, dicho contenido, lógicamente, afectará directamente a la demanda (en este caso, al Informe de calificación). Y en relación con dicha demanda (informe de calificación), la misma deberá reunir la forma y requisitos previstos en los artículos 536 y ss. TRLC, que remiten a la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por tanto, el actor (en este caso, la AC, o el MF, en su calidad de titulares de la acción de calificación culpable del concurso) deberán cuantificar exactamente⁹³ el importe de la condena (en este caso a cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal) que pretendan, a los efectos de completar correctamente⁹⁴ el *petitum* de su demanda de culpabilidad.

Sin embargo, como acabamos de ver, la administración concursal y el Ministerio Fiscal se toparán con un grave problema: en el momento procesal en el que se encuentran será imposible determinar o cuantificar con exactitud el déficit concursal.

4.1.1. Posibles soluciones al primer problema procesal.

Ante esta situación, caben distintas posibles soluciones.

⁹³ Nótese, que el transcrito art. 219 LEC insiste en el término: “cuantificando exactamente” e “importe exacto”.

⁹⁴ Merece la pena acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de fecha 19 diciembre de 2011, en la que se establece con claridad el alcance y contenido del artículo 219 LEC:

“El artículo 219 LEC ha puesto fin a una viciosa practica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los Tribunales para la ejecución de sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución.

*Dicho precepto responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, **como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijan con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo**, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética (STS 18 de diciembre de 2009); **norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma «ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración»** (STS 18 de mayo de 2009 (RJ 2009, 5322))”. [Fundamento de Derecho Tercero].*

4.1.1.1. Artículo 219.2 LEC.

En primer lugar, hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 219.2 LEC que, recordemos, dispone que:

*“En los casos a que se refiere el apartado anterior, **la sentencia de condena** establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o **fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación**, que deberá consistir en una **simple operación aritmética** que se efectuará en la ejecución”.*

Pese a que la literalidad de la LEC hable de que la futura liquidación (a realizar en sede de ejecución de sentencia) debe consistir en una simple operación aritmética, el Tribunal Supremo⁹⁵ tiene establecido cabrán también otros supuestos de liquidación, siempre que esté suficientemente justificado.

Lógicamente, en el supuesto que nos ocupa, no nos encontramos ante una “simple operación aritmética”, sino que será necesario tomar como referencia los textos definitivos que confeccione la administración concursal, así como los listados de créditos contra la masa que dicha misma administración concursal tenga reconocidos.

Ello nos plantea dos problemas:

⁹⁵ Nuevamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de fecha 19 diciembre de 2011:

*“C) El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación. **Esta, en principio, deberá consistir en una simple operación aritmética, según la literalidad de la LEC, aunque cabe imaginar otros supuestos en que la necesidad de evitar la indefensión justifique esta posibilidad**. Fuera de los supuestos en que concurra la pertinente justificación, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución”. [Fundamento de Derecho Tercero].*

- Por un lado, la liquidación de la futura condena vendrá determinada por los listados (de acreedores concursales y contra la masa) que confeccione la propia administración concursal. Con ello, quedará únicamente en manos de la propia parte ejecutante (parte actora incidental en la calificación culpable) la cuantificación de la futura condena.
- Por otro lado, dichos listados de acreedores (concurales y contra la masa) podrán ser objeto de las correspondientes impugnaciones. De esta forma, podríamos encontrarnos ante la tesitura de que, para cuantificar definitivamente, en sede de ejecución, la condena pecuniaria de las personas afectadas, fuera necesario esperar a que se tramiten y resuelvan de forma firme los incidentes de impugnación que se hubieren planteado, dilatando enormemente el resultado final de la calificación culpable.

4.1.1.2. Artículo 219.3 in fine LEC.

En segundo lugar, acudir al artículo 219.3 *in fine*⁹⁶ LEC que, recordemos, dispone que:

No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades".

⁹⁶ Vid. de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de fecha 19 diciembre de 2011:

"Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC, conforme al cual «se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades». Las razones por las que se establecen estas reglas se fundan en la necesidad de proteger la tutela judicial efectiva y es por ello que deben aplicarse en este caso". [Fundamento de Derecho Tercero].

Es decir, postergar la cuantificación del déficit concursal a un pleito posterior.

Ello no obstante, esta solución casa mal con los principios de rapidez, simplicidad y eficiencia⁹⁷ que deben regir todo proceso concursal.

En efecto, posponer la cuantificación de la condena al pago del déficit concursal dilataría enormemente la duración del proceso y, además:

- Multiplicaría las incidencias procesales⁹⁸ que pudieren surgir.
- Implicaría un sobrecoste⁹⁹ anudado a la tramitación de ese nuevo pleito.

⁹⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la antigua Ley Concursal ya indicaba que:

“La flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad”. [Apartado X de la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal].

Y, asimismo, el actual TRLC dispone que:

*“La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, **simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes**, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad”. [Apartado II de la Exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal].*

⁹⁸ Piénsese que en el nuevo procedimiento cabría igualmente plantear los correspondientes recursos contra las resoluciones que se dictasen, multiplicando por dos los potenciales actos procesales a practicar.

⁹⁹ No solo para la administración concursal, que sería la que tendría que hacer frente, lógicamente, a la tramitación de ese nuevo proceso judicial, sino también para la Administración de Justicia.

Por ende, entendemos que esta solución no es adecuada, ni procesal, ni económicamente.

4.1.1.3. Cuestión prejudicial civil.

En tercer lugar, podríamos concebir el importe de la futura condena como una suerte de cuestión prejudicial civil.

De esta forma, podría instarse la suspensión del curso de las actuaciones del incidente de calificación culpable del concurso, hasta que se pueda cuantificar, de forma concreta y definitiva, el objeto de la futura condena, esto es, el déficit concursal.

Sin embargo, esta fórmula implicaría forzar hasta el extremo la interpretación del artículo 43 LEC¹⁰⁰, en la medida en que la cuestión prejudicial que se precisa resolver no constituye el objeto principal de ningún otro proceso pendiente¹⁰¹. Interpretación que, a nuestro entender, no resultaría aceptable.

¹⁰⁰ Que, recordemos, dispone que:

“Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación”.

¹⁰¹ Interpretar, en este sentido, el proceso concursal en general como ese “otro proceso pendiente” no nos parece razonable.

4.1.1.4. Actualización del déficit concursal antes de la vista de calificación.

En cuarto y último lugar, y como suele suceder en la práctica habitual de nuestros juzgados mercantiles, podría permitirse a la administración concursal actualizar el importe de la condena (es decir, del déficit concursal) a medida que avanza el incidente de calificación culpable del concurso.

Para ello, podría hacerse uso, por ejemplo, del cauce procesal previsto en el artículo 286.1 LEC¹⁰², y actualizar del importe del déficit concursal al inicio de la vista de calificación¹⁰³, pues, una vez celebrada la vista, empezará ya a transcurrir el plazo para dictar sentencia.

¹⁰² Que, recordemos, dispone que:

“Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes”.

En relación con el citado precepto y su configuración jurídica, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su Sentencia nº 17/2010, de fecha 9 febrero de 2010, estableció que:

“Puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal. Pero la posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) («[s]i después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia»), pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (412.2 LEC), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión”.

¹⁰³ Siempre y cuando tenga lugar la celebración de vista. Al efecto, recordemos que el art. 540.2 TRLC establece los supuestos en los que “el juez dictará sentencia sin citación a las partes para la vista y sin más trámites”.

Sin embargo, seguiríamos encontrándonos con el mismo problema, esto es, que, en el momento de celebrarse la vista de calificación muy posiblemente aún no haya finalizado la liquidación de los activos de la concursada y, una vez celebrada, podrán seguir devengándose créditos contra la masa y, por ende, modificándose el importe del déficit concursal.

En definitiva, entendemos que la solución más razonable de entre todas las propuestas sería la de postergar la liquidación del déficit concursal a la fase ejecutiva de la sentencia de calificación, en méritos del artículo 219.2 LEC. Y ello, por cuanto es la única fórmula posible procesalmente en la que se lograría tener plenamente concretado el déficit concursal.

En todo caso, si la sección sexta de calificación del concurso no se abriera de forma tan prematura y se tramitara, por ejemplo, al final del procedimiento concursal o, al menos, una vez ya liquidados todos los activos, se eliminaría la problemática planteada.

4.2. Segundo problema procesal. Pendencia de acciones de reintegración.

A mayor abundamiento, podría darse también el supuesto de que, al tiempo de presentar el Informe de calificación e incluso antes de que la sección sexta quedara efectivamente resuelta mediante sentencia firme, estuviera pendiente de resolución definitiva alguna acción de reintegración.

Como desarrollaremos más extensamente en el capítulo VII, las acciones de reintegración pueden guardar una especial relación con la calificación culpable del concurso. En efecto, nada obsta a que un mismo hecho pueda ser al mismo tiempo objeto de una acción de reintegración y justificar, a su vez, una causa de culpabilidad del concurso.

Piénsese, por ejemplo, en una salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la

declaración de concurso¹⁰⁴. Esa salida fraudulenta de bienes o derechos podrá traer consigo la estimación de una acción de reintegración¹⁰⁵ y, a la vez, justificar que se ha producido agravamiento de la insolvencia mediante un hecho constitutivo de dolo o culpa grave¹⁰⁶.

Ello no obstante, lo que nunca podría ser aceptable es que, si la acción de reintegración prospera, y se ejecuta satisfactoriamente, reintegrándose a la masa el bien o derecho que salió de forma fraudulenta, pueda imputarse responsabilidad económica a las personas afectadas¹⁰⁷ por esa misma conducta de salida indebida de bienes o derechos.

En estos casos, lo más adecuado y eficiente a efectos procesales sería que la sección sexta, de calificación del concurso, se tramitara una vez finalizadas mediante resolución firme todas las acciones de reintegración que se puedan haber presentado.

Con ello, amén de desplegarse plenamente los efectos de la cosa juzgada¹⁰⁸, y evitar asimismo el dictado de resoluciones contradictorias¹⁰⁹, se podría cuantificar correctamente por parte de la AC la responsabilidad concursal que, en su caso, imputara a las personas afectadas por la calificación.

¹⁰⁴ Art. 443.2º TRLC.

¹⁰⁵ Con el consiguiente resultado de que se reintegre a la masa activa el bien o derecho que salió de forma fraudulenta.

¹⁰⁶ Lo cual podrá implicar la calificación del concurso como culpable.

¹⁰⁷ Es decir, que se les pueda condenar a la cobertura parcial del déficit en méritos del desvalor patrimonial que esa salida fraudulenta produjo, ya que la misma ya habría quedado reparada.

¹⁰⁸ Al respecto nos adentraremos extensamente en el capítulo VII.

¹⁰⁹ Así, podría llegar a resolverse en la sección de calificación que la salida fue fraudulenta y, en sede de reintegración, que la misma fue adecuada y lícita.

Encontramos un ejemplo muy claro de la distorsión que puede llegar a producirse en la Sentencia n.º 400/2018, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se consideró que concurría causa de culpabilidad¹¹⁰ por haberse producido determinadas salidas injustificadas de dinero.

Así, el apartado n.º 29 del Fundamento Jurídico Sexto de la citada resolución estableció que:

“29. En suma, la cuestión está en si unas salidas injustificadas de 220.288,30 euros y de otros 128.000 euros pueden determinar que el concurso se declare culpable al amparo de la causa de culpabilidad en examen y la respuesta que esa cuestión merece nos parece que debe ser afirmativa. Existe agravamiento de la insolvencia y el hecho nos parece en ambos casos constitutivo de dolo o culpa grave”.

Asimismo, la resolución condenó a las personas afectadas a la cobertura parcial de déficit:

“48. El AC solicita la condena a la cobertura del déficit concursal e invoca el art. 172.3 LC. Creemos que en nuestro caso la responsabilidad concursal se encuentra bien delimitada por las sumas que salieron indebidamente del patrimonio de la concursada, que se concretan en la suma de 220.288,30 euros (Umbracle) y de 128.000 euros (Sapic Habitat). Por tanto, la condena del Sr. Ricardo se debe limitar al pago de la suma de 348.288,30 euros”. [Fundamento Jurídico Undécimo].

Sin embargo, y en la medida en que en ese momento aún se encontraba en tramitación una acción de reintegración que versaba sobre el mismo hecho, el Tribunal tuvo que añadir lo siguiente:

“49. Tal suma quedará minorada, en su caso, por los importes que eventualmente se hubieran podido recuperar por la masa como consecuencia de un eventual éxito de las acciones de reintegración ejercitadas”. [Fundamento Jurídico Undécimo].

Nótese pues la distorsión e ineficiencia que plantea la situación expuesta.

¹¹⁰ En este caso, la causa genérica del antiguo art. 164.1 LC, hoy prevista en el art. 442 TRLC.

Por un lado, cuando el pronunciamiento sobre la calificación devenga firme, deberá iniciarse la oportuna ejecución de la condena pecuniaria. Sin embargo, podrá ocurrir que la acción de reintegración aún no haya finalizado, o que la ejecución de la misma, en caso de triunfar la acción, no se haya agotado. No pudiendo conocerse por ende la suma definitiva a la que las personas afectadas deben hacer frente.

Por otro lado, podría suceder que la acción de reintegración no prosperara. En este caso, unos mismos hechos, concretamente, la salida de bienes o derechos, habría sido tratada de forma muy dispar. En sede de calificación se habría considerado fraudulenta y, en sede de reintegración, lícita.

Llama también la atención la Sentencia n.º 873/2018, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 5 de diciembre de 2018 (SAP B 11803/2018). En ella, a diferencia de la anterior, las acciones de reintegración ya han sido efectivamente resueltas con sentencia firme y el propio Tribunal que resuelve ahora en materia de calificación fue el mismo que resolvió en apelación dichas reintegraciones.

Así, en su Fundamento Jurídico Séptimo, se establece que:

“La administración concursal no ha facilitado información sobre las acciones de reintegración iniciadas, información que, sin embargo, consta en esta Sección al haber conocido de los recursos contra las sentencias de reintegración dictadas en la instancia”.

Y utiliza dicha información para reproducir lo que en ellas se resolvió y, partiendo de las mismas, resolver en materia de calificación:

“28. Partiendo de estas consideraciones, hemos de entender acreditado el alzamiento de bienes, estimándose el recurso en este punto”.

Sin embargo, en dicho supuesto el Tribunal no realiza condena alguna a la cobertura del déficit, amparándose, en este caso, en que:

“36. Respecto de las consecuencias económicas de la calificación concursal, la administración concursal proponía, al amparo del artículo 172 bis de la LC, la imputación a los administradores de todo el déficit concursal.

Dado que sólo se han tenido en cuenta para la calificación de culpabilidad dos operaciones, que, además, fueron objeto de sendas acciones de reintegración en dos sentencias que pueden ejecutarse al margen de la calificación, consideramos que la administración concursal no ha facilitado otros elementos de juicio distintos a los de las acciones de reintegración que permitan la condena a los afectados a la cobertura del déficit concursal y permitieran extender la responsabilidad al resto de administradores de la compañía. Por lo tanto, la calificación del concurso culpable no tiene aparejadas consecuencias económicas”. [Fundamento Jurídico Octavo].

Una resolución, por tanto, completamente contradictoria con la anterior que acabamos de ver, de la misma Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En este caso, los problemas persisten, ya que podríamos encontrarnos con unas acciones de reintegración que, pese a haber sido estimadas, no logren ser ejecutadas. Con ello, las personas afectadas (titulares pasivos de la acción de reintegración y de la acción de culpabilidad) finalmente no responderán por ningún lado, ni en sede de reintegración, ni tampoco en sede de responsabilidad concursal.

Lógicamente, todos estos problemas procesales podrían quedar solucionados si, como exponremos al final de este capítulo, la sección de calificación se tramitara al final del procedimiento concursal.

4.3. Tercer problema procesal. Personación de acreedores.

Otro problema procesal con el que nos podemos encontrar es que a alguno, o algunos, de los acreedores no les dé tiempo de acudir a la sección sexta y realizar sus manifestaciones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 453 TRLC:

“Dentro del plazo de diez días, contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución por la que el juez hubiera acordado la reapertura de esa sección o la formación de pieza separada, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección o en la pieza separada y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

En primer lugar, resulta necesario cuestionar la técnica legislativa empleada para otorgar el plazo de personación a los acreedores¹¹¹, habida cuenta de que se

¹¹¹ Esta técnica de cómputo del plazo para los acreedores se utiliza también, por ejemplo, en relación con el Informe de la administración concursal de los arts. 289 y ss. TRLC.

Antes de la publicación del TRLC, el antiguo art. 95.1 LC disponía que:

“La administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La administración concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual será también publicada en el Registro Público Concursal”.

Como puede comprobarse, se hacía recaer sobre los acreedores la carga de conocer cuándo debía presentar su informe la AC. Información que era difícil de tener, habida cuenta de que dicha presentación dependía, en su caso, de la fecha en que la administración concursal hubiere aceptado el cargo.

Sin embargo, seguramente consciente de ello, el TRLC ha corregido la situación y, ahora, en su art. 289.1 TRLC dispone que:

*“1. Con una antelación mínima de diez días al de la presentación del informe al juez, la administración concursal dirigirá comunicación electrónica al concursado y a aquellos de cuya dirección electrónica tenga constancia que hubiesen comunicado sus créditos, remitiéndoles el proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. **En la comunicación se expresará el día en que tendrá lugar la presentación del informe.***

2. Hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, el concursado y los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por

traslada a los interesados la carga de conocer cuál es “*la última publicación que se hubiera dado a la resolución por la que el juez hubiera acordado*” la apertura de la sección sexta, con las dificultades que ello implica¹¹².

Como antes hemos visto, podría darse la tesis de que la sección sexta se abra al escaso mes y 40 días hábiles¹¹³ de haberse declarado el concurso.

Por tanto, desde la declaración del concurso, y si la sección sexta se abre en su momento más temprano, los acreedores dispondrían únicamente de un mes y 30 días hábiles para personarse y realizar las alegaciones que consideren oportunas.

Muy poco tiempo, si se tiene en cuenta que en ese breve plazo un acreedor debe reaccionar a la noticia de que uno de sus acreedores ha concursado, buscar asesoramiento legal, que alguien estudie su asunto y personarse con abogado y procurador.

Que un acreedor no llegue a tiempo a realizar manifestaciones en relación con la posible culpabilidad de un concurso de acreedores puede ser muy ineficiente,

medios electrónicos, que rectifique cualquier error o que complemente los datos comunicados. La administración concursal dirigirá al concursado y a los acreedores, igualmente por medios electrónicos, una relación de las solicitudes de rectificación o complemento recibidas.

3. Los mismos documentos y la relación de las solicitudes de rectificación o de complemento se publicarán en el Registro público concursal”.

Con ello, se soluciona la falta de información de los acreedores.

¹¹² Piénsese, por ejemplo, en acreedores que no estén personados o a los que la prematura apertura de la sección sexta no les haya dado margen alguno para actuar.

¹¹³ En aquellos casos en los que la apertura de la sección sexta se produzca junto con la aprobación del Plan de Liquidación, en un procedimiento abreviado.

habida cuenta de que algunos acreedores pueden disponer de información muy relevante para la calificación¹¹⁴.

5. Problemas materiales derivados de la apertura prematura de la sección de calificación.

Amén de los anteriores problemas procesales, también encontramos diferentes problemas materiales como consecuencia de que la sección sexta se abra de forma tan prematura.

5.1. Primer problema material. Tiempo limitado para que la administración concursal pueda analizar la situación íntegra del concurso.

En primer lugar, abrir la sección de calificación al escaso mes y 30 días hábiles desde la aceptación del cargo de la AC, implica que la AC no haya tenido prácticamente tiempo para adentrarse en la información y documentación de la concursada y que, por ende, no pueda elaborar un correcto informe de calificación.

En un concurso sencillo, sin apenas activo, con pocos acreedores y sin actividad o trabajadores en plantilla puede resultar sencillo realizar una composición de lugar del estado de la concursada en pocos días. Sin embargo, en un concurso complejo, la tarea de la AC puede convertirse en inabarcable, si debe realizarse en apenas un mes y 30 días hábiles.

Nótese que, para elaborar un completo y exhaustivo Informe de calificación, la AC deberá, amén de analizar si concurre el supuesto genérico de generación o agravación de la insolvencia previsto en el artículo 442 TRLC, analizar también

¹¹⁴ Como, por ejemplo, para la causa prevista en el art. 443.1º TRLC, y que se puede aplicar si el deudor ha realizado *“cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”* (art. 443.1º TRLC).

si se ha producido alguna de las conductas previstas en los artículos 443 y 444 TRLC. De entre dichas conductas, existen varias que será complicado analizar en un momento tan temprano:

- Si *“el deudor se ha alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores”* (art. 443.1º TRLC). Si ello ya resulta complejo de investigar y, en su caso, acreditar, en la jurisdicción penal, en la que se dispone de toda la fuerza instructora y de un amplio plazo de instrucción, nótese lo complejo que puede resultar en un proceso concursal, y con tiempo limitado.
- Si se ha realizado *“cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”* (art. 443.1º TRLC). Piénsese en una concursada con multitud de procedimientos ejecutivos abiertos. Será realmente complicado que la AC pueda tomar el control de todos ellos y analizar si en alguno concurre este supuesto. Más aún si los acreedores (que sí disponen dicho conocimiento) tienen un plazo tan limitado para realizar alegaciones.
- Si *“durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”*. Durante dos años pueden realizarse multitud de operaciones jurídicas. Analizar todas ellas en tan breve plazo puede resultar altamente complicado. Asimismo, no habrá dado tiempo tampoco a tramitar las oportunas acciones de reintegración que pudieren ser viables en su caso. (art. 443.2º TRLC).
- Si el deudor *“antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”, “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”, o hubiera incumplido sustancialmente su obligación de llevanza de contabilidad *“llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera”* (arts. 443.3º, 4º y 5º TRLC). Para todas ellas, será necesario que la administración concursal realice un exhaustivo análisis de la contabilidad de la concursada. Un análisis que, en muchas ocasiones, y sobre todo si nos encontramos ante administradores concursales letrados, precisará la asistencia o apoyo de otros profesionales.

- Si el deudor incumple *“el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso [...]”* (art. 444.2º TRLC). Difícilmente podrá evaluarse el comportamiento del deudor durante la integridad del proceso concursal si la calificación se produce al inicio del mismo.

Y todo ello, circunscrito, como venimos diciendo, a un plazo temporal limitado de dos años, en los que pueden haberse realizado decenas de operaciones mercantiles susceptibles de incardinarse en los tipos culpables que acabamos de ver.

Estos trabajos de revisión o de depuración de responsabilidades llevados a cabo por la administración concursal se solaparán, además, como hemos visto, con las tareas que le son propias, tales como la confección del inventario, del informe, de los textos definitivos o del plan de liquidación. Asimismo, será posible también que la administración concursal, en casos de suspensión de facultades del órgano de administración, deba ejecutar una administración plena y efectiva de

la sociedad, y si esta conserva su actividad empresarial, deberá atender a la multitud de obligaciones y trabajos que dicha actividad diaria precise¹¹⁵.

En definitiva, una sección sexta demasiado prematura imposibilitará, de facto, que la administración concursal desempeñe su cargo con total eficacia y eficiencia.

En la práctica forense, son muchos los administradores concursales que, conscientes de este problema y de que no han tenido tiempo suficiente para analizar de forma diligente la concurrencia o no de las posibles causas de culpabilidad, solicitan al juzgado mercantil que se posponga el inicio del plazo para formular el Informe de calificación, una vez se les requiere para ello.

La cuestión, tras ser objeto de tratamiento por diversos tribunales¹¹⁶, ha llegado incluso hasta el Tribunal Supremo, que en su Sentencia n.º 45/2015, de fecha 5 febrero de 2015 (RJ\2015\1041), estableció que:

¹¹⁵ Así, por ejemplo, deberá autorizar y recibir pagos, gestionar la plantilla de la concursada y llevar a cabo todas las gestiones que sean necesarias en la actividad diaria de la compañía.

¹¹⁶ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) en su Sentencia n.º 68/2013, de fecha 11 marzo de 2013, (JUR\2013\166448), estableció que:

“Pero es que en cualquiera de los casos tampoco concurre en el caso presente un incumplimiento del repetido plazo que pudiera ser imputable a la Administración concursal, pues el informe fue presentado respetando el plazo expresamente concedido por el Juzgado mediante Providencia de 3 marzo 2010, una vez fue alzada la suspensión que había sido previamente acordada mediante Providencia de 19 mayo 2009 con la finalidad de que dicho órgano del concurso pudiera tener a la vista el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2008, para lo cual, a su vez, fue preciso que la Administración concursal se dirigiera al Registrador Mercantil solicitando la designación del correspondiente auditor dado que la Junta General de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." no había llevado a cabo tal nombramiento conforme exigía el art. 204 L.S.A. (vigente en el momento de los hechos). Es cierto que la resolución judicial acordando la suspensión del plazo previsto en el art. 169 L.C. no pudo ser recurrida por el Sr. Humberto, como con razón se lamenta en su recurso, toda vez que no fue emplazado en el incidente de calificación sino con posterioridad a la presentación del propio informe, tal y como establece el art. 170-2 L.C., en su condición de persona afectada por la calificación. Pero también lo es que las razones de orden público a que arriba hacemos referencia

“3.- El informe de la Administración Concursal previsto en el art. 169.1 de la Ley Concursal tiene el carácter de necesario, ya proponga que el concurso se califique como culpable, ya como fortuito. No ocurre lo mismo con el dictamen del Ministerio Fiscal (último inciso del art. 162 de la Ley Concursal), ni con la oposición de la concursada o de las personas afectadas o cómplices en el caso de que la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal postulen la calificación del concurso como culpable, pues si no comparecen se les declara en rebeldía (art. 170.3 de la Ley Concursal), y si ninguno se opusiera a las peticiones de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, se dictará sin más sentencia (art. 171.2 de la Ley Concursal).

4.- Teniendo en cuenta lo anterior, **está justificado que en determinadas circunstancias, el Juez del concurso pueda posponer el inicio del plazo para formular el informe de la Administración Concursal** (bien desde el primer momento, bien dejando sin efecto el trámite iniciado). **Para ello es necesario que concurran circunstancias que lo justifiquen y que la posposición del inicio del plazo sea razonable.**

Ambos requisitos concurren en este supuesto, puesto que la necesidad de contar con el informe de auditoría se considera una causa justificada, puesto que el art. 169.1 de la Ley Concursal exige a la Administración Concursal que el informe que presenten sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución sea « razonado y documentado », lo cual resulta exigido por el interés del concurso, y el plazo de demora que ello supuso, que el recurrente fija en diez meses y medio, es razonable y no supuso una dilación indebida, como pretende el recurrente, porque su duración no fue excesiva y estuvo justificado.

La consecuencia de lo expuesto es que la Administración Concursal presentó el informe en el plazo establecido en el art. 169.1 de la Ley Concursal”. [Fundamento de Derecho Tercero].

imponían acceder a que la Administración concursal pudiera recabar toda la información precisa y todos los elementos de convicción que permitieran sustentar el informe de calificación ajustado a las circunstancias del caso, razones por las cuales, y habida cuenta de la presencia de un interés superior a proteger, no puede regir en este punto la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales prevista en el art. 134 LEC”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Así pues, queda en manos de los administradores concursales diligentes¹¹⁷ (que sean en efecto capaces de prever las necesidades que su Informe de calificación

¹¹⁷ Al respecto de la administración concursal diligente, merece la pena hablar la evidente falta de incentivos de la administración concursal.

En este sentido, debemos poner de manifiesto una realidad que sucede en multitud de procedimientos concursales, y es que los honorarios de la administración concursal son, en muchas ocasiones, muy bajos y, en demasiadas ocasiones, de imposible cobro.

Lo primero se debe a la aplicación del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales Real Decreto que sigue aún hoy en vigor y siendo plenamente operativo, en méritos de la Disposición transitoria única del TRLC.

La aplicación de dicho Real Decreto y, en concreto, de la tabla de cálculo de honorarios según cuantías de activo y pasivo, hace que, en determinados concursos la retribución de la administración concursal sea extremadamente baja.

Así, por ejemplo, en un concurso de acreedores sin activo a liquidar (se trataba, en concreto, de una persona física sin patrimonio), los honorarios de la administración concursal ascenderían a la cantidad de 44,75 euros:



prórroga del plazo para la presentación del informe de la administración judicial o por la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

4. El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva.

Hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor.

Una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido.

5. En el caso de que el juez hubiera ordenado la tramitación abreviada del concurso, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en este artículo se incrementará entre un cinco por ciento y un veinticinco por ciento si la administración concursal estuviera integrada por un único miembro."

De acuerdo con lo anterior procede fijar como retribución del Administrador concursal y de acuerdo con su escrito en la cantidad de 44,75 euros cuyo abono se hará del siguiente modo (art. 8):

- a) El 50 por ciento de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije.
- b) El 50 por ciento restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común.

PARTE DISPOSITIVA

Se fija la retribución del Administrador concursal en la cantidad de 44,75 euros cuyo abono se hará en los términos del Fundamento de Derecho Segundo.

Publíquese este Auto en el Registro Público Concursal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, citando la resolución apelada, las alegaciones en que se base la impugnación y los pronunciamientos que impugna (artículo 458-1 y 2 de la LEC, según la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Así lo acuerda y firma

La Magistrada.

Codi Segur de Verificació: CGFTGWR2VPCAP85YAUJLDD1YXUJF3MWO

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejust.judicial.gencat.cat/IMP/iconchaCSV.html>

Signat per Plaerz Rux, Maria Piñera.

Data i hora 15/11/2018 17:41



Nótese bien, la retribución total, para la fase común, de un proceso concursal fijada en la cantidad de 44,75 €. Lógicamente, una cantidad muy alejada de lo que debería considerarse una retribución justa y adecuada al desempeño del cargo de administración concursal, no ya sólo por la densidad de los trabajos a llevar a cabo, sino también por la responsabilidad anudada a dicho cargo.

Al escaso importe de la retribución debemos añadir que, en muchas ocasiones, la misma ni siquiera puede hacerse efectiva.

En este sentido, debemos recordar que un elevado número de procedimientos concursales acaba en situación de insuficiencia de masa activa. Recordemos que la misma se produce cuando *“la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa”* (art. 249 TRLC). y, en esa tesitura, los honorarios de la administración concursal quedan postergados al pago de otros créditos contra la masa como, por ejemplo, determinados créditos laborales, por alimentos o por costas y gastos judiciales.

En efecto, conforme dispone el art. 250.1 TRLC, *“desde que la administración concursal comunique al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, el pago de esos créditos vencidos o que venzan después de la comunicación se realizará conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número:*

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso de acreedores.

5.º Los demás créditos contra la masa”.

Ello no obstante, debe tenerse en cuenta que los honorarios de la administración concursal devengados como consecuencia de actuaciones que sean imprescindibles para la liquidación del concurso, podrán incluirse en el apartado 2º del art. 249 y abonarse con prioridad a todas las categorías del apartado 1º.

Por ende, nos encontraremos ante una administración concursal, en muchas ocasiones, infrapagada o que ni siquiera cobrará cantidad alguna.

En esta tesitura, la falta de incentivos para la administración concursal es evidente. Y dicha falta de incentivos provocará que, en muchas ocasiones, la administración concursal califique el concurso como fortuito únicamente para no tener que embarcarse en un incidente de calificación culpable eterno que, tras los correspondientes recursos ordinarios y extraordinarios, podría acabar años después ante el Tribunal Supremo.

tendrá y puedan asimismo justificar suficientemente dicha necesidad) y de los juzgados mercantiles que la administración concursal pueda extender su plazo para presentar el Informe de calificación.

Es una lástima que el TRLC no haya aprovechado para incorporar, como sí se hace para el Dictamen del Ministerio Fiscal¹¹⁸, la posibilidad expresa de que el juez del concurso pueda prorrogar o posponer el inicio del plazo de la administración concursal para presentar su Informe de calificación si concurren circunstancias que lo justifiquen.

5.2. Segundo problema material. Posible falta de colaboración por parte de la concursada y de sus órganos de administración.

Otro problema material con el que se encuentran muchos administradores concursales es que la concursada, o mejor dicho su órgano de administración, presta una especial y atenta colaboración con la administración concursal y con el juez del concurso hasta el momento justo en el que se formaliza la calificación fortuita del concurso. Llegado ese momento, en muchas ocasiones la administración societaria “desaparece” de la escena, dejando absolutamente solo a la administración concursal e incumpliendo, ahora sin consecuencia alguna, su deber de colaboración.

Encontramos incluso un ejemplo de esta dinámica materializado en la Sentencia n.º 107/2021, de fecha 30 de junio de 2021, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo:

*“En el caso enjuiciado **la colaboración, existente y con reuniones de periodicidad mensual al principio, desapareció con el avance del concurso, hasta el punto de hallarse el administrador en paradero desconocido**, impidiendo el normal desenvolvimiento del concurso y retrasando su tramitación por las dificultades sobrevenidas para su emplazamiento en esta sección y en los incidentes de reintegración, motivos suficientes para estimar concurrente la conducta descrita en la presunción”. [Fundamento Jurídico Quinto].*

¹¹⁸ Aunque de forma muy limitada, y únicamente por diez días más, de conformidad con lo que prevé el art. 449.º TRLC.

Si la sección sexta de calificación del concurso se abriera y tramitara hacia el final del proceso concursal, se lograría, en muchas ocasiones, que la colaboración de la administración societaria frente a la administración concursal y el juez del concurso se mantuviera durante todo el expediente.

En méritos de todo lo anterior, entendemos que sería muy recomendable que la sección sexta de calificación del concurso se aperturara al final del proceso concursal, en paralelo o inmediatamente antes de proceder a la conclusión del concurso.

Con ello, se lograría, por un lado, tener un pleno control y conocimiento del posible déficit concursal generado, habida cuenta de que ya habrían finalizado íntegramente las tareas liquidativas. Y por otro, la administración concursal habría tenido tiempo suficiente para analizar en su integridad la conducta de la concursada, y sus órganos de administración, con plena colaboración en sus tareas por parte de estos últimos.

IV. POSICIÓN DE LOS ACREEDORES Y PERSONAS CON INTERÉS LEGÍTIMO EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

1. Concepto concursal de acreedores y personas con interés legítimo.

En méritos de lo dispuesto en el artículo 447 TRLC, los primeros sujetos en intervenir dentro de la sección sexta de calificación del concurso son los acreedores y las personas con interés legítimo.

Así, el citado artículo 447 TRLC dispone que:

“Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución en la que el juez hubiera acordado la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable”.

Por lo que respecta a los acreedores, adquirirán dicha condición todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que la administración concursal incluya en la lista de acreedores¹¹⁹.

En cuanto a las personas con interés legítimo, resulta necesario dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado “interés legítimo”.

¹¹⁹ Así, conforme dispone el art. 259 TRLC:

“1. La administración concursal determinará la inclusión o exclusión de los créditos en la lista de acreedores.

2. La inclusión o la exclusión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso”.

A los efectos de definir qué podemos entender por interés legítimo, resulta muy ilustrador el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 243/2008, de fecha 4 de diciembre de 2008.

En él, pese a encontrarnos en sede de un incidente de impugnación de la lista de acreedores, se dota de contenido al término “interesado”, siendo perfectamente trasladable dicha concepción a la sección sexta de calificación del concurso.

Así, ese “interés legítimo” debe identificarse como “interés propio”, exigiéndose que haya en juego algún perjuicio o gravamen del interesado:

“Pero esa amplitud no puede llevar a un extremo tal que cualquiera pueda impugnarlos invocando la conveniencia de que el informe de la administración concursal “se muestre lo más fiel y exacto posible” o invocando el interés de otros intervinientes en el proceso concursal, pues ello llevaría al reconocimiento de una especie de acción pública o acción popular por la que cualquiera podría impugnar el inventario o la lista de acreedores.

*En opinión de la Sala, la expresión “cualquier interesado” ha de considerarse una expresión más amplia que la de “titular de un derecho subjetivo” y que la de “titular de un interés directo”. Pero **ha de tratarse de un sujeto de derecho con un interés propio**, que **no puede identificarse con un interés en la defensa abstracta de la corrección del informe ni con la defensa de intereses ajenos.***

*La cita que se hace en el recurso de diversos trabajos doctrinales y resoluciones judiciales sólo justifica que haya de considerarse, en abstracto, al concursado como uno de los posibles legitimados para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Pero **esa aptitud potencial o abstracta para ser uno de los legitimados en la impugnación exige, para convertirse en una aptitud real y efectiva que le dote de la oportuna legitimación, un añadido: que los extremos objeto de impugnación supongan, para el impugnante, algún tipo de perjuicio o gravamen, aunque no sea necesariamente directo, real y actual, sino también, como consecuencia de la amplitud de la expresión utilizada, indirecto, potencial o futuro**”.*
[Fundamento de Derecho Segundo].

No podemos empero compartir que el interés pueda ser “*indirecto, potencial o futuro*”, como refiere el final de la resolución que acabamos de transcribir, ya que ello abriría la puerta al descontrol más absoluto, pudiendo formar parte de la sección de calificación un número demasiado amplio de personas.

En todo caso, será el juez del concurso el que, atendiendo al escrito de personación¹²⁰, resuelva si, en cada caso concreto, una persona ostenta o no interés legítimo.

2. Concepto de parte procesal en la sección sexta para los acreedores y personas con interés legítimo.

Volviendo al artículo 447 TRLC, comprobamos que el mismo establece, literalmente, que “*cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección*”.

El concepto de parte procesal legítima lo encontramos en el primer párrafo del artículo 10 LEC, en virtud del cual:

“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

De la mera lectura de ambos preceptos, podría parecer que los acreedores y las personas con interés legítimo son parte plena de la sección sexta¹²¹, pudiendo

¹²⁰ Que deberá, por tanto, acompañar todas aquellas explicaciones y documentos necesarios para sostener la concurrencia de interés legítimo.

¹²¹ Aunque solo, lógicamente, en el futuro incidente de oposición a la calificación culpable del concurso, pues si “*el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites*” ordenaría el archivo de las actuaciones mediante Auto, contra el que no cabrá recurso alguno (art. 450.1 TRLC). Vid. GARCÍA-CRUCES, J.A. *op cit.* La calificación del concurso, Navarra, 2004, pág. 92.

actuar en ella con las mismas facultades que, por ejemplo, la administración concursal.

Sin embargo, como veremos a continuación, la realidad (jurisprudencialmente construida) dista mucho de esta concepción.

2.1. Antecedentes legislativos.

Para entender en qué punto nos encontramos actualmente, resulta necesario mirar atrás y analizar las reformas que ha sufrido la regulación concursal en materia del concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo.

En concreto, necesitamos analizar las diferentes reformas que ha sufrido el antiguo artículo 168 LC, hasta llegar al actual artículo 447 TRLC.

Así, el artículo 168 LC, en el texto original de la Ley Concursal, disponía lo siguiente:

“Artículo 168. Personación de interesados.

1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

Más tarde, mediante los apartados 1 y 2 de los arts. 12.8 y 12.9 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, se modificó dicho precepto, pasando a ser como sigue:

“Artículo 168. Personación y condición de parte.

1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

Nótese que el cambio introducido el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, consiste en añadir en su rúbrica “y condición de parte”, eliminando el término “interesados”, así como en sus dos apartados la expresión “y ser parte”.

El precepto sufrió una última reforma mediante el artículo único.97 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Sin embargo, dicha reforma no tuvo ninguna incidencia en el alcance de la condición de parte de acreedores y personas con interés legítimo.

Y, por fin, llegamos al TRLC, que divide el antiguo artículo 168 LC en dos preceptos, uno para el régimen general (art. 447 TRLC) y otro para el régimen especial en caso de incumplimiento del convenio (art.453 TRLC).

Así, el actual artículo 447 TRLC, dispone lo siguiente:

“Artículo 447. Personación de acreedores.

“Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución en la que el juez hubiera acordado la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable”.

Y el artículo 453 TRLC lo siguiente:

“Artículo 453. Personación de acreedores.

“Dentro del plazo de diez días, contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución por la que el juez hubiera acordado la reapertura de esa sección o la formación de pieza separada, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección o en la pieza separada y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

Como podemos comprobar, ambos preceptos siguen en la misma línea que el antiguo artículo 168 LC.

Sin embargo, en el artículo 453 TRLC se ha eliminado la indicación de “y ser parte”, que sí se mantiene en el artículo 447 TRLC. Entendemos que dicha omisión se trata de un error involuntario del legislador, pues poco sentido tendría que los acreedores y personas con interés legítimo guardaran una posición de parte diversa en sede de calificación general o de calificación derivada del incumplimiento de un convenio.

Asimismo, en el nuevo artículo 447 TRLC se refuerza la mención que ya podía intuirse en el anterior artículo 168 LC, de que las alegaciones que, en su caso, presenten los acreedores y personas con interés legítimo tiene como destinatarios a la AC y al Ministerio Fiscal.

La nueva normativa concursal elimina de la rúbrica de los preceptos “y *condición de parte*”, ya que dicha condición ya queda expresamente reflejada, al menos, en el cuerpo del artículo 447 TRLC.

2.2. Construcción doctrinal y jurisprudencial del concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección sexta.

Desde la promulgación de la Ley Concursal, se ha mantenido una discusión de posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia menor, en relación con el concepto de parte que ocupan los acreedores y personas con interés legítimo en la sección sexta del concurso. Por una parte, un sector minoritario entendía que debían ostentar una posición plena de parte. Por otra, se entendía que su condición de parte estaba limitada a unas concretas actuaciones, sin poder ejercer plenamente dicha condición.

2.2.1. Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación según la doctrina.

En la doctrina académica podemos encontrar, como ya hemos dicho, dos posiciones muy diferenciadas.

Por un lado, hay autores que entienden que el concepto de parte anudado a los acreedores y personas con interés legítimo, dentro de la sección sexta, es un concepto de parte plena o a todos los efectos.

En este sentido, GARCÍA-CRUCES¹²²; LÓPEZ SÁNCHEZ J.¹²³; y ROSENDE¹²⁴, o ROSENDE¹²⁵ que entiende que “*los interesados serán, en todo caso, parte en el proceso de calificación a todos los efectos; pudiendo defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte -la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal- o las que él mismo formule e interponer los recursos que estime convenientes, con independencia de aquél*”; entre otros.

Por otro lado, la mayoría de los autores entienden que el *status* procesal de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección sexta se encuentra limitado y no es pleno.

En este sentido, QUECEDO ARACIL, P.¹²⁶, que entiende que los acreedores y personas con interés legítimo deben ser considerados “*litisconsortes facultativos y puramente voluntarios de la administración concursal*”; FERRER VARRIENDOS¹²⁷, que se refiere a ellos como “*coadyuvantes*”; SÁNCHEZ GÓMEZ¹²⁸, que no los considera parte plena, debido a que su personación viene limitada para alegar por escrito todo aquello que consideren relevante para la

¹²² BELTRÁN SÁNCHEZ, E. ROJO, A. (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 2.552 a 2.566.

¹²³ GARCÍA-CRUCES, J. A., *Insolvencia y responsabilidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, págs. 123 a 126 y 134 a 137.

¹²⁴ CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1.096.

¹²⁵ ROSENDE VILLAR, C. «Comentario al artículo 168. Personación y condición de parte» en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 610.

¹²⁶ FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.), *Derecho Concursal Práctico: Comentarios a la nueva ley concursal*, Iurgium Editores, Madrid, 2004, pág. 766.

¹²⁷ CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Op. Cit.* págs. 1.733 y ss.

¹²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1.908.

calificación del concurso como culpable; o ROMERO SANZ, C.¹²⁹, que considera que los acreedores y personas con interés legítimo *“pueden personarse y ser parte en la sección, pero con limitación en sus alegaciones”*, teniendo que *“considerarlos parte, pero no en el sentido estricto de que puedan formular pretensiones autónomas de calificación. Y ello porque las pretensiones de calificación están reservadas legalmente a la administración concursal y al Ministerio Fiscal”*.

Asimismo, FRAU I GAIÀ¹³⁰ defiende que si se soslaya la inicial concepción atribuida a los acreedores y personas con interés legítimo, esto es, informar acerca de todo aquello que consideren relevante para que la AC y/o el Ministerio Fiscal califiquen el concurso, *“el sistema se resquebraja”*.

2.2.2. Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia menor.

Empezaremos refiriéndonos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) n.º 536/2012, de fecha 20 diciembre de 2012 (JUR\2013\59175).

En ella, la Sala debió pronunciarse acerca de la legitimación que realmente ostentaba un acreedor para poder deducir pretensiones en el seno de la sección sexta de calificación, y la solución que debía darse en el caso de que AC y Ministerio Fiscal entendieran que el concurso es fortuito, en contra de lo mantenido por dicho acreedor.

Empezaba diciendo la citada resolución que:

¹²⁹ SANZ DE MADRID, CARLOS ROMERO. *La calificación en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, S.A., 2014, págs. 256 y 257.

¹³⁰ S. FRAU I GAIÀ, *La Calificación en el Concurso de Acreedores. Una visión crítica*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 120.

“Ciertamente, **el tenor literal del art. 170.1 LC**¹³¹ (RCL 1988, 1642) **admite poca interpretación**: cuando el informe de la administración concursal y el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

Ahora bien, **la duda se suscita sobre si dicho precepto puede ser reinterpretado a la luz del art. 168LC** (“ Personación y condición de parte”), que **podría permitir que la persona personada** y tenida por parte en la sección de calificación no se limitara a alegar por escrito cuanto considerara relevante para la calificación del concurso como culpable, sino también **deducir pretensiones de condena en el seno de dicha sección. Con este razonamiento, el art. 170.1LC se referiría al caso en que en la sección no hubiera acreedores personados y el Ministerio Fiscal y la administración concursal coincidieran en la calificación del concurso como culpable**, debiendo archivarse en tal caso las actuaciones, auto contra el que no cabría recurso alguno”.

Y, antes de establecer su posición al respecto, recuerda que:

“Antes de abordar las razones por las que este Tribunal confirmará la decisión del magistrado de instancia, **no está de más recordar que no son pocas las resoluciones judiciales que han estimado, y estiman, que los acreedores personados, aún pudiendo tener la condición de parte, no se encuentran en un plano de igualdad de oportunidades con la administración concursal y Ministerio Fiscal**. Ésta es la posición mayoritariamente seguida por los órganos judiciales de lo mercantil que han analizado la cuestión”. [Fundamento de Derecho Tercero].

Y, por fin, dicha Sala entiende que:

“Estimamos que esta circunstancia es de gran relevancia en la cuestión que analizamos. Si, bajo el imperio de la redacción originaria del referido

¹³¹ Actual artículo 450.1 TRLC que, recordemos, dispone que “si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará, mediante auto, el archivo de las actuaciones”, y contra esa resolución “no cabrá recurso alguno”.

precepto, la posición mayoritariamente mantenida por los diversos órganos judiciales de lo mercantil (AAP Barcelona, Sec. 15a, de 22-5-2008, SSAAPP Jaén 13-4-2007, Murcia de 30-7-2009 o AJM no 1 de Coruña de 6-3-2008 , entre otras muchas) era que los personados (por ser acreedores o por acreditar un interés legítimo) habían de ser considerados como "interesados" y no como parte (y, por tanto, su actuación quedaba limitada a alegar por escrito cuanto consideraran relevante para la calificación del concurso como culpable), con la reforma citada, en cuanto se elimina la calificación de "interesados" y se atribuye, en la rúbrica y en el texto, a los personados la condición de "parte", habrá que afirmar que les corresponde, con el contenido procesal que le es inherente.

O, dicho de otra forma, si, con la nueva redacción se siguiera manteniendo que la única posibilidad de actuación de los acreedores personados es la de, simplemente, efectuar alegaciones por escrito de lo relevante para la calificación del concurso como culpable, la reforma carecería de sentido y utilidad. Si con la redacción anterior y con la nueva su papel fuera el mismo (relegado, en definitiva, a la mera formulación de alegaciones para coadyuvar a las auténticas partes actoras, administración concursal y Ministerio Fiscal), no se entiende la reforma producida

La interpretación de que la atribución expresa de la condición de parte permite deducir pretensiones (lo cual es lo propio, en el sistema procesal civil español) es la única que da sentido (por utilidad) a la reforma legislativa mencionada, pues, en caso contrario, no hubiera sido precisa, pues nada se añadía con ella.

No se opone a ello el tenor del precepto que analizamos, cuando añade "...alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable...", pues la condición de parte plena que afirmamos permitiría que esas alegaciones comprendieran tanto los aspectos fácticos del caso, como los jurídicos y la consecuente formulación, en su caso, de pretensiones de condena". [Fundamento de Derecho Cuarto].

Y añade:

"Otro argumento que estimamos de relevancia para corroborar el criterio mantenido en la instancia, y asumido en esta resolución, es la gran paradoja que supondría negar al acreedor personado la posibilidad de deducir pretensiones en la sección de calificación y permitirle que, caso de recaer sentencia absolutoria y no recurrir ni administración concursal ni Ministerio Fiscal, pueda interponer recurso de apelación y solicitar la revocación de la resolución absolutoria y el dictado de una condenatoria, aún de conformidad con

las pretensiones mantenidas por aquéllos, y no mantenidas ya por éstos ante el Tribunal de apelación”. [Fundamento de Derecho Quinto].

Por tanto, en esta resolución la Audiencia Provincial de Alicante entendió que, a la luz de la reforma operada por los apartados 1 y 2 de los arts. 12.8 y 12.9 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, la condición de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dejaba de ser la de meros “interesados”, para pasar a ser la de parte plena.

Por otro lado, encontramos el sector mayoritario de la jurisprudencia¹³², que entiende que acreedores y personas con interés legítimo no ostentan la posición de parte plena.

Así, por ejemplo y por su claridad, podemos acudir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) n.º 473/2010, de fecha 4 octubre de 2010 (AC\2010\1559), que estableció que los acreedores y personas con interés legítimo ocupan una posición de parte parcial limitada que no les permite ejercitar una pretensión concreta:

*“El nuevo art. 168, en efecto, ha pasado a titularse “Personación y condición de parte”, lanzando un mensaje inequívoco desde el comienzo, que luego concreta el texto legal al permitir que los acreedores puedan personarse “y ser parte” en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable. **Sin embargo el legislador se ha limitado a explicitar que el acreedor que se persone en la pieza de calificación tiene la condición, puede ser parte, sin variar ni el objeto de su intervención ni la del resto de sujetos a que se refiere los arts. 169 y 170 LC. Es decir, la intervención del acreedor se limita a realizar alegaciones por escrito de cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable, pero no ejercita pretensión concreta sobre el particular.** Este ejercicio lo reserva la Ley Concursal especialmente para la administración*

¹³² Así, por ejemplo, la SAP de Jaén de 23 de abril de 2007, AAP de Barcelona de 22 de mayo de 2008, SSAP de Pontevedra de 4 de octubre de 2010 y de 23 de diciembre de 2010, SAP de Granada de 13 de octubre de 2010, SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2011, SAP de Madrid de 9 de marzo de 2012 o AAP de Madrid de 24 de marzo de 2014, entre otras muchas.

concurzal a través de su informe, especificando el art. 169 LC las cuestiones que expresamente debe contener el informe de calificarse el concurso como culpable (personas a las que debe afectar la calificación, cómplices, determinación de daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado las personas anteriores), y en menor medida el Ministerio Fiscal, pues sólo aquella es indispensable que informe, pueden ejercitar pretensión alguna sobre la calificación del concurso, pudiendo incluso disponer del objeto del incidente si ambos coincidieran en calificar el concurso como fortuito, supuesto en que el juez debe ordenar, sin más trámites, el archivo de las actuaciones sin que quepa recurso contra dicha resolución.

En consecuencia, por **aún cuando se haya expresado formalmente su carácter de parte en el incidente**, al no poder pretender ni haberse reformado el archivo por coincidencia común de administración concursal y Ministerio Fiscal en el carácter fortuito del concurso, **tiene que admitirse que se tratará de una posición parcial secundum quid, en que no cabe pedimentos o fijación de personas afectadas con independencia**. Los acreedores y demás terceros no pueden sostener su propia calificación con independencia de la formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal". [Fundamento de Derecho Segundo].

De este modo, el alcance procesal que, como parte, tendrán los acreedores y personas con interés legítimo no podrá "alterar el control del objeto del incidente, su pretensión fundamental que se atribuye, al igual que otras cuestiones del proceso concursal, esencialmente a la administración concursal". [Fundamento de Derecho Tercero].

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) n.º 401/2012, de fecha de 29 noviembre de 2012, en la que se estableció lo siguiente:

"13. Por consiguiente, la resolución recurrida debía limitar su examen, como efectivamente hizo, a resolver sobre la propuesta de calificación formulada por el administrador concursal y en los términos en los que la misma aparecía cuestionada por la única oposición que frente a ella se formuló, la del Sr. Casimiro. **No podía, por ello, el juzgado mercantil tomar en consideración causas distintas de culpabilidad, ni siquiera en el caso de que las mismas hubieran sido previamente propuestas o insinuadas por terceros**, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, en el que Stromboli compareció en el trámite previo a la propuesta de calificación, dirigida por el mismo letrado del Sr. Casimiro, y **propuso**

otras causas de calificación culpable que el administrador concursal no tomó en consideración. Ni el juzgado mercantil podía tener en cuenta esas otras causas sin que nadie las hubiera introducido correctamente en el debate ni tampoco este tribunal las puede considerar.

Y no se pueden considerar válidamente introducidas en el debate por el mero hecho de que Stromboli hiciera referencia a ellas en el **escrito formulado al amparo del art. 168.1LC porque el mismo únicamente persigue ilustrar al AC para que realice su propuesta de calificación del concurso** a partir de todos los hechos que considere relevantes para la calificación.

Por tanto, no entraremos en ninguna de las cuestiones que el recurso plantea en solicitud de que el concurso se declare culpable por causas distintas y con la consideración de otras personas afectadas distintas a las que la resolución recurrida consideró. Debemos limitar nuestro examen a si era procedente la causa de culpabilidad que ha determinado la calificación culpable y a si merecía la consideración de persona afectada el Sr. Casimiro, porque los términos del proceso no nos permiten otra cosa”. [Fundamento de Derecho Quinto].

O, por último, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) n.º 391/2013, de fecha 30 octubre de 2013:

“El objeto del proceso quedará conformado por los hechos y pretensiones concretas que hayan formulado la administración concursal y el Ministerio Fiscal en sus respectivos informes. **Quedan fuera de él, por tanto, aquellas alegaciones que hayan podido realizar los acreedores o terceros con interés legítimo que no tengan reflejo en dichos informes.** [Fundamento de Derecho Tercero].

[...]

En definitiva, **los terceros admitidos como parte en la sección sexta sólo podrán efectuar alegaciones en el tramite inicial;** proponer prueba que respalde las pretensiones que formulen quienes son titulares de la acción; asistir a la vista; recurrir la sentencia (artículo 172.4º de la LC); e instar la ejecución en los términos previstos en el artículo 172 bis, apartado 2º. **No pueden,** por el contrario, **ejercitar pretensiones distintas a las formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal** y sostenerlas con autonomía”. [Fundamento de Derecho Tercero].

La jurisprudencia menor entendía pues mayoritariamente, como acabamos de ver, que la condición procesal de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección sexta es una condición de parte limitada y en ningún caso plena. Dicha limitación, como muy bien extracta la última resolución transcrita se traducía en que dichos acreedores y terceros interesados:

- Solo podían realizar alegaciones en el trámite inicial.
- Podían proponer prueba.
- Podían asistir y actuar en la vista de calificación.
- Podían recurrir la sentencia de calificación.
- Todo lo anterior, únicamente respecto de las pretensiones que la AC o el Ministerio Fiscal hubieren formulado, y no de otras distintas a estas.
- Y, por último, podían instar la ejecución de la condena a la cobertura del déficit concursal, si la AC no lo hiciera¹³³.

Como veremos a continuación, esta concepción de la condición procesal de los acreedores y terceros interesados en la sección de calificación es la que finalmente el Tribunal Supremo estableció como doctrina jurisprudencial.

¹³³ En efecto, conforme al antiguo art. 172.bis.2 LC:

“la legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento”. Y ello no ha cambiado con el actual TRLC, que en su art. 461.1 dispone igualmente que “la legitimación para solicitar la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento”.

2.2.3. Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pese a que en sus inicios dictase alguna resolución¹³⁴ que parecía mantener la tesis de condición de parte plena de los acreedores y personas con interés legítimo, lo cierto es que su criterio es realmente otro.

El Tribunal Supremo concibe la condición de parte de los acreedores y personas con interés legítimo desde un concepto procesal *sui generis*, que se identificaría con la prevista en el artículo 13.1 LEC¹³⁵, es decir, la intervención adhesiva simple.

A continuación, realizaremos un repaso por las resoluciones del Tribunal Supremo que nos permiten construir su concepción procesal de parte, en relación con los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación:

Empezaremos por una de las resoluciones del Tribunal Supremo que consideramos clave a la hora de dibujar el concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección sexta de calificación del concurso. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 10/2015, de fecha 3 febrero de 2015.

¹³⁴ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) n.º 534/2012, de fecha 13 septiembre de 2012 (RJ\2013\2268).

¹³⁵ Conforme al citado precepto, “*mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*”.

En ella, se empieza diciendo que el legislador ha establecido un régimen especial de intervención para los acreedores y personas con interés legítimo que implica unas facultades limitadas.

Dicha limitación puede concretarse del siguiente modo:

*“1ª.- **La personación de un acreedor y la condición de parte** que le reconoce el actual art. 168 LC **debe cohonestarse con el resto de las normas** sobre la calificación, y **muy especialmente con la previsión contenida en el art. 170 LC**, no modificado por la reforma, según las cuales **sólo las proposiciones que formulen la administración concursal y el ministerio público serán tenidas en cuenta por el juez para conformar, en su caso, el objeto de incidente de calificación**. De tal forma que **si ambos califican el concurso de fortuito, la sección de calificación habrá concluido** (art. 170.1 LC). Si alguno de ellos o los dos piden la calificación culpable, se dará traslado a la concursada y a las personas que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan alegar lo que estimen conveniente respecto de las concretas peticiones contenidas en el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal, en atención a los hechos y las concretas causas o motivos de calificación aducidos en dichos escritos para fundamentar sus pretensiones.*

*2ª.- A pesar de que los intereses que se ejercitan en la sección de calificación no son estrictamente públicos, pues los hay generales del concurso y por ello de los acreedores en su conjunto, **la legitimación para ejercitar estas acciones se restringe a la administración concursal y al fiscal**. Expresamente **se pretende evitar una acumulación de acciones particulares**, encomendando a la administración concursal y al ministerio fiscal el ejercicio de esta acción, que muy bien puede calificarse, por lo que respecta a la reclamación del pago del déficit concursal frente a los administradores, de colectiva. La administración concursal representa los intereses generales del concurso, dentro de los cuales se encuentran los de los acreedores concursales de obtener la íntegra satisfacción de sus créditos, y el ministerio fiscal el interés público. Ambos tienen la llave de la calificación, pues a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación.*

*3ª.- De ello resulta que **la legitimación de los acreedores en la sección sexta es limitada y condicionada**. De un lado, **las alegaciones solo deben ir dirigidas en un determinado sentido** (para la **calificación del concurso como culpable**); de otro, **las alegaciones de los acreedores son las primeras en el tiempo**, se formulan antes de conocer los escritos*

de la administración concursal y el ministerio fiscal, como efecto de lo dispuesto en el art. 169.1º LC , tampoco modificado por la reforma.

4ª.- Solo la administración concursal y, en su caso, el ministerio fiscal pueden formular "propuestas de resolución", mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, la explicación de las causas con arreglo a las cuales procede calificar, en su caso, culpable el concurso y, también en su caso, las concretas consecuencias de la calificación culpable (art. 169.1 y 3 LC). En consecuencia, la sentencia que se dicte en la sección de calificación, no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros, sino que deberá ajustarse a los hechos y las concretas pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

5ª.- Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar (art. 172. bis. 4 LC). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte". [Fundamento de Derecho Tercero].

En síntesis, y según la construcción procesal que realiza el Tribunal Supremo de la condición de parte de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección sexta, estos tendrán una posición limitada y condicionada, sobre la base de los siguientes caracteres:

- Solo podrán presentar alegaciones dirigidas en un determinado sentido, esto es, la calificación culpable del concurso.
- No tendrán legitimación para solicitar una determinada calificación, de modo que la sentencia de calificación que ponga fin al incidente de oposición a la calificación culpable del concurso no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros.
- Podrán intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal.
- Podrán apelar la sentencia de calificación.

Y todo ello, como consecuencia de que únicamente la AC y, en su caso, el Ministerio Fiscal, pueden formular propuestas de resolución de calificación del concurso, siendo sus proposiciones las únicas que pueden conformar el objeto del incidente de calificación, evitando así una acumulación de acciones particulares.

La misma resolución del Tribunal Supremo establece a continuación que la condición de parte de los acreedores y personas con interés legítimo se identifica con la modalidad de intervención adhesiva simple prevista en el artículo 13.1 LEC. De este modo, intervendrán como meros coadyuvantes de la AC y el Ministerio Fiscal, y sus alegaciones solo servirán como información o *notitia criminis* a la AC y Ministerio Fiscal, como hechos relevantes para la calificación del concurso:

*“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 art. 193.2 LC, y **se acomoda mejor a la modalidad de "intervención adhesiva simple", que contempla el art. 13.1 LC, 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 determinado sentido la calificación, a fin de que las tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe "como hechos relevantes para la calificación del concurso" (art. 169.1o LC)". [Fundamento de Derecho Tercero].*

Tras ello, y según expone el Tribunal Supremo los acreedores y terceros interesados, una vez ya iniciado el incidente de oposición a la calificación culpable, tendrán las siguientes facultades:

*“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 art. 170.4 LC, **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***. [Fundamento de Derecho Tercero].

Termina añadiendo la resolución, en consonancia con todo lo anterior, que tampoco podrán los acreedores y terceros con interés legítimo realizar petición alguna en relación con la posible responsabilidad concursal. Es decir, que si AC o Ministerio Fiscal no han solicitado que se condene a cubrir el déficit concursal, no podrá haber tampoco un pronunciamiento en tal sentido en la sentencia de calificación, por mucho que los acreedores o terceros interesados lo soliciten.

Ello no obstante, si cualquier acreedor o persona con interés legítimo considerase que la AC yerra en el ejercicio de sus funciones, o las ejerce sin la debida diligencia, por no calificar el concurso como culpable, imputar una concreta causa de culpabilidad o solicitar una condena a la cobertura del déficit, los acreedores tienen *“a su alcance la posibilidad de exigir a la administración concursal la responsabilidad prevista en el art. 36.1º LC por “los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia”*.

Resulta también interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 657/2017, de fecha 1 de diciembre de 2017, en la que, pese a referirse a la legitimación de los acreedores en el seno de una acción de reintegración, podríamos aplicar dicha tesis, *mutandis mutandi*, a la sección sexta de calificación del concurso:

“1.- El art. 13 LEC (RCL 2000, 34) permite, con carácter general y mientras esté pendiente un proceso, la intervención en el mismo de quien acredite un interés directo y legítimo en su resultado. A su vez, el art. 193.2 LC (RCL 2003, 1748) permite la intervención de un tercero en un incidente concursal, como coadyuvante del demandante o del demandado. Se trata de una intervención adhesiva y principal, puesto que no se admite la introducción de una pretensión contradictoria con la que es objeto del incidente concursal.

En el caso concreto de las acciones de reintegración, esta intervención adhesiva no es propiamente litisconsorcial, sino simple, ya que se permite la entrada en el incidente de titulares de otras relaciones jurídicas afectadas por lo que pueda resolverse. El antes citado art. 193.2 LC permite la intervención adhesiva de cualquiera que ya estuviera personado en el concurso, lo que, de acuerdo con el art. 184.4 LC , presupone un interés legítimo en el mismo.

2.- Como se afirma en la doctrina, **aunque la LC restringe la legitimación de los interesados para promover las acciones de reintegración, una vez ejercitada la acción nada impide que tales interesados puedan intervenir en el incidente, si bien con algún condicionamiento.** Así, de la misma manera que en otros supuestos la legitimación para promover está restringida (por ejemplo, la calificación concursal), **cualquier interesado podría intervenir en el incidente, coadyuvando con la parte actora o con la demandada, con la limitación derivada de la indisponibilidad del derecho subjetivo que se hace valer en el procedimiento, cuya disponibilidad corresponde exclusivamente a su titular**. [Fundamento de Derecho Tercero].

Nuevamente, por tanto, nos remite a los conceptos de intervención adhesiva simple, del artículo 13.1 LEC y de indisponibilidad del objeto de la calificación, que viene determinado, en todo caso, por las pretensiones que formulen AC y Ministerio Fiscal.

Acudiremos, por último, a una de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia que ahora nos ocupa. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 191/2020, de 21 de mayo de 2020.

En ella, la Sala debió entrar a resolver un recurso de casación interpuesto por un acreedor concursal, con los siguientes antecedentes:

Dicho acreedor, junto con otros dos más, se personaron correctamente en la sección sexta del concurso y presentaron sus respectivos escritos de alegaciones y documentos tendentes a que el concurso se calificara como culpable. La administración concursal propuso que el concurso fuera calificado como fortuito, pero el Ministerio Fiscal solicitó que se declarase culpable.

Finalmente, el juzgado mercantil declaró el concurso como fortuito.

Contra la citada sentencia declarando el concurso como fortuito ni administración concursal, ni Ministerio Fiscal interpusieron recurso de apelación. Sin embargo, sí lo hicieron dos de los tres acreedores que habían presentado alegaciones de culpabilidad, solicitando que *“se dejara sin efecto la sentencia del Juzgado Mercantil, dictando otra de conformidad con lo interesado en el dictamen de calificación formulada por el Ministerio Fiscal”*.

La Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el citado recurso de apelación *“por falta de legitimación para recurrir”*. Dicha sentencia, tal y como nos refiere el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia que ahora analizamos, argumentó su decisión en los siguientes términos:

“Debemos desestimar el recurso por carecer los dos apelantes de legitimación para interponer recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia. Ni el Ministerio Fiscal ni la administración concursal, únicos con plena y autónoma legitimación para deducir una pretensión autónoma, recurrieron la sentencia de primera instancia. Como consecuencia de ello los acreedores apelantes carecen de legitimación para apelar la misma, siendo ello consecuencia directa de la doctrina emanada del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 3 de febrero de 2015, que califica de “limitada y condicionada” la legitimación de los acreedores de la sección sexta”

El Tribunal Supremo, mediante en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución que ahora nos ocupa estableció lo siguiente:

“Decisión del tribunal: la legitimación de los acreedores personados en la sección de calificación para apelar la sentencia que no estima todas las pretensiones formuladas por la administración concursal o por el Ministerio Fiscal

[...]

La solución adoptada por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia de esta sala. Desde la primera sentencia en la que abordamos esta cuestión, hemos afirmado

que los acreedores personados en la sección de calificación están legitimados para recurrir la sentencia dictada en esta sección cuando la misma no estima todas las pretensiones formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, (sentencias 534/2012, de 13 de septiembre, 627/2012, de 30 de octubre, y 10/2015, de 3 de febrero)

En línea con lo que declaramos en la **sentencia 657/2017, de 1 de diciembre**, con relación al incidente de reintegración pero en términos que, **mutatis mutandi, también son aplicables a la sección de calificación**, conforme al art. 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercero interviniente en la sección de calificación, como **coadyuvante del Ministerio Fiscal y/o de la administración concursal, no puede ampliar la pretensión formulada** por estos ni variar el objeto procesal; en el acto de la vista, puede proponer prueba diferente y formular alegaciones al margen del Ministerio Fiscal o de la administración concursal. Y en lo que atañe directamente al objeto de este recurso, el interviniente **podrá recurrir las resoluciones que estime que le son perjudiciales**, al margen de la parte principal. Así se desprende sin género de duda del inciso final del art. 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dice:

"El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte".

7.- Por tanto, el carácter condicionado y limitado de la legitimación de los acreedores personados en la sección de calificación, que sirve de base a la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, y que se justifica por los intereses en juego en la sección de calificación y la necesidad de que el debate procesal se desarrolle ordenadamente, **no priva a estos acreedores de la legitimación para recurrir la sentencia** que no haya estimado todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, **pese a que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal hayan interpuesto recurso**. Todas las sentencias que este tribunal ha dictado sobre esta materia les ha reconocido expresamente esta legitimación.

8.- Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que, como se afirmó en la última de las sentencias citadas, si bien el acreedor personado está legitimado para recurrir la sentencia que no estima alguna de las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal o la administración concursal, **no puede introducir en el recurso pretensiones que no hubieran sido formuladas oportunamente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal en la sección de calificación**. Esto es consecuencia de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que pueden ser tenidas en cuenta por el juez, así como de que en el recurso

de apelación (y en el de casación) no pueden introducirse cuestiones nuevas que no hayan conformado el objeto del litigio en la primera instancia.

[...]

10.- Por tanto, es contrario a lo dispuesto en los preceptos legales invocados en el recurso, y a la jurisprudencia de este tribunal que los ha interpretado, negar legitimación a los acreedores personados en la sección de calificación para apelar la sentencia que desestimó las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal en el dictamen previsto en el 169.2 de la Ley Concursal. [Fundamento de Derecho Tercero].

Así las cosas, los acreedores y terceros interesados estarán plenamente facultados para recurrir la sentencia de calificación, cuando en esta no se estimen todas las pretensiones formuladas por la AC o por el Ministerio Fiscal, y siempre y cuando no se introduzcan en el recurso nuevas pretensiones o elementos que no hubieren sido previamente formulados por la AC o por el Ministerio Fiscal.

Con ello, queda pues perfectamente definida la posición que deben ocupar los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección sexta de calificación del concurso de acreedores: meros coadyuvantes de la AC y el Ministerio Fiscal.

2.2.4. Concepto de parte de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección de calificación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Merece la pena también acudir a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación con la personación de acreedores y personas con interés legítimo en la sección sexta del concurso.

Para ello, acudiremos a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) n.º 15/2012, de fecha 13 febrero de 2012. Dicha resolución se ocupó de resolver acerca de los hipotéticos efectos futuros que podría tener la exclusión de un acreedor¹³⁶, o persona con interés legítimo, de la sección sexta de calificación. En concreto, de la posible vulneración que dicha exclusión causaría en el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Para ello, el Tribunal Constitucional trajo a colación su doctrina¹³⁷ sobre decisiones judiciales que han negado la intervención dentro de un proceso a terceros que reclamaban su personación en el mismo. El Tribunal Constitucional entiende que dicha doctrina resulta plenamente aplicable a este caso *mutatis mutandis*:

“Esa doctrina de referencia ha de conducir a la estimación del amparo solicitado. En efecto, el Auto reseñado, tras realizar una distinción entre alegaciones y formulación de pretensiones, resuelve, de manera tajante y sin ninguna matización, apartar de la sección con carácter absoluto a los recurrentes, hasta tal punto que acuerda «la nulidad de todo lo relativo a aquéllos, desde el momento en que se personan como parte legítima, dejando sin efecto cualquier intervención que como parte se les hubiese reconocido en la presente Sección de calificación». No cabe ninguna duda, por lo tanto, del carácter absoluto de la decisión del Juez respecto a la intervención de los recurrentes en la fase previa al contradictorio.

La Ley concursal resulta diáfana al prever que se emplace a los terceros que puedan resultar afectados para que comparezcan en la sección a formular alegaciones. Por tanto, el Auto impugnado es claro que soslaya las previsiones establecidas por el ordenamiento que declaran que quien ha acreditado poseer un interés legítimo en el procedimiento pueda personarse en el mismo. La limitación de la

¹³⁶ En este caso concreto, se imposibilitó el pleno acceso al incidente de oposición a la calificación culpable del concurso a los trabajadores de la concursada, así como a los Sindicatos UGT y CCOO, declarándose, además, la nulidad parcial de las actuaciones de dicha sección sexta, dejando sin efecto cualquier intervención que hubieren tenido dichas personas.

¹³⁷ Doctrina que puede extraerse, de entre otras, de las SSTC 166/2003, de 29 de septiembre, 24/1987, de 25 de febrero, 93/1990, de 23 de mayo, 195/1992, de 16 de noviembre, 10/1996, de 29 de enero, 12/1996, de 20 de enero, 285/1993, de 4 de octubre, 34/1994, de 31 de enero, 250/1993, de 19 de julio y 252/1993, de 19 de julio, entre otras muchas.

actuación de los terceros con interés legítimo —en este caso, los aquí recurrentes— **a la fase ulterior del contradictorio constituye una interpretación judicial que, apartándose de forma patente de las previsiones legales, restringe de manera constitucionalmente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)**". [Fundamento de Derecho Segundo].

El Tribunal declara, por tanto, conculcado el derecho de acceso a la jurisdicción en el momento en el que a un acreedor, o persona con interés legítimo declarado, se le niega el acceso al incidente de calificación. Y, con ello, estima el amparo:

"Procede, por tanto, la estimación del presente recurso de amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, lo que trae como consecuencia la nulidad del Auto de 9 de marzo de 2007 dictado por el Juzgado competente, así como la cesación de efectos de lo dispuesto por dicha resolución. Esto último ha de implicar, como medida para la plena restitución del derecho vulnerado [art. 55.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383)], que se reintegre a los recurrentes en la sección con las alegaciones que éstos habían formulado". [Fundamento de Derecho Cuarto].

No hay pues duda alguna acerca del derecho constitucional a acceder a la jurisdicción que ostentan los acreedores y personas con interés legítimo en el seno de la sección sexta del concurso.

2.3. Intervención adhesiva simple.

En definitiva, y como consecuencia de todo lo anterior, podemos concluir afirmando que *status* procesal de los acreedores y personas con interés legítimo dentro de la sección sexta del concurso se asimila a la de intervención adhesiva simple prevista en el artículo 13.1 LEC, esto es, en la práctica, que los mismos actuarán como meros coadyuvantes de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, teniendo sus atribuciones absolutamente limitadas.

Esta condición de parte *sui generis*, apartada del concepto general de parte previsto en el artículo 10 LEC, permitirá que acreedores y terceros interesados

puedan presentar un escrito de alegaciones sobre todos aquellos extremos que consideren relevantes para que administración concursal y Ministerio Fiscal puedan calificar el concurso; proponer prueba, con respecto a las pretensiones que la administración concursal y el Ministerio Fiscal haya ejercitado; actuar en la vista de calificación, siempre sobre el objeto litigioso que conformen AC y Ministerio Fiscal; recurrir la sentencia de calificación, únicamente respecto de aquellas pretensiones ejercitadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal que no hubieren sido estimadas; y ejecutar la condena a la cobertura del déficit concursal, si la administración concursal no lo hiciere.

V. LAS LIMITACIONES DEL JUICIO VERBAL EN LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO

1. Cauce procesalmente previsto para tramitar la calificación culpable del concurso. El incidente concursal.

Conforme prevé el artículo 451.1 TRLC, en sede de calificación:

*“Si el concursado o alguno de los comparecidos formulase oposición deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda. Para los trámites posteriores **el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal**. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente”.*

Por tanto, el procedimiento previsto por la Ley Concursal para la tramitación de la oposición a una propuesta de calificación culpable será el incidente concursal.

En este capítulo, abordaremos los problemas procesales que se plantean como consecuencia de que la tramitación de una calificación culpable se ventile mediante el incidente concursal.

Aprovecharemos, además, para realizar un completo repaso del procedimiento que regirá la tramitación del incidente concursal de oposición a la propuesta de calificación culpable.

2. El incidente concursal. Cuestiones generales.

El TRLC, en sus artículos 532 a 543, regula un cauce procesal específico denominado incidente concursal. Este cauce procedimental tiene por objeto la resolución de *“todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso”*¹³⁸.

Por tanto, a través de este procedimiento se ventilarán todos aquellos asuntos relacionados con la concursada, a los que la propia ley no asigne una tramitación específica.

Ya la primigenia Ley Concursal de 2003 empleaba el término “incidente” para referirse a este procedimiento especial concursal. Sin embargo, dicho término puede resultar equívoco, habida cuenta de que no nos encontramos ante un procedimiento para resolver cuestiones incidentales, tal y como las define el artículo 387 LEC¹³⁹, sino que, a través del incidente concursal, se tramitarán y resolverán todo tipo de asuntos, tanto cuestiones de menor entidad (cuestiones incidentales), como procesos plenamente autónomos de gran importancia y complejidad.

Así las cosas, a través del incidente concursal podrán tramitarse y resolverse asuntos tan sencillos como una impugnación del listado de acreedores¹⁴⁰

¹³⁸ Artículo 532.1 TRLC.

¹³⁹ De conformidad con lo previsto en el art. 387 LEC *“son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso”*. A través del incidente concursal podrán tramitarse y resolverse, tanto cuestiones meramente incidentales, como también verdaderos procesos plenarios que, por mor de la *vis atractiva* concursal, quedan vinculados y atraídos hacia el concurso.

¹⁴⁰ Conforme prevé el art. 300.1 TRLC, *“las impugnaciones [del listado de acreedores] se sustanciarán por los trámites del incidente concursal”*.

Pero es que, a través del incidente concursal, también se ventilarán, entre otros, todos los siguientes asuntos:

- (i) Recusación de administradores concursales, art. 74.2 TRLC.

consecuencia de un error numérico en el reconocimiento de un crédito, y tan complejos como el incidente de oposición a una propuesta de calificación culpable del concurso¹⁴¹.

- (ii) Acción de anulación de actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el art.109.3 TRLC.
- (iii) Compensaciones de créditos una vez declarado el concurso (art. 153.2 TRLC).
- (iv) Acción de resolución de contratos por incumplimiento (art. 162.2 TRLC).
- (v) Diferencias acerca de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 165.3 TRLC).
- (vi) Acción contra la decisión de integrar los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto en la masa activa (art. 197.2 TRLC).
- (vii) Acciones rescisorias y demás de impugnación (art. 234 TRLC).
- (viii) Acción contra la decisión de la administración concursal de entregar a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención (art. 239.2 TRLC).
- (ix) Acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa (art. 247 TRLC).
- (x) Impugnaciones relativas a créditos comunicados extemporáneamente (art. 305.2 TRLC).
- (xi) Impugnación de acreedor de los textos definitivos (art. 311.4 TRLC).
- (xii) Oposición al convenio (art. 386 TRLC).
- (xiii) Acción de incumplimiento del convenio (art. 403.2 TRLC).
- (xiv) Oposición a la conclusión del concurso (art. 477.4 TRLC).
- (xv) Oposición a la rendición de cuentas (art. 479.3 TRLC).
- (xvi) Oposición a la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 490.2 TRLC).

¹⁴¹ Pero también se ventilarán las (en ocasiones muy complejas) acciones de reintegración, así como todos aquellos procesos acumulados por mor de la *vis attractiva* concursal, tales como las acciones relativas a derechos de propiedad intelectual o industrial y competencia desleal que, por su enorme complejidad, deben tramitarse mediante el proceso declarativo ordinario ex art. 249 LEC.

La doctrina lo ha calificado como un “auténtico proceso declarativo plenario”¹⁴². Y lo confirma el hecho de que siempre deba resolverse mediante sentencia¹⁴³ y goce asimismo siempre de efectos de plena cosa juzgada¹⁴⁴.

Ello implica que las sentencias dictadas resolviendo un incidente concursal y, por ende, también las sentencias que pongan fin a la tramitación de la oposición a una calificación culpable, desplegarán plenos efectos de cosa juzgada, no solo en su eficacia negativa o *non bis in idem*, sino también en su vertiente positiva o de *res iudicata pro veritate abetur*, vinculando así a los tribunales en procesos posteriores.

En relación con la denominada *vis atractiva* concursal ALONSO-CUEVILLAS J., define la *vis atractiva* concursal en sentido estricto como “*el efecto que provoca que los procesos o ejecuciones, anteriores o posteriores a la declaración del concurso, seguidos contra el concursado se tramiten ante el juez del concurso quedando absorbidos -los procesos o ejecuciones, iniciados con anterioridad- o integrados -en cualquier caso- dentro del proceso concursal por la fuerza de atracción que éste despliega.*”

Junto con la anterior noción, estricta, de la <<vis atractiva>> concursal, cabe contemplar una noción más amplia que comprendería también el restante conjunto de efectos que la declaración de concurso puede provocar sobre los procesos y ejecuciones de carácter singular”. El mismo autor define la vis atractiva en sentido amplio como “el conjunto de los distintos efectos que la declaración del concurso produce en los procesos en los que el concursado sea o pueda llegar a ser parte, pudiendo comprender desde su <<absorción>> o <<atracción>> por el proceso concursal pasando a ser una pieza separada de éste -<<vis atractiva>> en sentido estricto-, hasta su suspensión y/o prohibición de inicio”. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., La «vis atractiva» del proceso concursal, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007, (Pág. 62-63).

¹⁴² En este sentido GARNICA MARTIN, J, en AA.VV., FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.), *Derecho Concursal Práctico: Comentarios a la nueva ley concursal*, Iurium Editores, Madrid, 2004.

¹⁴³ Así, conforme al art. 540.1 TRLC “*el incidente concursal finalizará mediante sentencia*”.

¹⁴⁴ Así, conforme al art. 543 TRLC, “*una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada*”.

3. El incidente concursal. Procedimiento y limitaciones.

En cuanto al procedimiento del incidente concursal, antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, nos encontrábamos ante un proceso específico de la legislación concursal con un cauce procedimental que no estaba previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este proceso especial consistía, básicamente, en un juicio verbal¹⁴⁵ con contestación escrita.

Sin embargo, con la reforma de la LEC de 2015, el proceso de juicio verbal previsto en los artículos 437 y ss. LEC pasó a tener también contestación escrita. Desde ese momento, incidente concursal y juicio verbal comparten exactamente la misma estructura procedimental:

En esta línea, el TRLC realiza, en su artículo 535, una remisión íntegra a la regulación del juicio verbal, reservándose empero ciertas especialidades:

“El incidente concursal se tramitará en la forma establecida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal con las especialidades establecidas en esta ley”.

Esta remisión al juicio verbal, que ya se realizaba anteriormente en el artículo 194.4 LC¹⁴⁶, siempre ha recibido duras críticas por la doctrina, ya que, como decíamos antes, a través del mismo acabarán ventilándose asuntos de gran complejidad por los cauces de un juicio verbal¹⁴⁷, limitando con ello, de manera injustificada, el derecho de defensa de las partes¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Nos referimos, lógicamente, al juicio verbal previsto antes de la reforma de la LEC de 2015.

¹⁴⁶ Pero, únicamente en relación con el desarrollo de la vista.

¹⁴⁷ Pensado, lógicamente, para juicios sumarios o de escasa cuantía.

¹⁴⁸ En especial de aquellos terceros ajenos al proceso concursal que, como consecuencia de la *vis atractiva* concursal se ven obligados a accionar ante el juez del concurso, y a regirse por un proceso mucho más limitado, como es el juicio verbal.

Quizás habría resultado más conveniente¹⁴⁹ la remisión a la regulación de los procedimientos declarativos ya previstos en la LEC, ordinario y verbal, aplicando uno u otro dependiendo de la complejidad o concreta materia que debiera resolverse.

¹⁴⁹ CORDÓN MORENO, F. *op. cit.* págs. 222-223, destaca la falta de criterio del legislador que, a lo largo del *iter* parlamentario ha ido variando el modelo procesal al que remitía la resolución de las cuestiones surgidas en el seno del proceso concursal.

Sin embargo, dicha problemática se ha venido solucionando por los juzgados mercantiles en aplicación de los antiguos¹⁵⁰ principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad¹⁵¹.

¹⁵⁰ Hoy el TRLC ya ni siquiera los menciona, pero la antigua Ley Concursal los contemplaba como esenciales para el correcto desarrollo del proceso concursal en su integridad:

“La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. A mayor abundamiento, se han previsto reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad”.

[Apartado II de la Exposición de Motivos de la LC].

“La unidad y la flexibilidad del procedimiento se reflejan en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, con lo que se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. A todo lo cual se suma la posibilidad de utilizar, en determinados supuestos, un procedimiento abreviado”.

[Apartado II de la Exposición de Motivos de la LC].

“La flexibilidad del procedimiento se percibe también en el régimen de los efectos que produce la declaración de concurso. Respecto del deudor, se atenúan los establecidos por la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. La “inhabilitación” se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario ; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas”.

[Apartado III de la Exposición de Motivos de la LC].

“Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal ; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros ; la acumulación de concursos ; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de

Estos principios han permitido a los juzgadores mercantiles flexibilizar el incidente concursal y dotarlo, cuando así ha sido necesario, de las modificaciones o adiciones necesarias para adaptarlo a las necesidades reales de los asuntos que debían ser resueltos.

Así, por ejemplo, resulta muy ilustrativo lo que realizó el Juzgado Mercantil n.º 10 de Barcelona en la tramitación de un incidente concursal de oposición a la calificación culpable del concurso, a los efectos de preparar la futura vista de calificación, en atención a la complejidad de la misma.

En efecto, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 9 de noviembre de 2016, y una vez presentados por las personas afectadas los correspondientes escritos de oposición a la calificación culpable, se citó a las partes¹⁵² señalando una comparecencia ante S.Sª *“al objeto de fijar y admitir la prueba propuesta por las partes en sus escritos”*:

los administradores concursales ; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos ; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos”.

[Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LC].

“La flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto ésta no contemple normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados”.

[Apartado X de la Exposición de Motivos de la LC].

¹⁵¹ En este sentido, GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 864, estima acertada dicha previsión legislativa ya que “todo el proceso concursal presenta características propias que aconsejan reforzar los poderes del oficio del juez para agilizarlo”. Por ello, para dicho autor, *op. et. loc. cit.*, “para realizar ese juicio de pertinencia o entidad no es preciso acudir a parámetros preestablecidos por el legislador, porque en realidad no existen, de forma que creemos que únicamente se puede acudir al buen juicio del juez”.

¹⁵² Administración Concursal, Ministerio fiscal, personas afectadas y cómplices.

Juzgado Mercantil 10 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona

Procedimiento Oposición a la calificación culpable art. 171 LC
Sección D
CONCURSO VOLUNTARIO

DEMANDANTE:

Procurador
DDOS: MINISTERIO FISCAL y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA D^a MARIA JOSÉ HOMPANERA GONZALEZ

En Barcelona, a nueve de noviembre de dos mil dieciséis

Por presentado el anterior escrito por el procurador en nombre y representación de la concursada, únase al concurso de su razón a los efectos legales oportunos. Se tienen por hechas las anteriores manifestaciones y en cuanto a lo solicitado, procédase a señalar la comparecencia ante S.S^a el próximo **día 17 de enero de 2017 a las 11.30 horas en la Sala multiusos** de este juzgado, al objeto de fijar y admitir la prueba propuesta por las partes en sus escritos.

De la presente diligencia se da cuenta al Magistrado Juez.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **REPOSICIÓN** ante este el/la Secretario/a Judicial de este Juzgado mediante escrito que se debe presentar en el plazo de **CINCO DÍAS** contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe expresar la infracción en que haya incurrido la resolución. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación. La interposición del recurso no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (artículos 224 y 452 de la LECn).

Lo dispongo y firmo.



Administració de Justícia a Catalunya – Administración de Justicia en Cataluña

Dicha “vistilla”¹⁵³, concebida como una especie de audiencia previa “fuera pistas”, se llevó a cabo atendiendo a la gran complejidad del asunto que debía resolverse¹⁵⁴ y, en este caso, a petición de una de las partes afectadas:

¹⁵³ Empleamos este término pues se trata de una vista procesal que no haya encaje en ningún precepto de la regulación concursal.

¹⁵⁴ Se trataba de una calificación culpable en la que la administración concursal solicitaba una condena pecuniaria de nada menos que 5 millones y medio de euros.

Juzgado Mercantil número de Barcelona
Concurso Voluntario

Procurador ILDEFONSO LAGO PEREZ

AL JUZGADO

DON ILDEFONSO LAGO PEREZ, Procurador de los Tribunales y de
SL, cuya representación tengo acreditada en el procedimiento concursal referenciado,
como mejor proceda en derecho **DIGO**:

Que habiéndose formulado oposición a la calificación del concurso y habiéndose
solicitado la celebración de vista para la práctica de prueba, interesa que con carácter
previo a la misma, se convoque a las partes personadas a una comparecencia ante Su S^a
para preparar el juicio.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hechas las anteriores manifestaciones y se
convoque a las partes personadas a una comparecencia de conformidad con lo
solicitado en el cuerpo del presente escrito.

Es Justicia que respetuosamente se solicita en Barcelona, 2 de noviembre del 2016.

Ltdo.
ICAB

ÉS CÒPIA

En la línea de lo anterior y, en concreto, con la posibilidad de que los juzgados mercantiles doten de cierta flexibilidad y agilidad al proceso concursal en general, y a la sección de calificación en particular, encontramos el artículo, el 536.2 TRLC¹⁵⁵, que permite al juzgador apartar de la vía incidental aquellas cuestiones que carezcan de entidad¹⁵⁶ o resulten impertinentes¹⁵⁷:

“Si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión y, si procediera, acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá recurso de apelación”.

Nótese que el anterior precepto dispone que el juez del concurso dará a *“la cuestión planteada la tramitación que corresponda”*. En este punto, quizás habría sido una mejor solución realizar una remisión directa, por ejemplo, al régimen de autorizaciones judiciales previsto en el artículo 518 TRLC¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Ya existía también esta posibilidad en el antiguo art. 194.2 LC.

¹⁵⁶ Esta solución resulta extraña, ya que en ningún otro estadio de la LC se prevé otro tipo de procedimiento más simple o simplificado para tramitar cuestiones más sencillas, o de escasa entidad. Sin embargo, este precepto y la posibilidad que se otorga al juez del concurso de dar *“a la cuestión planteada la tramitación que corresponda”* avalan la tesis de aplicación de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad en aras a la economía procesal.

¹⁵⁷ Otro de los defectos de la norma es no haber establecido cuáles son las causas legales de inadmisión, o cuando se produce tal impertinencia. Sin embargo, podemos interpretar que dicha impertinencia se producirá, por ejemplo, cuando la cuestión planteada exceda de la jurisdicción del juez del concurso, por tratarse de un asunto contencioso-administrativo o penal, o por escapar de las materias previstas en el art. 52 TRLC.

¹⁵⁸ Conforme prevé el art. 518 TRLC:

“1. En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito.

2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual

Por ende, la legislación concursal nos brinda una solución para tramitar aquellos asuntos más “simples” que se planteen y que queden demasiado pequeños para el incidente concursal. Sin embargo, no sucede así para aquellos asuntos complejos, como es la tramitación de una oposición a la calificación concursal culpable que, obligatoriamente, deberán ventilarse por el cauce del incidente concursal.

En relación con el escrito de demanda, pese a la remisión íntegra al juicio verbal, el artículo 536.1 TRLC dispone que:

“La demanda se presentará en la forma prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para el juicio ordinario”.

Esta remisión puede que tuviera algún sentido antes de que se modificara el artículo 437.1 LEC, pero ahora carece de sentido, en la medida en que el escrito de demanda previsto para el juicio verbal realiza una remisión, justamente, a la regulación del juicio ordinario.

Del mismo modo, el mismo artículo 536, en su apartado 3º dispone que el escrito de contestación a la demanda se deberá presentar en el plazo de diez días y conforme a la *“forma prevenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para el juicio ordinario”*¹⁵⁹.

duración no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión.

3. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.

4. Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición”.

¹⁵⁹ Remisión también innecesaria, habida cuenta de que el art. 438.1 LEC ya dispone, en materia de admisión de la demanda y contestación dentro del procedimiento de juicio verbal, que *“admitida la demanda, dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario”*. Recordemos que el art. 535 TRLC ya realiza una remisión integral al régimen

Antes de la celebración de la vista, el artículo 538 TRLC¹⁶⁰ prevé un mecanismo para ventilar las cuestiones procesales que se susciten en el incidente:

“Si en la contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le hubiera dado traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario”.

Pese a que en efecto este trámite permitirá llegar a la vista del incidente concursal con las cuestiones procesales ya resueltas, entendemos que habría resultado mucho más satisfactorio y eficiente otorgar al juez la posibilidad de

del juicio verbal, por lo que si en dicho régimen ya consta específicamente que la contestación guardará la forma prevista para los juicios ordinarios, la remisión resulta reiterativa.

¹⁶⁰ Antes esta solución procesal se encontraba en el tercer párrafo del art. 194.4 LC.

convocar a las partes a una vista previa¹⁶¹ a los efectos de resolver todas dichas cuestiones de forma oral¹⁶² y con intermediación¹⁶³.

Piénsese, por ejemplo, en un incidente de calificación culpable en el que existan varias personas afectadas y varios cómplices. Nos encontraremos con un incidente concursal con muchas partes (administración concursal, Ministerio fiscal, personas afectadas y cómplices), debiendo darse trámite por escrito entre todas ellas de las cuestiones procesales que, en su caso, se planteen,

¹⁶¹ Asimilada pues a la audiencia previa al juicio prevista para el juicio declarativo ordinario.

¹⁶² En sintonía con la manera en la que el legislador construyó, en su día, el proceso civil, siguiendo estrictamente el mandato constitucional contenido en el art. 120.1 CE que, recordemos, dispone que *“el procedimiento será predominantemente oral”*.

En relación con el principio de oralidad, Vid. BERZOSA FRANCO, M. V.; *“Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*; en *“Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 589 a 590, que lo define como *“el principio que implica basar la resolución judicial sólo en el material procesal aportado de forma oral. [...] En este sentido e intentando destacar algo que normalmente caracteriza el modelo oral, diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la que el juez toma contacto directo con las pruebas personales y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales puede incluso haberse interpuesto la pretensión”*. (página 589-590)

¹⁶³ En relación con el principio de intermediación, Vid. BERZOSA FRANCO, M. V., *“Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*; en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); *“Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”*; Vol. I; 1a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág.594:

“Una idea exacta de este principio [intermediación] implica combinar tres datos o elementos: por un lado la presencia judicial en los actos orales que integran el procedimiento, pues sólo esta presencia permite el contacto directo con las personas que interviene en los citados actos, propiciando una valoración correcta de sus alegaciones y declaraciones; por otro lado la necesidad de que el juez que ha presenciado las actuaciones sea el que se dicte sentencia, y finalmente, la exigencia de que lo haga bajo el recuerdo cercano de lo presenciado, exigencia muy ligada también al principio de concentración”

eternizando con ello la tramitación del incidente y retrasando enormemente en el tiempo la celebración de la vista de calificación.

Además, en méritos del artículo 534.2 TRLC:

“Cualquier persona comparecida en el concurso podrá intervenir en el incidente concursal conforme al régimen establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, sin necesidad de especial pronunciamiento del tribunal, ni audiencia de las partes cuando se trate de aquellas que ostenten previamente la condición de parte en el concurso o se trate de acreedores incluidos en la lista de acreedores”.

Ello implicará que cualquier parte personada en el concurso pueda intervenir en el incidente, aumentando exponencialmente la complicada tramitación de dichas cuestiones procesales.

Y que, en méritos del artículo 537 TRLC, podrán existir incidentes concursales en el que se acumulen *“demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes”*, dando lugar a pleitos verdaderamente complejos, en los que resolver las cuestiones procesales puede implicar un absoluto caos.

En definitiva, entendemos que habría sido una mejor solución permitir expresamente al juez del concurso convocar a las partes a una vista previa, a los efectos de, entre otras cuestiones¹⁶⁴, resolver todos los posibles problemas procesales, así como centrar el objeto del debate y, si fuera posible, intentar alcanzar un acuerdo que pudiera evitar la celebración de la vista.

¹⁶⁴ En definitiva, llevar a cabo las funciones que la LEC atribuye a la audiencia previa en los artículos 414 y ss., esto es, *“intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba”.*

Ello no obstante, en aplicación nuevamente de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad, entendemos perfectamente posible que el juez del concurso convoque a las partes a una vista previa al juicio, a los efectos de llevar a cabo todas dichas funciones procesales.

Ante la carencia legislativa, tendremos que esperar a que los tribunales articulen los pertinentes mecanismos correctores.

En cuanto a la vista, el actual artículo 540.3 TRLC dispone que:

“En caso de que proceda la celebración de vista, esta se desarrollará en la forma prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para los juicios verbales. Tras la práctica de la prueba, se otorgará a las partes un trámite oral de conclusiones”.

Es de aplaudir la aclaración realizada por el TRLC, en el sentido de indicar expresamente que la vista del incidente concursal finalizará con la posibilidad de las partes de realizar las oportunas conclusiones orales.

En este sentido, el antiguo artículo 194.4 LC únicamente disponía lo siguiente:

“Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales”.

No establecía nada, por tanto, en torno a si debía o no otorgarse un trámite de conclusiones a las partes.

Este silencio legal recibió importantes críticas por parte de la doctrina, ya que se dejaba en manos de los juzgadores la posibilidad de poder realizar, o no, dichas conclusiones orales al final de la vista. Un trámite de gran necesidad e importancia que, aunque sea obvio decirlo, deriva de la previa existencia de un período de prueba que, al estar envuelto en un proceso de contradicción, debe

lógicamente poder ser valorado por las partes, siendo además una previsión expresa del artículo 185.4 LEC que, recordemos, dispone lo siguiente:

“Concluida la práctica de prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas”.

En definitiva, un gran acierto que el TRLC haya aclarado un aspecto que podía llegar a generar verdaderas situaciones de indefensión a las partes del incidente concursal. Especialmente, cuando nos halláramos ante asuntos de gran complejidad o, como ahora nos ocupa, del propio incidente de oposición a la calificación culpable del concurso.

La vista del incidente no siempre será necesario que se celebre, ya que el artículo 540.2 TRLC, complementando lo que antes ya preveía el antiguo artículo 194.4 LC, dispone que:

“El juez dictará sentencia sin citación a las partes para la vista y sin más trámites en los siguientes supuestos:

1.º Cuando no se haya presentado escrito de contestación a la demanda o no exista discusión sobre los hechos o estos no sean relevantes a juicio del juez y no se hayan admitido medios de prueba.

2.º Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados.

3.º Cuando solo se hayan aportado informes periciales y las partes no soliciten ni el juez considere necesaria la presencia de los peritos en la vista para la ratificación de su informe.

3. En caso de que proceda la celebración de vista, esta se desarrollará en la forma prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para los juicios verbales. Tras la práctica de la prueba, se otorgará a las partes un trámite oral de conclusiones”.

Así, en estos supuestos, nos encontraremos con un procedimiento compuesto meramente por demanda, contestación y sentencia.

Tras la celebración de la vista¹⁶⁵, se dictará la correspondiente sentencia, en méritos de lo dispuesto en el ya comentado 540.1 TRLC.

4. Propuestas de mejora.

Hasta aquí, hemos podido ver en su integridad la regulación del incidente concursal. Este cauce procedimental es, como ya hemos dicho, el procedimiento que la ley concursal prevé para la tramitación y resolución de la oposición a una propuesta de calificación culpable.

Como también hemos dicho, se trata de un procedimiento sencillo que, ante asuntos complejos o de gran entidad, resulta extremadamente limitado pudiendo ser altamente ineficiente e incluso generar indefensión a las partes

Nótese que, a través de un incidente de calificación culpable del concurso pueden recaer condenas millonarias¹⁶⁶, así como inhabilitaciones para administrar bienes ajenos por período de dos a quince años¹⁶⁷.

Cualquiera de dichos pronunciamientos (condenas pecuniarias de grandes cantidades o inhabilitaciones) irían precedidas, en cualquier otro ámbito judicial,

¹⁶⁵ Pese a que la Ley no lo prevé, la doctrina mayoritaria entiende que también cabría, en sede del incidente concursal, la práctica de diligencias finales. Y ello, en méritos del principio de flexibilidad inspirador del procedimiento concursal, siempre que la práctica de tales diligencias finales resulte favorable para la resolución del asunto enjuiciado. En este sentido, se muestra expresamente a favor Garnica Martín, *Proceso Concursal Práctico*, cit., pág. 866.

¹⁶⁶ Bien sea por la condena “a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa” (art. 455.2.4º TRLC), por “la condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados” (art. 455.2.5º TRLC) o por la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal (art. 456 TRLC).

¹⁶⁷ En méritos de lo dispuesto en el art. 455.2.2º TRLC.

de la tramitación de un proceso complejo¹⁶⁸ y no así un proceso previsto para asuntos sumarios o de escasa entidad.

El incidente concursal de oposición a la calificación culpable es una de las piezas claves del proceso concursal. A través de su tramitación se cierra el círculo y se depuran, en su caso, las responsabilidades en que hayan podido incurrir los administradores societarios. Dotar a este incidente de un procedimiento más completo, en el que se permita a las partes ejercitar plenamente su derecho de defensa, mejoraría sobremanera la eficiencia y eficacia en general del concurso de acreedores.

Como propuesta de mejora, o de *lege ferenda*, entendemos que sería mucho más eficiente, y respetuoso con el derecho de defensa de las partes implicadas, que el incidente concursal de tramitación de la oposición a la calificación culpable del concurso se remitiera, íntegramente, a la regulación del proceso declarativo ordinario previsto en la LEC.

De esta forma, amén de otros muchos beneficios, podría celebrarse una vista previa a la vista de calificación, en la forma prevista para la audiencia previa. Con ello, podrían acometerse los objetivos básicos¹⁶⁹ de la audiencia previa, esto es, la finalidad conciliadora, sanadora y delimitadora de los términos del debate.

¹⁶⁸ Y así, para que recaiga condena, por ejemplo, por la comisión de un delito de insolvencia punible, será necesario la tramitación de un proceso penal (abreviado u ordinario) en su integridad. También para que se produzca una condena a un administrador societario, en sede mercantil, por mor de una acción de responsabilidad directa, será necesario tramitar un proceso ordinario.

¹⁶⁹ Al respecto, pueden encontrarse magníficamente desarrollados en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J.M. Bosch, Editor, S.A., Barcelona, 1992:

“La actual audiencia amplía el contenido de la comparecencia de 1984, al incluir también entre sus finalidades la proposición y admisión de la prueba. Así pues, la actual audiencia tiene por finalidad (como señala la rúbrica del art. 414) las siguientes diversas funciones (expresamente enunciadas en el segundo párrafo del apartado 1 del citado artículo 414: 1) intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, es decir la denominada función conciliadora, 2) examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la

En relación con la función conciliadora, y en consonancia con lo que hemos expuesto en el capítulo I, relativo a la naturaleza procesal del Informe de calificación de la administración concursal, la celebración de una vista previa a la vista de calificación podría forzar, como así ocurre en la práctica forense de nuestros juzgados¹⁷⁰, la homologación de acuerdos o el desistimiento de la pretensión de culpabilidad.

En efecto, una vez presentados por las partes afectadas y cómplices los escritos de oposición y una vez, por tanto, facilitadas la información y explicaciones pertinentes en relación con los hechos o indicios puestos de manifiesto por la AC, esta podría desistir de su propuesta de culpabilidad, al haber recibido ya las justificaciones necesarias.

Así, a buen seguro que podrían ahorrarse gran cantidad de incidentes de calificación.

En cuanto a la función sanadora, nos remitimos a lo que ya hemos expuesto anteriormente en relación con la resolución de cuestiones procesales. El trámite del artículo 538 TRLC, previsto precisamente para la resolución de cuestiones procesales puede resultar altamente ineficiente ante una multitud de partes implicadas o de defectos procesales a subsanar. En este sentido, la oralidad e inmediación característicos de la audiencia previa han demostrado ser eficientes y ágiles para la resolución de las cuestiones procesales.

prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, es decir la función saneadora; 3) fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes, es decir la función delimitadora; y, en su caso, 4) proponer y admitir la prueba, nueva función respecto de las de la comparecencia de 1984, prevista con carácter eventual, es decir sólo en su caso si tras la función delimitadora se constata la existencia de controversia fáctica”.

¹⁷⁰ Bien es sabido que es habitual en la práctica de los juzgados el cierre de “acuerdos de pasillo”, a las puertas de la audiencia previa o incluso del juicio.

Por último, y en relación con la función o finalidad delimitadora¹⁷¹, podrían, entre otros aspectos, quedar claramente definidos no solo los hechos controvertidos, sino también aquellos hechos no controvertidos o sobre los que exista conformidad entre las partes. De este modo, podría ahorrarse la práctica de muchos de los medios de prueba propuestos en los escritos de alegaciones, agilizando el proceso y haciéndolo, de nuevo, mucho más eficiente.

En definitiva, la calificación culpable del concurso merece ser ventilada a través de un cauce procesal que esté a la altura, que permita abordar la infinidad de problemas, materiales y procesales, que puedan suscitarse y que sea eficiente, ágil y respetuoso con el derecho de defensa.

¹⁷¹ Que, como explica ALONSO-CUEVILLAS, *Op. Cit.* incluye, a su vez, otras sub-funciones tales como la “*dialéctica, que tiene por objeto replicar en sentido estricto -es decir, contestar a la contestación, o, mejor aún, excepcionar a la excepción (vg. frente a la excepto de prescripción la contraexceptio de su interrupción)-, transformadora, consistente en la eventual modificación del objeto del proceso, esclarecedora o aclaratoria, que tiene por objeto aclarar las posibles oscuridades de los escritos de alegaciones, y concretizadora, que tiene por objeto definir claramente las posiciones en conflicto mediante la concreción del thema decidendi -es decir, la concreción de los aspectos fácticos y jurídicos verdaderamente relevantes a efectos de la decisión, separándolos de la frecuentemente abundante literatura irrelevante contenida en los escritos de alegaciones- y la concreción del thema probandi es decir, de entre los relevantes, los hechos controvertidos que deberán ser objeto de prueba*”.

VI. LOS REQUERIMIENTOS DOCUMENTALES REALIZADOS A TRAVÉS DEL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Habida cuenta de la prematura¹⁷² presentación del Informe de calificación de la administración concursal y de los problemas derivados de que dicho Informe sea considerado una demanda¹⁷³, en la práctica forense no es infrecuente que se practiquen requerimientos de aportación de documentos a través del citado Informe de la administración concursal.

Debemos pues plantearnos si es posible realizar requerimientos documentales en el Informe de calificación de la administración concursal y cuál debe ser el tratamiento procesal de la cuestión.

Para poder dar respuesta a esta pregunta, resulta necesario en primer lugar referirnos al contenido del Informe de la AC¹⁷⁴.

1. El contenido del Informe de calificación de la AC.

De conformidad con lo previsto en el artículo 448.1 TRLC, la AC deberá presentar:

“[...] un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución [...]”.

Sigue el mismo precepto, pero en su apartado 2º diciendo que:

“Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda, expresará la identidad de las personas a las que deba afectar

¹⁷² Vid. al respecto el capítulo III de este trabajo.

¹⁷³ Vid. al respecto el capítulo I de este trabajo.

¹⁷⁴ Y, por derivación, al Dictamen del Ministerio Fiscal.

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 y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la ley”.

Del mismo modo, el artículo 449.1 TRLC dispone que el Ministerio Fiscal deberá emitir un Dictamen:

“[...] con la misma estructura que la del informe de la administración concursal, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores, y las demás pretensiones que estime procedentes [...]”.

Asimismo, el artículo 455.1 TRLC, relativo a la sentencia de calificación, dispone que:

“La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación”.

La sentencia de calificación deberá además contener toda una serie de pronunciamientos¹⁷⁵. Pronunciamientos que, como veremos a continuación, será

¹⁷⁵ En concreto, conforme al apartado 2º del art. 455 TRLC, la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

“1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices.

[...]

2.º La inhabilitación de las personas naturales 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.

[...]

3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

necesario que, de forma previa, se hayan incluido en el Informe de calificación de la AC o en el Dictamen del Ministerio Fiscal.

Así las cosas, existirá pues una íntima conexión entre el contenido del Informe la AC (y el Dictamen del Ministerio Fiscal) y el contenido de la futura sentencia de calificación.

2. Delimitación del objeto litigioso en la sección de calificación según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este punto, resulta necesario acudir a la doctrina jurisprudencial que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado en relación con la conformación del objeto litigioso en la sección de calificación.

Dicha jurisprudencia se halla contenida, entre otras, en la Sentencia n.º 203/2016, de fecha 1 abril de 2016 (RJ\2016\1216).

Dicha resolución, en su Fundamento de Derecho Segundo, dispone lo siguiente:

*“La Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del ministerio fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda. **Deben contener una propuesta clara de resolución** (art. 169.1 LC), lo que permite relacionar estos escritos de alegaciones con la sentencia de calificación, pues ha de pedirse, en primer lugar, una calificación fortuita o culpable, **y, en este segundo caso, lo que pretenden que recoja la sentencia de calificación culpable del concurso**, conforme a los pronunciamiento previstos en el art. 172 (tras la Ley 38/2011 , también el art. 172 bis LC): personas afectadas por la calificación culpable y, en su caso, los*

4.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa.

5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

cómplices; tiempo de inhabilitación; pérdida de derechos en el concurso, obligación de restituir lo indebidamente percibido, indemnización de daños y perjuicios ocasionados por las conductas que motivan la calificación culpable, y la posible condena a los administradores (o liquidadores) para indemnizar el importe total o parcial de los créditos no satisfechos con la liquidación (actualmente, cobertura del déficit concursal).

Tanto el petitum como la causa petendi, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, **deben quedar claros en el informe y el dictamen que interesan la calificación culpable**, pues con arreglo a ello se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse.

Obviamente, estos «demandados» deberán contestar en función de la concreta calificación postulada y de las razones que la justificaban, de las que forman parte los hechos que las sustentan en la práctica, y no podrán ser juzgados por causas y hechos no alegados en el informe de la administración concursal o en el dictamen del ministerio fiscal. De tal forma que, a la vista del informe y el dictamen, con sus respectivos escritos de oposición se conforma el objeto litigioso, que, como ocurre en un juicio declarativo, impide que pueda ser juzgado algo distinto, a riesgo de incurrir en incongruencia la sentencia”.

Así las cosas, si el Informe de calificación de la administración concursal o, en su caso, el Dictamen del Ministerio Fiscal, propusieran que el concurso sea calificado culpable, deberán asimismo pronunciarse sobre lo que pretendan que, posteriormente, sea objeto de la sentencia de calificación.

3. Deficiencias procesales advertidas en propuestas de calificación culpable.

Si la administración concursal o, en su caso, el Ministerio Fiscal, no actúan de la forma descrita, no será posible que el juzgado, ni tampoco el tribunal de apelación, subsanen dicha falta de pronunciamientos del Informe o Dictamen, ya que ello daría lugar a incongruencia.

En este sentido, encontramos un claro ejemplo de aplicación de esta doctrina jurisprudencial en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 258/2020, de fecha 5 de junio de 2020.

Dicha resolución tuvo que resolver un supuesto en el que la administración concursal propuso la calificación del concurso como fortuito, pero el Ministerio Fiscal, en cambio, solicitó que el mismo fuera declarado culpable.

Sin embargo, desconociéndose el motivo, dicho mismo Ministerio Fiscal, pese a imputar hasta ocho conductas supuestamente constitutivas de causas de culpabilidad, no determinó qué concretas personas debían ser declaradas personas afectadas por la calificación, ni tampoco los concretos pronunciamientos que debía contener, en su caso, la sentencia de condena.

Ante ello, la Sala Primera del Tribunal Supremo resolvió que:

“De acuerdo con esta jurisprudencia¹⁷⁶, en el presente caso, la falta de una petición concreta de quién debía ser declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, no podía ser subsanada de oficio por el juez, ni por el de primera instancia -que no lo hizo-, ni por el tribunal de apelación.

*No es que el dictamen, en su "suplico" o "petición", se haya olvidado de interesar formalmente que se declarara persona afectada por la calificación a Darío; sino que, en realidad, **en el cuerpo del escrito tampoco se determina quién debería ser persona afectada por la calificación y en calidad de qué, esto es, su justificación. Nos hallamos ante un dictamen incompleto, que no cabía integrar o completar en apelación, bajo riesgo de incurrir en una alteración del objeto litigioso.***

De este modo, la Audiencia si bien podía pronunciarse sobre la concurrencia de las causas de calificación culpable, como hizo, no podía resolver sobre la persona afectada por la calificación ni sobre los consiguientes pronunciamientos de condena previstos en el art. 172.2.2º y 3º LC, sin incurrir en incongruencia”. [Fundamento de Derech Segundo].

¹⁷⁶ Se refiere, lógicamente, a la doctrina jurisprudencial del mismo Tribunal Supremo en materia de conformación del objeto litigioso en la sección de calificación que se contiene, entre otras, en la antes citada Sentencia n.º 203/2016, de fecha 1 abril de 2016 (RJ\2016\1216).

Encontramos otro ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 128/2015, de fecha 18 de marzo de 2015 (RJ\2015\2107).

En esta ocasión, el Informe de calificación de la AC se limitó a solicitar la calificación del concurso como culpable (sobre la base de diversas conductas) y a solicitar asimismo la determinación de unas concretas personas como personas afectadas por la calificación. Sin embargo, la AC no incluyó ningún otro pronunciamiento de los previstos en el artículo 455.2 TRLC. En concreto, no solicitó la inhabilitación de las personas afectadas.

El Tribunal Supremo resolvió que:

*“En este extremo debe estimarse, en parte, el motivo. **Cuando no se ha solicitado la inhabilitación** a que se refiere el art. 172.2.2º LC **por ninguna de las partes legitimadas** a quienes se les encomienda la formulación de las pretensiones en la sección de calificación (la administración concursal y el ministerio fiscal), en forma de propuesta de resolución (ex art. 169.1 LC), **el Juez, de acuerdo con el principio de justicia rogada**¹⁷⁷ (art. 216 LEC), **no puede condenar más allá del***

¹⁷⁷ En relación con el principio de justicia rogada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 LEC, “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

Asimismo, conforme se establece en el apartado VI de la Exposición de motivos de la LEC:

“La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una

mínimo legalmente establecido, es decir, dos años". [Fundamento de Derecho Cuarto].

Por último, nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 122/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (RJ\2014\2159). En ella se analiza un supuesto en el que, pese a que la AC y Ministerio Fiscal incluyeran diversas causas de culpabilidad en sus escritos (Informe y Dictamen), la sentencia de culpabilidad se limitó a calificar el concurso como culpable sin entrar a valorar la concurrencia, o no, de todas las causas puestas de manifiesto.

Al respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo estableció que:

*“La sentencia de primera instancia no abordó correctamente la expresión de las causas de que el concurso se calificara como culpable. **A la vista de la exigencia contenida en el art. 172.1 de la Ley Concursal, no es acertado que deje de valorar la concurrencia de causas determinantes del carácter culpable del concurso porque baste la concurrencia de una causa para que el concurso sea calificado como culpable**, ni que el fallo declare culpable el concurso «al concurrir al menos el supuesto del art. 165.1º LC » (énfasis añadido). Ha de considerarse que la pretensión formulada en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal no consiste solamente en que se declare culpable el concurso, sino en que se declare culpable por determinadas causas. **Dependiendo de que el concurso se declare culpable por unas u otras causas, las personas afectadas por la calificación y los cómplices pueden variar, y también pueden ser diferentes las consecuencias de la calificación del concurso como culpable** (duración de la inhabilitación, alcance de las condenas a la pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa, a la devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a la cobertura del déficit concursal) y afectar a distintas personas. Como explicaremos, tal cuestión tiene*

respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado”.

trascendencia a efectos de la apelación de la sentencia". [Fundamento de Derecho Quinto].

Pese a que la sentencia de primera instancia actuó de la forma antes relatada, ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal recurrieron la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre el resto de causas de calificación del concurso como culpable introducidas en sus respectivos informe y dictamen.

Así las cosas, el Informe de calificación de la AC y, en su caso, el Dictamen del Ministerio Fiscal, deberán contener una propuesta de resolución que se refiera a todos y cada uno de los pronunciamientos que pueda llegar a tener la Sentencia¹⁷⁸ de calificación.

También encontramos ejemplos de deficiencias procesales advertidas en propuestas de calificación culpable entre la jurisprudencia menor.

Durante los últimos años, la jurisprudencia menor¹⁷⁹ también ha venido dando respuesta a las deficiencias advertidas en los Informes y Dictamen de AC y

¹⁷⁸ Hoy regulada en el art. 455 TRLC.

¹⁷⁹ Así, a título de ejemplo:

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Sentencia n.º 171/2011, de 20 mayo (JUR\2011\248081):

*"Ninguna acogida merecen tales tesis, **ante la claridad del tenor literal del artículo 169.1 de la Ley Concursal, en el que se señala como parte del contenido del informe de la administración concursal (imprescindible para la sustanciación de la sección de calificación) la formulación de "propuesta de resolución", que ha de entenderse referida a todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de calificación previstos en el artículo 172 de la Ley Concursal.** La postura de la apelante supone, además, desconocer el rol de la administración concursal como representante de los intereses generales del concurso. Desde otra perspectiva, dicho planteamiento contraría el criterio sustentado reiteradamente por esta Sala de que el artículo 172.3 de la Ley Concursal consagra un régimen agravado de responsabilidad civil en relación con supuestos de conductas empresariales reprochables asociadas a concursos con un grave déficit patrimonial que impiden incluso la suscripción de un convenio gravoso, régimen con el que se persigue no solo la tutela de los intereses de los acreedores, sino también, indirectamente, la de los intereses generales por medio de la introducción de unas mínimas pautas éticas*

Ministerio Fiscal, en la línea de lo que finalmente ha establecido como doctrina el Tribunal Supremo.

en el tráfico económico y la función de prevención general que dicho régimen cualificado de responsabilidad implica. Finalmente, desde una óptica estrictamente procesal, debemos resaltar la intrascendencia del alegato, toda vez que la resolución impugnada no acoge en su fallo la pretensión que nos ocupa". [Fundamento de Derecho Segundo].

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia n.º 172/2012, de 3 abril (JUR\2012\166365):

*"En la proyección de esta doctrina sobre los hechos del caso, la Sala aprecia una **evidente alteración entre las circunstancias de hecho que fundamentaron la demanda de calificación por parte de la administradora concursal** y la que ahora se traen a conocimiento en trámite de recurso. En otros términos: **se aprovecha esta alzada para subsanar la falta de concreción que apreció la sentencia en la imputación de falta de colaboración por el deudor**, lo que claramente supone una vulneración de la norma del art. 456.2 de la ley procesal, de modo que se impide su apreciación en vía de recurso devolutivo.*

Los únicos hechos que pueden fundamentar la apelación son los que se alegaron en primera instancia, a salvo de la posibilidad excepcional de introducción de hechos nuevos, cuestión que no está ahora en juego. Allí la omisión del deber de colaboración se concretaba en lo que se calificaba de "cierta resistencia" del deudor a la entrega de documentación contable; se aludía a diversas comunicaciones en las que se requirió al deudor de aportación de información contable más detallada, así como a genéricas peticiones de información "en cada solicitud de autorización para la compra de materiales y una previsión de gasto o beneficio que se podía obtener; se aludía también, sin ninguna concreción, a una "conducta evasiva" de D. Isidro ; se continúa con la denuncia de la falta de información sobre embargos (a lo que no se alude en el recurso) y al retraso de presentación de liquidaciones tributarias, pero nada se aludía respecto de concretos requerimientos de información, frente a lo alegado por el deudor y acogido por la sentencia. Se desestima el motivo". [Fundamento de Derecho Cuarto].

Juzgado Mercantil n.º 5 de Madrid, Sentencia n.º 116/2006, de 5 diciembre (JUR\2007\368551):

"De igual forma, dicho precepto impone la condena a las personas afectadas por la calificación a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, pero dicho pronunciamiento exige que se hayan determinado en el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de esa condena, esto es, que la persona afectada por la calificación ha obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa bienes o derechos y la identificación de los mismos, lo que no consta en los referidos informe y dictamen". [Fundamento de Derecho Séptimo].

En definitiva, por imperativo legal¹⁸⁰, el contenido del Informe de la AC¹⁸¹ debe ser muy riguroso. En efecto, no solo deberá contener una concreta propuesta de calificación, que podrá ser fortuita¹⁸² o culpable, sino que, si la propuesta es de culpabilidad, deberá asimismo posicionarse sobre todos aquellos pronunciamientos que, después, deberá contener la sentencia de calificación.

4. Los documentos del Informe de la administración concursal.

Asimismo, dicho Informe de la AC no solo deberá ser “razonado”, sino también “documentado”¹⁸³.

Al respecto, resulta conveniente recordar que, ya hace más de 10 años que el Tribunal Supremo aclaró un aspecto que, aún hoy, muchos administradores concursales desconocen.

Se trata de la no necesidad de que el Informe de la administración concursal acompañe físicamente todos aquellos documentos en los que funde su propuesta de resolución, siempre que los mismos obren en otras secciones del concurso y se realice la oportuna remisión.

Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 227/2010, de fecha 22 de abril de 2010, (RJ\2010\3545) estableció que:

¹⁸⁰ Art. 448 TRLC (relativo al Informe de la AC), en relación con el 455 del mismo cuerpo legal (relativo a la sentencia de calificación).

¹⁸¹ Y también, en consonancia, el Dictamen del Ministerio Fiscal.

¹⁸² Entendemos que, en relación con un concurso fortuito, será suficiente con que la administración concursal, en su Informe de calificación, determine que no concurre ninguna de las causas de culpabilidad legalmente previstas.

¹⁸³ Tenor literal del art. 448.1 TRLC.

*“El art. 169 de la Ley Concursal dispone en relación con el informe de la administración concursal que habrá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso. La disposición legal debe entenderse en el sentido de que **se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso**, respecto de los que **no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión**. Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa”. [Fundamento de Derecho Tercero].*

Hasta ese momento¹⁸⁴, muchos administradores concursales aportaban a su Informe de calificación inmensos bloques documentales, consistentes, por ejemplo, en el listado de acreedores o inventario que, según la complejidad del procedimiento, podían contener miles de folios.

Por ende, el Informe de la AC deberá acompañar, o remitirse¹⁸⁵, a todos aquellos documentos que, por su contenido, sean relevantes para la calificación del concurso y para sostener la propuesta de culpabilidad que se realice.

¹⁸⁴ Y aún hoy, por desconocimiento e ignorancia de algunos administradores concursales.

¹⁸⁵ Nótese empero lo ineficiente que resultará si, el incidente de calificación culpable se eleva a la Audiencia Provincial o al Tribunal Supremo, donde no tendrán acceso a los documentos “remitidos” que se hallen en otras secciones. Será pues oportuno, en los correspondientes recursos ordinarios y extraordinarios llevar a cabo el oportuno testimonio de particulares, indicando expresamente qué concretos documentos deberán ser elevados.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta lo prematura que puede llegar a ser la apertura de la sección sexta¹⁸⁶, se nos plantea la cuestión que ha dado inicio a este capítulo: ¿es posible realizar requerimientos documentales en el Informe de calificación de la AC?

5. Inclusión de requerimientos documentales en el Informe de calificación de la administración concursal.

Según SERRA DOMINGUEZ¹⁸⁷, la prueba documental constituye, en los momentos actuales, al menos en el ámbito civil “*el más importante de los medios de prueba*”.

Es por ello que, también en sede de calificación culpable del concurso, la prueba documental será normalmente la que más importancia tenga a los efectos de acreditar la concurrencia de las causas de culpabilidad legamente previstas.

Como hemos visto antes, el Informe de calificación de la administración concursal no sólo deberá ser un informe razonado, sino también documentado, es decir, que incorpore todos aquellos documentos necesarios para sostener sus pretensiones.

En este sentido, debemos recordar¹⁸⁸ que, actualmente, tanto por aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, como por aplicación del propio

¹⁸⁶ Nuevamente, nos remitimos al Capítulo III, relativo a la prematura sección sexta del concurso de acreedores.

¹⁸⁷ en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”; Vol. I; 1a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 2000, pág. 229.

¹⁸⁸ Nos remitimos, al efecto, a todo lo desarrollado en el capítulo I, relativo a la naturaleza jurídica del Informe de calificación de la AC.

TRLC¹⁸⁹, el Informe de calificación de la administración concursal será considerado y tendrá la estructura propia de una demanda.

Siendo así, tanto por mandato del TRLC, como por la aplicación supletoria de la LEC¹⁹⁰, dicho Informe deberá acompañar, ex artículo 265.1.1º LEC, todos *“los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden”*.

Ello obviamente, con las excepciones expresamente previstas en los artículos 270 y 271 LEC¹⁹¹.

¹⁸⁹ En concreto, del art. 448.2 TRLC que, recordemos, dispone que *“si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda”*.

¹⁹⁰ Así, conforme al artículo 521 LEC, *“en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”*.

¹⁹¹ Que, recordemos, disponen que (art. 270 LEC) *“el tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes:*

1.º Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2.º Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3.º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4.º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley”.

Y que (art. 271 LEC): *“no se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario.*

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

En lo que ahora nos interesa, cobrará especial relevancia la excepción contenida en el artículo 270.1.3º LEC, consistente en encontrarnos ante documentos que no ha sido posible obtener con anterioridad “*por causas que no sean imputables a la parte*”.

Debemos recordar que nos hallamos inmersos en un procedimiento concursal y, más concretamente, en una sección sexta de calificación del concurso, donde pretenden depurarse responsabilidades. Con ello, es muy habitual encontrarnos ante concursadas o, mejor dicho, órganos de administración, poco colaborativos y que, pese a los requerimientos documentales e informativos realizados por la administración concursal, se niegan a colaborar en una clara táctica evasiva y obstaculizadora.

En efecto, en sede concursal cobra muchas veces sentido el viejo aforismo “*nemo tenetur edere contra se*”, que podríamos traducir como que “*nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra*” y que algunos autores aislados¹⁹² predicaban del proceso civil en general.

Si unimos esa posible falta de colaboración a la prematura apertura de la sección sexta y a que es posible que la administración concursal no haya podido aún recibir (o incluso requerir) todos los documentos necesarios para confeccionar su Informe de calificación, nos encontraremos con que es muy posible que

Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia.

El Tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia”.

¹⁹² DE LA OLIVA SANTOS, A. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal civil*, Barcelona, 1988, II, p. 323

muchos de dichos documentos entren de lleno en la previsión del antes citado artículo 270.1.3º LEC.

Así las cosas, en el proceso civil en general y, ahora, en la sección de calificación del concurso de acreedores en particular, cobra especial relevancia la posibilidad de requerimiento documental prevista en el artículo 328.1 LEC. Este precepto, recordemos, dispone que *“cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba”*.

Si dicho requerimiento, una vez judicialmente acordado, no fuera atendido por causa injustificada, el artículo 329 LEC dispone que *“el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado”* o requerir *“mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas”*.

En definitiva, entendemos plenamente viable la inclusión de requerimientos documentales en el Informe de calificación de la administración concursal, siempre y cuando no se disponga de los mismos por causa no imputable a la administración concursal, y se justifique haber intentado obtenerlos.

Y ello, no sólo porque sean la concursada y sus órganos de administración los que tienen el control funcional de la información y documentación del concurso y, en ocasiones, algunos de dichos requerimientos se dirigirán contra personas diferentes del órgano de administración de la concursada (como, por ejemplo, administradores de hecho o cómplices), que no tienen ninguna obligación formal de atender requerimientos de la administración concursal.

Sino también por argumentos procesales, ya que, debiendo ser considerado el Informe de la administración concursal como una verdadera demanda, debe poder al efecto acudir a la totalidad de trámites procesales que la LEC facilita.

No permitir a la administración concursal realizar requerimientos documentales en su Informe de calificación, siempre y cuando se acredite que los mismos obedecen a no disponer de dichos documentos por causa justificada¹⁹³, podría suponer una evidente vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba¹⁹⁴.

¹⁹³ Bastaría al efecto acreditar que la AC requirió dicha documentación a la concursada o a sus órganos de administración, siendo dicho requerimiento desatendido.

¹⁹⁴ La jurisprudencia es clara acerca de que la falta de motivación en la inadmisión de pruebas supone la consiguiente vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Así se manifiesta por ejemplo, en la STC 94/2007, de 7 de mayo:

“b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.1 CE (RCL 1978, 2836).

.... Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental”.

La obligación de motivar la inadmisión de las pruebas se pone de relieve, entre otras, en la Sentencia 187/1996 de 25 de noviembre del Tribunal Constitucional, que, en este sentido, expresa lo siguiente:

*“Por Auto de 17 de enero de 1994, la Sala en un único fundamento decidió «No ha lugar a la práctica de las pruebas solicitadas, por resultar totalmente innecesarias dado el contenido de la litis». **Desde luego, y al margen de la parca motivación ofrecida por el órgano judicial, poco deseable especialmente en este tipo de procesos, por lo señalado en el fundamento segundo, el relato fáctico en que se basa el auto impugnado pone de relieve que la causa del rechazo del ejercicio de este derecho fundamental no está justificada de forma razonable.** El fundamento de la negativa supone en realidad, y como afirma el Ministerio Fiscal, una carencia de fundamento, puesto que la prueba solicitada no sólo era útil sino que resultaba necesaria para conocer con certeza la salud de la abuela y estaba en conexión directa con el objeto del proceso. **La inadmisión de esta prueba resulta, pues, injustificada, porque sí, como ha sucedido dados los términos del auto impugnado, no se estimaba suficientemente probado ese extremo por los certificados médicos aportados** por el recurrente y obrantes en autos, el informe médico-forense hubiera podido aclarar -como se pretendía- la evolución favorable de la salud de la abuela. De esta forma, se complementarían en uno u otro sentido el contenido de dichos certificados médicos a los que ni siquiera alude la resolución impugnada”.*

Además, en la citada sentencia se pone de relieve la ilegitimidad de resolver un litigio atendiendo únicamente a las pruebas de una de las partes, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva, y así:

“La vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE, no sólo se ha producido como consecuencia de lo ya expuesto en orden a las pruebas, sino que, además, como denuncia el recurrente y pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, se produce de una manera autónoma. El litigio se ha resuelto atendiendo exclusivamente a las pruebas e informes de una de las partes, la DGAI y de las entidades públicas, y se ha prescindido totalmente de las pruebas aportadas por la otra parte, a quien, además, se le han inadmitido las propuestas por él a pesar de que, como se deduce de la propia fundamentación de la resolución impugnada, resultaban de importancia para decidir la controversia”.

VII. COSA JUZGADA Y CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO. INTERACCIONES DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN LA SECCIÓN SEXTA

En el seno del concurso pueden eventualmente tramitarse acciones de reintegración cuyos presupuestos fácticos y jurídicos son en ocasiones relevantes a efectos de la eventual calificación culpable del concurso.

Procede por ende plantearse las interacciones entre dichas acciones de reintegración y la sección de calificación desde la óptica de la cosa juzgada. Concretamente, en su aspecto positivo o de *res iudicata pro veritate habetur*¹⁹⁵, emanado de una sentencia firme de reintegración.

Para abordar correctamente la cuestión, será necesario aportar unas breves notas básicas sobre el instituto procesal de la cosa juzgada, utilizando para ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como la más reciente doctrina académica.

Asimismo, será también necesario realizar una breve conceptualización de la acción de reintegración concursal. Será un análisis muy superficial, ya que su estudio de fondo escaparía lógicamente de los objetivos de este trabajo, existiendo, además, como veremos, multitud de completos y muy sobresalientes estudios sobre la materia.

Una vez introducidos los conceptos protagonistas de este capítulo (cosa juzgada y acción de reintegración), veremos qué concretos efectos despliega la cosa juzgada de las resoluciones de reintegración en materia de calificación culpable del concurso.

¹⁹⁵ Que podría traducirse como “la cosa juzgada se tiene por verdad”.

1. Instituto procesal de la cosa juzgada en relación con el concurso de acreedores. Cuestiones generales.

La institución procesal de la cosa juzgada material, pieza fundamental en nuestro sistema procesal español, puede definirse, atendiendo a lo previsto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹⁶, como el efecto que producen aquellas resoluciones judiciales firmes, estimatorias o desestimatorias, que, como primer efecto, excluirá que se abra un nuevo ulterior proceso sobre el mismo objeto.

1.1. Cosa juzgada en la Doctrina procesal española.

Idéntica opinión es asimismo reiterada de forma unánime por la doctrina procesal española.

¹⁹⁶Artículo 222.1 LEC. *“Cosa juzgada material. “La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.*

Limitándonos ahora a la doctrina contemporánea¹⁹⁷, RAMOS MÉNDEZ, F conceptualizó la cosa juzgada diciendo que con ella se alude a la irrevocabilidad de una resolución judicial y a su inmutabilidad, dentro y fuera del proceso¹⁹⁸.

Así, por ejemplo, en el Manual de DE LA OLIVA SANTOS A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, se define la cosa juzgada como el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ya ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Aunque, a título meramente anecdótico, merece la pena recordar que, como nos explicaba NIEVA FENOLL J. (2006), en *La cosa Juzgada, Atelier, Barcelona, 2006*, págs. 26, 27 y 91, la institución procesal de la cosa juzgada existe, como mínimo, desde hace más de 3.700 años y, en concreto, desde las leyes de Hammurabi. Así, como indica el autor *“al margen de las famosas normas que han pasado a formar parte incluso de la cultura general (como las leyes de aplicación del talión), existe un precepto, el VI, § 5 de las leyes de Hammurabi, que ha pasado muy desapercibido, y que sin embargo merece la máxima atención:*

«Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso».

Desde luego, cualquier procesalista que lea éste texto se preguntará cómo es posible que 3.700 años atrás estuviera ya instituida, de manera arcaica lógicamente, la institución que hoy conocemos como «cosa juzgada formal», es decir, la invariabilidad de las resoluciones judiciales por parte del Juez una vez que las ha dictado (art. 207.3 LEC). Y sin embargo, así se desprende de la lectura de este texto [...]».

¹⁹⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., en *Derecho y proceso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979, págs. 221-222: *“Bajo la denominación de “cosa juzgada” se alude a la irrevocabilidad de la resolución judicial, a su inmutabilidad, ya sea dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal), ya sea en relación a uno futuro (cosa juzgada material. Bajo el primer aspecto se quiere designar el momento a partir del cual la resolución judicial deviene firme. Supone por lo tanto la preclusión de toda ulterior actividad procesal en el mismo proceso. Bajo el segundo aspecto, se adopta la perspectiva de la significación de la cosa juzgada en la perpetuación de sus efectos en el ordenamiento jurídico. Supone por lo tanto una toma de posición en torno al problema del derecho y del proceso. La premisa dualista se manifiesta en las dos posturas distintas que tradicionalmente contestan al tema planteado”.*

¹⁹⁹ Manual de DE LA OLIVA SANTOS A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 485-486: *“De la cosa juzgada puede hablarse al menos en dos sentidos. Según el primero, cosa juzgada sería el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos*

Asimismo, el propio Díez-Picazo en el artículo «Cláusulas suelo y cosa juzgada»²⁰⁰, *El Confidencial*, 30 de enero de 2017, afirma que “la cosa juzgada es una exigencia de certeza para que los litigios tengan un final. Para entender su razón de ser basta con imaginar que no existiera y que cualquier controversia pudiera ser siempre replanteada”.

En el mismo sentido se expresa asimismo Montero Aroca, J., Ortelles Ramos, M., Gómez Colomer J-L., Montón Redondo, A., diciendo que la cosa juzgada supone la vinculación, en otro proceso, al contenido de lo decidido en la sentencia²⁰¹.

Y también Armenta, T., que entiende que la cosa juzgada es una institución básica en el derecho procesal y responde a la necesidad básica de tener seguridad jurídica.²⁰²

o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso. Así, se dice que “ya hay cosa juzgada” o “eso es cosa juzgada”. Es el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable. En el segundo sentido aludido. “cosa juzgada” es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y, si se quiere adelantar más, el principal efecto de la principal resolución procesal que es la sentencia definitiva sobre el objeto de un proceso (sobre el fondo, suele decirse también) o, lo que es igual, el principal efecto del proceso entero: la “meta del proceso”, en expresión de J. Goldschmidt”.

²⁰⁰ (Disponible en: http://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda_1323358/).

²⁰¹ Montero Aroca, J., Ortelles Ramos, M., Gómez Colomer J-L., Montón Redondo, A. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 365: “La cosa juzgada material, la verdadera cosa juzgada, no la producen todas las resoluciones jurisdiccionales, sino, en principio, únicamente las sentencias sobre el fondo. La cosa juzgada parte de la irrevocabilidad que ostenta la decisión contenida en la sentencia y supone la vinculación, en otro proceso, al contenido de lo decidido en la sentencia, es decir, a la declaración de la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido. Los efectos de la cosa juzgada, pues, no tienen carácter interno, sino externo; no se reflejan en el proceso en que se produce la cosa juzgada, sino en otro posterior”.

²⁰² Armenta, T. *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Procedimiento Concursal. Arbitraje y Mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 281: “La cosa juzgada es una institución

O GARBERÍ LLOBREGAT, J., que escribió que la cosa juzgada impide que en el futuro pueda volver a ser enjuiciada y resuelta de nuevo la misma controversia o puedan apartarse de la misma otros tribunales, las propias partes y, en ocasiones, terceras personas²⁰³.

Asimismo, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, RODRÍGUEZ TIRADO, A., SEOANE SPEGELBERG, J. L., se referían también a esa inmutabilidad de las resoluciones²⁰⁴.

básica para el Derecho procesal que responde a una elemental necesidad de seguridad jurídica, en una doble vertiente:

- a) *Para evitar que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y/o que vuelva a entablarse sobre algo ya resuelto judicialmente, y,*
- b) *Para impedir que se produzcan sentencias contradictorias, reiterativas o de imposible ejecución”.*

²⁰³ (Dir.) *Los procesos civiles*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 592-593: “Con el concepto de cosa juzgada material, en cambio, ya no se quiere hacer referencia a esa sola situación, hic ex nunc, que se deriva del simple hecho de no poderse ejercitar ningún otro recurso frente a una resolución judicial, sino a aquel otro conjunto de efectos que trascienden del momento de su emisión por parte del órgano judicial para proyectarse hacia el futuro.

*En efecto, bajo el instituto de la cosa juzgada material se vienen a denotar los efectos que se originan del hecho de haber quedado resuelta una cuestión litigiosa por parte de los órganos judiciales, a través de una decisión (que no sólo puede ser una sentencia, como erróneamente dice el art. 222 LEC, sino también un auto de fondo) **inimpugnable** de la que surten todos los efectos de cosa juzgada formal (que, como se ve, opera como presupuesto de la cosa juzgada material –vgr, SSTS 1.ª 21.3.96, 21.7.98–), impidiendo que en el futuro pueda volver a ser enjuiciada y resuelta de nuevo la misma controversia por los Juzgados y Tribunales (art. 222.1 LEC), o puedan desvincularse de lo así resuelto otros órganos jurisdiccionales, las propias partes procesales o, algunos casos, también las terceras personas (art. 224 LEC)”.*

²⁰⁴ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, RODRÍGUEZ TIRADO, A., SEOANE SPEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Andavira Editora, A Coruña, 2012, pág. 387: “Por cosa juzgada pudiera entenderse aquella institución jurídico procesal, consistente en la vinculación de los órganos jurisdiccionales y de las partes del proceso por razones de seguridad jurídica, a determinadas resoluciones judiciales firmes, traduciéndose dicha vinculación en la inmutabilidad de esas resoluciones en el mismo proceso en que se han dictado y también en otro proceso ulterior, así como en tomar, como punto de partida indiscutible, lo dispuesto en la resolución cuando, en un proceso ulterior, se plantea un objeto procesal conexo (LOURDO RICO)”.

En el mismo sentido, se pronunciaba ORTELLS M.²⁰⁵, o ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., que dijo que sin los efectos de la cosa juzgada, la tutela judicial no sería efectiva, sino precaria e inoperante²⁰⁶.

También, NIEVA FENOLL J. que se preguntaba de qué serviría tener una sentencia a favor, si fuera preciso tener que estar toda la vida defendiéndola ante los tribunales²⁰⁷.

Y el mismo NIEVA FENOLL, J., afirmó que sin cosa juzgada no podría obtenerse la paz social²⁰⁸.

²⁰⁵ ORTELLS M. y otros (2007), en *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 564:

“La seguridad jurídica es uno de los valores garantizados por la Constitución (art. 9.3 CE). Esto debe conducir a que cuando las relaciones jurídicas se convierten en litigiosas, en algún momento la decisión sobre ellas ha de ser inmutable”.

²⁰⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., en *Introducción al derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 134., dijo que: *“Las resoluciones firmes producen la denominada autoridad de la cosa juzgada, que constituye una vinculación o autoridad consistente en que lo juzgado vincula a todos los poderes públicos (Tribunales o de cualquier otra clase), de una parte, a no modificar ni alterar lo allí dispuesto y a actuar con pleno acatamiento a lo que el Tribunal ha resuelto (la denominada función positiva o prejudicial de la cosa juzgada). Esta vinculación, positiva o negativa, forma parte también, según el TC, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (véase SSTC 23/1994 y 245/1991). De lo contrario, es decir, si los poderes públicos pudieran actuar contra la tutela judicial concedida mediante una resolución firme, aquella tutela ya no sería efectiva, sino precaria e inoperante.”*

²⁰⁷ NIEVA FENOLL J. (2006), en *La cosa Juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 82 y págs. 119-120.: *“Pues bien, imaginemos qué ocurriría si los jueces, interpretando el ordenamiento jurídico dentro de los márgenes de su independencia, pudieran ir anulando juicios anteriores de sus compañeros, o de ellos mismos, incluso con cierta facilidad. Se rompería la coherencia de los juicios. Nadie sabría a qué atenerse, y finalmente, dejaría de existir el aparato de la justicia, puesto que nadie acudiría a él para resolver sus problemas. Me pregunto de qué le sirve a alguien obtener una sentencia a su favor, si deberá estar toda la vida defendiendo ese derecho concedido en la sentencia, ante nuevas sentencias que intenten anular lo declarado”.*

²⁰⁸ NIEVA FENOLL, J., en *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 89: *“Si pudiera volverse sobre situaciones ya juzgadas al cabo del tiempo, es posible que situaciones litigiosas que ya debieron resolverse siglos atrás no alcanzaran jamás una solución definitiva, lo que haría que las generaciones posteriores heredaran problemas de las anteriores, lo que no resulta aceptable bajo ningún punto de vista, porque se*

Y, por último, cabe citar asimismo el trabajo de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.²⁰⁹ en el que concluye lo siguiente:

“Sin embargo, una conclusión sí parece pacífica: entre los eventuales efectos de la cosa juzgada destaca el de impedir la apertura eficaz de un nuevo proceso sobre la misma cuestión. Dicho efecto, denominado negativo, pretende evitar que sobre un mismo objeto puedan recaer dos resoluciones jurisdiccionales distintas –y eventualmente contradictorias–”

Queda pues sentada como primera premisa general la *santidad* de la cosa juzgada que, otorgando primacía al valor seguridad jurídica, impide el nuevo planteamiento de una cuestión ya resuelta (*non bis in ídem*). Así como un segundo efecto, denominado efecto positivo o prejudicial, consistente en que lo declarado mediante resolución firme constituye verdad jurídica de forma definitiva o irrevocable, efecto este tradicionalmente identificado mediante el brocardo *“res iudicata pro veritate habetur”*.

Como acertadamente observó el Prof. GUASP DELGADO, lo que subyace en definitiva es un posible conflicto entre la seguridad jurídica y el intangible valor justicia²¹⁰.

generaría una litigiosidad que deberían resolver los tribunales del presente, que no es que anden precisamente descargados de asuntos pendientes. Por no pensar ya en las rencillas que desde el punto de vista sociológico podrían arrastrarse a lo largo del tiempo, lo que frustraría precisamente una de las finalidades principales de la cosa juzgada: la paz social”.

²⁰⁹ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pág. 257.

²¹⁰ En efecto, como afirmaba GUASP, J., en «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1948, págs. 438-439:

“Se ve claro, entre los dos criterios valorativos que inspiran a las normas procesales (como a cualesquiera otras normas jurídicas), cuál es aquel a que obedece primordialmente la institución de la cosa juzgada. El valor justicia permanece indiferente a esta figura; incluso muchas veces le es hostil, porque al valor justicia puro repugna, sin duda, que una decisión judicial permanezca inmutable aunque se patentice su discrepancia con el orden jurídico substancial. En cambio el valor seguridad postula la existencia de la cosa juzgada, por cuanto sin ella las situaciones jurídicas materiales nunca quedarían aclaradas y sí en trance de perpetua revisión. Así, pues, es lógico

Por tanto, la regulación de la cosa juzgada alzaprima la seguridad jurídica a otros valores jurídicos.

Dicha supremacía de la seguridad jurídica halla asimismo reflejo positivo en la previsión contenida en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

Nótese bien; incluso en el caso de que una norma jurídica resulte ya no derogada, sino invalidada por inconstitucionalidad, por expreso mandato legal debe respetarse la cosa juzgada de las sentencias dictadas en aplicación de la norma luego declarada inconstitucional.

Tal es la fuerza de la cosa juzgada, que nuestro ordenamiento jurídico solo permite dejarla sin efecto a través del uso de excepcionales mecanismos rescisorios, como son el proceso de revisión, o el recurso de amparo constitucional. Se trata, en ambos casos, de combatir la cosa juzgada obtenida de forma injusta, mediante la rescisión de sus efectos. Debe empero destacarse el carácter excepcional de esos mecanismos rescisorios.

afirmar que la cosa juzgada es una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común.”

1.2. Cosa juzgada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En idéntica línea lo ha declarado el Tribunal Supremo²¹¹, al establecer que la cosa juzgada es una institución, eminentemente procesal, que tiene por objetivo impedir la repetición de pleitos, a través del llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, *non bis in idem*, que no permite que una contienda judicial, ya resuelta por sentencia firme de la cuestión planteada, pueda volver a plantearse. Siendo asimismo predicable el efecto positivo, o de *res iudicata pro veritate habetur*, que hará que aquello ya juzgado se deba tener por verdad en futuros procesos.

²¹¹ Así, vg., en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 360/2012, de fecha 13 junio de 2012 (RJ\2012\8187), se estableció lo siguiente:

“2.1. La cosa Juzgada.

34. Históricamente se ha sustentado en la presunción de que **lo juzgado debía ser tenida por verdad** -" *quia res iudicata pro veritate accipitur*" (porque la cosa juzgada se tiene por verdad) - y en la ficción de que **las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido** - "*sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*". (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)-. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En la Exposición de Motivos se afirma que esta Ley (...) entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos", y, en el artículo 222.3, que atribuye a las sentencias producen **el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material -"non bis in idem"- que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse** cuando concurren las clásicas *eadem personae, eadem res, eadem causa*, (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa) -, lo que exige- como afirma la sentencia. 159/2011 de 10 de marzo (RJ 2011, 2762) - "un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición, y requiriéndose, para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza real". [Fundamento de Derecho Segundo].

1.3. Cosa juzgada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Esta concepción de la cosa juzgada es la que ha imperado tradicionalmente, habiéndose pronunciado al respecto en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional²¹².

²¹² En efecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto. Así, la **Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 77/1983, de fecha 3 de octubre**, dispone que:

“La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”.

Asimismo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 119/1988, de fecha 20 de junio**, dice que:

“También ha sostenido este Tribunal que presupuesto para el ejercicio de tal derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado es el principio de la intangibilidad de las sentencias que «entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24.1 de la Constitución consagra», de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribiera que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes queden sin efecto (STC 15/1986, de 31 de enero). Los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal de los arts. 9.3 y 117.3 de la Constitución impiden, como ha dicho la STC 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984\67), «que los Jueces y Tribunales, al margen de los casos previstos por la Ley, puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable»”.

Y citando a la anterior, la **Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 12/1989, de fecha 25 de enero**, que dispuso que:

*“Para el análisis de esta imputación ha de partirse de que, en efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye no sólo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto «a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada (“material”, según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso» (STC 159/1987) (RTC 1987\159). **El art. 24 de la Constitución reconoce implícitamente el derecho a que las resoluciones firmes se cumplan, e impide su revisión o modificación fuera de los cauces expresamente previstos en el ordenamiento** (STC 119/1988)”.*

Asimismo, como muy acertadamente estableció la **Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 242/1992, de fecha 21 de diciembre**:

“la tutela judicial de los derechos carecería de efectividad si se permitiera, más allá de los supuestos excepcionales previstos por la ley, abrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme [SSTC 77/1983 (RTC 1983\77), 67/1984 (RTC

2. La acción de reintegración. Cuestiones generales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 TRLC:

“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”.

Por tanto, podemos definir la acción de reintegración o rescisoria concursal como *“una acción que puede ser ejercitada para reintegrar a la masa activa del concurso los bienes o derechos que se consideran indebidamente salidos del patrimonio del deudor durante un plazo de tiempo legalmente determinado”*²¹³.

Asimismo, el Tribunal Supremo tiene establecido que:

“Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum”. [Fundamento de Derecho Sexto]²¹⁴.

Por tanto, todo aquel acto realizado por el deudor durante los dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso que haya implicado la salida de bienes o derechos de la masa activa, perjudicándola, será rescindible.

1984\67) y 189/1990 (RTC 1990\189)]; ya que en otro caso se lesionaría la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en proceso anterior entre las mismas partes”.

²¹³ Definición extraída de Huelmo Regueiro, J. (2016). La acción rescisoria concursal. J.M. BOSCH EDITOR, pág. 29.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo n.º 100/2014, de 30 abril (RJ\2014\2907).

Así, será esencial que concorra el requisito objetivo de perjuicio para la masa activa. No será empero necesario que concorra el requisito del fraude (malicia) para la estimación de la acción. Fraude que, recordemos, sí se requiere para la concurrencia de la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.2º TRLC²¹⁵.

En este sentido, resulta muy ilustradora la Sentencia n.º 264/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 de abril de 2018 (JUR\2018\115369; ECLI:ES:APB:2018:2843), en la que, sintetizando el criterio de dicha Sala²¹⁶ sobre los requisitos y alcance de la presunción contenida en el artículo 164.2.5º LC (hoy art. 443.2º TRLC) y concordando además dicho criterio con el del Tribunal Supremo, estableció que para que:

*“[para que] se cumpla este supuesto de hecho [el del art. 164.2.5º LC, hoy 443.2º TRLC], **no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal**, al amparo del art. 71 LC, pues para ello **sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa**, sino que **es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude**. Este plus en relación con la acción rescisoria concursal, que expresamente excluye la concurrencia del fraude, **supone una exigencia de malicia**, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso”. [Fundamento Jurídico Tercero].*

En esa misma línea, el Tribunal Supremo n.º 174/2014, de fecha 27 marzo de 2014 (RJ\2014\2147), estableció que:

“2.- El carácter fraudulento que exige este precepto 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 tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley

²¹⁵ Que, recordemos, se dará cuando “cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.

²¹⁶ En concreto, el contenido en otras resoluciones como las sentencias de 16 de junio de 2011, 30 de marzo de 2013 (Rollo 297/2012) y 25 de febrero de 2016 (Rollo 614/2015). Y criterio asimismo contenido en la más reciente Sentencia n.º 598/2018 de la Audiencia Provincial, de fecha 21 de septiembre de 2019 (ROJ: SAP B 83/59/2018).

Concursal . El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

3.- *La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, 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** (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo , y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan).*

4.- *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". [Fundamento de Derecho Tercero].*

En definitiva, la acción de reintegración precisará de la concurrencia de daño a la masa activa para prosperar, pero no así de fraude en el acto llevado a cabo, quedando reservado el mismo al estadio de las causas de calificación del concurso como culpable.

Ello no obstante, en sede de reintegración también será posible que el tribunal aprecie la concurrencia de mala fe. Pese a que la apreciación de que concurre mala fe, o ánimo fraudulento²¹⁷, no será un requisito imprescindible para que pueda estimarse la acción de reintegración, sí traerá consigo una serie de consecuencias.

En concreto, y conforme dispone el artículo 235.5 TRLC:

²¹⁷ Tanto en su vertiente de "animus nocendi", o propósito de dañar o perjudicar, como de "scientia fraudis", esto es, conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio.

“Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el deudor, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”²¹⁸.

Asimismo, y en virtud del artículo 236.3 TRLC:

“Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado. Igual clasificación tendrá el crédito a favor del acreedor de mala fe en caso de rescisión del acto unilateral”²¹⁹.

Así las cosas, en materia de reintegración podrán enjuiciarse, tanto la existencia de daño patrimonial a la masa activa del concurso (por la salida de bienes o derechos), como la concurrencia de mala fe (malicia o fraude).

3. Eventuales interacciones entre las acciones de reintegración y la calificación culpable del concurso.

Entendemos que toda acción de reintegración estimada mediante resolución firme desplegará, en sede de calificación culpable del concurso, determinados efectos de cosa juzgada. Si bien dicha eficacia no será plena, pues no concurrirá plena identidad, es decir, *eadem personae, eadem res, eadem causa* (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa), dicha eficacia sí se extenderá sobre todo aquello que haya sido, o debiera haber sido, efectivamente resuelto en materia de reintegración.

En efecto, la sentencia que, en su caso, resuelva una acción de reintegración ha de producir necesariamente un efecto prejudicial en materia de calificación.

Así, una vez resuelto el incidente en el que se ventile una concreta acción de reintegración, quedarán resueltos, como mínimo, los siguientes extremos:

²¹⁸ En la anterior normativa, esta previsión se encontraba en el art. 73.2 *in fine* LC.

²¹⁹ En la anterior normativa, esta previsión se encontraba en el art. 73.3 *in fine* LC.

- Si el deudor ha llevado a cabo, o no, un acto rescindible.
- Si dicho acto se ha llevado a cabo dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
- Y, más importante, para lo que ahora nos interesa, si dicho acto ha resultado ser perjudicial para la masa activa.

Asimismo, en méritos de lo dispuesto en los artículos 235.5 y 236.3 TRLC, que antes hemos visto, la sentencia que resuelva la acción de reintegración también podrá apreciar, con fuerza de cosa juzgada:

- Si ha existido mala fe en la actuación del deudor.

Y son esos dos últimos elementos, esto es, el perjuicio producido sobre la masa activa del concurso y, en su caso, la apreciación de mala fe, los que indefectiblemente deberán ser tenidos en consideración en materia de calificación culpable del concurso, debiendo, por tanto, tenerse por ciertos y no volver a juzgarse al estar ya resueltos²²⁰.

Así las cosas, y sobre la base de dichos elementos ya resueltos previamente en el incidente concursal de reintegración, se desplegará el efecto positivo de la cosa juzgada material.

²²⁰ De conformidad con lo dispuesto en el apartado 4º del art. 222 LEC, “*lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto*” y, en méritos del segundo párrafo del art. 421.1 LEC, “*no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior*”.

No respetar el principio de *res iudicata pro veritate habetur* podría conducir al dictado de pronunciamientos contradictorios, que es, precisamente, lo que intenta evitar la institución de la cosa juzgada.

4. Causas de culpabilidad íntimamente conectadas con las acciones de reintegración.

En este sentido, como ya hemos avanzado, existen al menos dos causas de culpabilidad íntimamente conectadas con las acciones de reintegración.

Se trata de las causas previstas, por un lado, en el artículo 443.1º TRLC, que recordemos, dispone que el concurso se calificará en todo caso como culpable:

“Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

Y, por otro lado, en el artículo 443.2º TRLC, que recordemos, dispone que el concurso también se calificará en todo caso como culpable:

“Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.

Ambos supuestos comparten un elemento que los conecta directamente con las acciones de reintegración: la distracción de bienes o derechos de la concursada en perjuicio de los acreedores²²¹.

²²¹ Lógicamente, la salida fraudulenta de bienes o derechos causa un perjuicio en la masa activa que, al mismo tiempo, supone un perjuicio para los acreedores.

Ello no obstante, como ya hemos dicho²²², en materia de calificación culpable, no bastará con que se produzca ese perjuicio a la masa, o a los acreedores, sino que será necesario que concurra un plus, en relación con el elemento subjetivo del tipo, consistente en que medie fraude en la conducta realizada. Fraude entendido como exigencia de malicia, intención o conocimiento y aceptación por parte de la persona afectada de que a través de ese acto se distraen bienes o derechos a la futura masa activa concursal. Fraude que, si bien podrá ser apreciado en sede de reintegración, donde es denominado como “mala fe”, no será preceptivo que concurra para que se estime la acción.

5. Efecto positivo de la cosa juzgada. *Res iudicata pro veritate habetur.*

Pese a la necesidad de que quede pues acreditado ese plus fraudulento, no puede negarse que la declaración firme de que ha existido un acto perjudicial para la masa activa del concurso desplegará efectos de cosa juzgada, en su vertiente positiva o de *res iudicata pro veritate habetur*, en la sección de calificación.

Asimismo, si se apreciare que concurre mala fe en la actuación del deudor en el acto objeto de reintegración, entendemos quedará asimismo acreditado y resuelto para el futuro la existencia de dicho fraude, produciendo así un efecto perjudicial para la futura sentencia de calificación.

Así las cosas, si una acción de reintegración prospera, deberá tenerse por cierto, a todos los efectos, que un determinado acto fue perjudicial para la masa activa. Teniendo ello incidencia directa en sede de calificación, donde no podrá resolverse cosa diferente respecto a dicho mismo acto. En el mismo sentido, si se apreciare también la concurrencia de mala fe.

²²² Y en concreto, como muy claramente expone la Sentencia n.º 264/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 de abril de 2018 (JUR\2018\115369; ECLI:ES:APB:2018:2843).

Y ello, con independencia de que finalmente, sobre dicha misma conducta (el acto que fue perjudicial) se decida que pesa también una causa de culpabilidad, pues para ello será preciso que la conducta haya ido revestida de fraude.

Tradicionalmente, la doctrina procesalista se ha planteado en numerosas ocasiones un debate muy semejante: ¿los juicios sumarios provocan efectos de cosa juzgada?²²³ A nuestro parecer, dichos juicios sumarios sí provocan,

²²³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994, Bosch Editor, Barcelona, 1996:

“Seguramente, las divergencias mantenidas al respecto derivan del propio carácter aún no pacífico de la institución de la cosa juzgada material (cualidad de la que, según entiende un amplio sector doctrinal, carecen las sentencias dictadas en juicios sumarios por cuanto -afirman- tras tales juicios cabe acudir a un posterior declarativo, cosa que como no siempre será posible tras un desahucio, les conduce por ende a cuestionar la naturaleza sumaria del desahucio; en síntesis: si el desahucio provoca cosa juzgada, no es -piensan- un proceso sumario). A nuestro entender, por contra, los juicios sumarios sí provocan efectos de cosa juzgada material, pero ello no impide que pueda acudirse a un posterior declarativo sólo para discutir en él lo que no pudo discutirse en el previo sumario, pues aún afirmando - como afirmamos- la eficacia de cosa juzgada material respecto de las sentencias recaídas en juicio sumario, dicha eficacia sólo debe extenderse a lo que pudo ser objeto de enjuiciamiento en el juicio sumario, articulación ésta de la cosa juzgada que permite sostener que no cabe replantear aquello que ya fue resuelto en el previo proceso sumario -pues el efecto negativo de la cosa juzgada material, conocido como non bis in idem, lo impide-, pero sí cabe plantear en el posterior declarativo todo aquello que, por mor de la limitación cognoscitiva del previo sumario, no pudo ser discutido en aquel. Sobre la extensión y eficacia de la cosa juzgada, vid. ampliamente y per omnia, SERRA DOMINGUEZ, en la obra colectiva (dirig. ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Madrid, 1981, t. XVI, vol. 2º, comentario al artículo 1252, p. 627-704. La posibilidad de acudir al juicio declarativo posterior, o incluso coetáneo, para discutir en él lo que no tenga cabida en el proceso sumario de desahucio es expresamente admitida por MARINA MARTINEZ-PARDO, Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia, cit., p. 159-160 (posterior) y 169 (coetáneo), y, entre los comentaristas de la nueva LAU, FERNANDEZ HIERRO, Los procedimientos arrendaticios urbanos con arreglo a la Ley 29/94, cit., p. 34, y ORTIZ NAVACERRADA, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, cit., p. 602, con cita este último, de la STS de 31 de mayo 1991. En la línea aquí apuntada, resulta clarificadora la STS de 7 de noviembre de 1980, que precisa que para que se produzca situación de cosa juzgada -léase, para que opere el efecto negativo de la cosa juzgada impeditivo de un nuevo proceso o non bis in idem-, se precisa «que lo pretendido en el juicio posterior sea mera reproducción de los mismos fundamentos de hecho y jurídicos formulados o excepciones para

obviamente, efectos de cosa juzgada sobre todo aquello que pudo ser resuelto en el correspondiente juicio sumario.

Igual sucede, por ejemplo, en materia de cosa juzgada emanada de juicios ejecutivos anteriores a juicios declarativos. En estos supuestos, no será posible reproducir en el juicio ordinario las excepciones que hubieran sido resueltas en su integridad en el previo juicio ejecutivo²²⁴.

oponerse al desahucio, pretendiéndose en realidad hacer reproducción del juicio en distinta forma»”.

²²⁴ Muy ilustrador de lo anterior es la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 611/2008, de 19 de junio de 2008, que en su Fundamento de Derecho Segundo estableció lo siguiente:

*“Como procedimiento de carácter ejecutivo, debe tenerse en cuenta que esta Sala en innumerables sentencias (de 26 de octubre de 1953, 2 de mayo de 1955, 5 de junio de 1956, 17 de noviembre de 1960, 20 de febrero de 1976, 6 de octubre de 1977, 1 de julio de 1988 a sensu contrario, 17 de marzo de 1989, 24 de noviembre de 1993, 15 de julio de 1995, 26 de noviembre de 2001 y 11 de marzo de 2003), ha manifestado que las sentencias que recaen en este tipo de procedimientos (y concretamente en el juicio ejecutivo) no carecen de modo total y absoluto del efecto negativo que es propio a la cosa juzgada material, extendiéndose la autoridad o fuerza vinculante a la totalidad de las cuestiones con posibilidad de planteamiento en el juicio ejecutivo, aunque no lo hubieran sido, lo que supone que **no quepa plantear en el proceso ordinario las cuestiones resueltas en su integridad, o que pudieron ser totalmente discutidas en el juicio ejecutivo**. En esta línea, la Sentencia de 4 de mayo de 2006 aclara que, si bien la sumariedad del procedimiento de jura de cuentas no permite que su decisión alcance eficacia plena de cosa juzgada material, en todo caso es necesario afirmar que la jurisprudencia de esta Sala para aceptar el juicio declarativo posterior al juicio de naturaleza ejecutiva, como es el caso, ha matizado que el mismo no permite reproducir en juicio ordinario las excepciones propias del juicio previo de naturaleza ejecutiva, admitiéndose exclusivamente la alegación de aquello que no pudo formularse en éste por exceder del ámbito de su cognición reducida, lo que no puede decirse respecto de la impugnación de honorarios por excesivos, al ser, como se ha dicho, una de las limitadas excepciones que puede esgrimir el deudor en el procedimiento de jura de cuentas”*. [El subrayado y negrita son nuestros]

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) n.º 41/2016, de fecha 10 febrero, en la que se estableció:

“Pues bien, aparentemente la pretensión que ahora se dilucida habría sido objeto de la primera demanda, y de hecho en la sentencia dictada en primera instancia, ya se alude al problema del carácter o no solutorio del pago de la iguala, razonando la procedencia del cobro de los honorarios por la vía de las juras de cuentas, al tratarse de honorarios devengados después de que se dejase de

En definitiva, y como venimos señalando, la cosa juzgada material tendrá eficacia entre lo resuelto en sede de reintegración y lo que deba resolverse en materia de calificación culpable.

Si la tesis que apuntamos se rechaza, dicho rechazo podría implicar que, en la práctica, se produjesen indeseables resultados completamente contrarios al principio de seguridad jurídica.

aplicar el pacto de iguala, en el último párrafo del fundamento de derecho tercero entra en el examen de la petición de condena sustentada en el enriquecimiento injusto que se imputaba al demandado, lo que deniega, concluyendo que no existe enriquecimiento injusto en relación con las cantidades cuya rendición de cuentas era objeto de este pronunciamiento por lo ya expuesto, añadiéndose la imposibilidad de plantear dicha cuestión de forma en que lo hizo, dado lo resuelto en el acto de audiencia previa al respecto, ante lo genérico de la pretensión, y la indeterminación de la cuantía reclamada, al pretenderse, en dicho acto, la determinación de las cantidades por él cobradas, a su juicio indebidamente en el seno de los procedimientos de jura de cuentas la misma, a resultas de la prueba que se practicara en relación con los diferentes procedimientos seguidos por el letrado; en grado de apelación, esta misma Sala aludió al problema del carácter solutorio de la iguala y su relación con los problemas derivados en las juras de cuentas, para, indicar en primer lugar que el pago de iguala estaba incluido en un contrato que no estaba suscrito por todas las demandantes, considerar que si los actores entendían "improcedentes dichas reclamaciones de honorarios por medio de dicho procedimiento, tal como establece el art. 35 de la LEC, tiene abierta la vía del juicio declarativo ordinario para discutir la procedencia de las mismas, lo cual no es objeto del presente proceso"; es decir lo que cabría no es una genérica declaración del carácter indebido de dichos cobros, sino la reclamación de las concretas cantidades que se dicen cobradas.

*Pues bien, **la demandante en este proceso vuelve, en realidad, a reproducir dicha pretensión instando la declaración de haber cobrado indebidamente el demandado, además de las igualas, cantidades en las juras de cuentas, pretensión en la que debemos concluir se entró en su examen en sentido desestimatorio, por lo que provocaría el efecto de cosa juzgada** previsto en el art. 222 n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a lo que se añade la pretensión de condena de lo indebidamente cobrado, incurriendo paradójicamente, una vez más, en la anomalía procesal (art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de no cuantificar qué cantidad se entiende por tal concepto cobrada, lo que debió determinar la inadmisión de la demanda, si este defecto de redacción de demanda no se subsanaba". [El subrayado y negrita son nuestros]*

Imaginemos, vg., que un juzgado mercantil hubiere estimado una acción de reintegración sobre una disposición patrimonial realizada por el deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, que hubiere causado algún tipo de daño a la masa activa del concurso. Imaginemos además que la sentencia apreciare mala fe en la conducta llevada a cabo, con las consecuencias jurídicas de tal declaración²²⁵.

Si tras ello, en la sentencia de calificación²²⁶ se apreciare que la misma conducta no encaja, vg., en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.2.2º TRLC (salida fraudulenta de bienes) por considerar que no ha mediado fraude o malicia, nos encontraríamos ante una inaceptable contradicción con lo resuelto en sede de reintegración que únicamente haría que atacar al principio de seguridad jurídica.

En el supuesto planteado, aún rechazándose la posible eficacia de cosa juzgada plena, por ausencia de todos los requisitos de identidad, el juez debería fallar (en materia de calificación) en sentido idéntico a como lo hizo en materia de reintegración y, por ende, declarando que, por un lado, el acto es perjudicial para la masa activa, y, por otro lado, que ha existido mala fe (malicia, fraude) en la actuación del deudor. Y ello, por cuanto cualquier resolución que finalice definitivamente un proceso debe desplegar eficacia respecto de los procesos posteriores en los que se plantee de nuevo dicha misma cuestión²²⁷.

²²⁵ Recordemos que, por un lado, *“si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el deudor, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”* (art. 235.5 TRLC); y que, por otro lado, *“si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado”,* y que *“igual clasificación tendrá el crédito a favor del acreedor de mala fe en caso de rescisión del acto unilateral”*.

²²⁶ Si se hubieren cumplido, lógicamente, todos los requisitos procedimentales previos y, en especial, que la AC o el Ministerio Fiscal hubieren realizado su propuesta de culpabilidad de forma acertada y permitiendo el dictado de la correspondiente sentencia de calificación con condena a la cobertura del déficit.

²²⁷ En este mismo sentido SERRA DOMINGUEZ, en ALBALADEJO (Dir.) los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Madrid, 1981, t. XVI, vol. 2º, Comentario al art. 1252, p. 627-704, especialmente p. 652 y 654-656), para quien *“cualquier resolución que cierre definitivamente el proceso [exceptuando las que se deriven de la común*

Este despliegue del efecto positivo de la cosa juzgada ha quedado materializado, por ejemplo, en la **Sentencia n.º 873/2018, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 5 de diciembre de 2018 (ROJ: SAP B 11803/2018)**:

Nos encontramos ante un supuesto en el que, inmersos en la resolución de la apelación de una sentencia de calificación, ya han sido previamente resueltas con sentencia firme diversas acciones de reintegración.

Sobre la base de dichas resoluciones firmes en materia reintegradora, el Tribunal que resuelve ahora en materia de calificación, y que fue el mismo que resolvió en apelación dichas reintegraciones, se apoya íntegramente en lo allí resuelto para dictar su sentencia de calificación.

Así, en su Fundamento Jurídico Séptimo, se establece que:

“La administración concursal no ha facilitado información sobre las acciones de reintegración iniciadas, información que, sin embargo, consta en esta Sección al haber conocido de los recursos contra las sentencias de reintegración dictadas en la instancia”.

Y utiliza dicha información para reproducir lo que en ellas se resolvió y, partiendo de las mismas, resolver ahora en materia de calificación:

“27. Respecto de la operación de compraventa de una vivienda y tres plazas de aparcamiento, la acción de reintegración determinó la rescisión de la citada operación según consta en esta Sección por sentencia de instancia de 24 de abril de 2016, confirmada por Sentencia de la Audiencia de 8 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6286).

La sentencia de referencia considera acreditado el perjuicio y el ánimo defraudatorio de los demandados:

voluntad de las partes "por la sencilla razón de que nada se ha juzgado" (p. 656)] despliega su eficacia respecto de los procesos posteriores en que se plantee de nuevo la misma cuestión entre las mismas partes" (p. 654), precisando, no obstante, que dicha eficacia debe quedar reducida "en los límites de lo juzgado" (p. 655).

"La operación, tal y como resulta de su forma de contabilizarse, es claramente perjudicial para la masa, ya que pretende pagar los créditos de los socios y de la administradora antes que los de los demás acreedores, [...]"

28. Partiendo de estas consideraciones, **hemos de entender acreditado el alzamiento de bienes**, estimándose el recurso en este punto.

29. Respecto del alzamiento de bienes por pago de retribuciones indebidas, **se dictó sentencia desestimatoria de la acción de reintegración en primera instancia** (Sentencia de 26 de abril de 2016) **que fue revocada por Sentencia de esta Sección** de 15 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017: 5440) en la que se estimaron parcialmente las pretensiones de la administración concursal, condenando a los demandados a reintegrar la suma de 241.288'22 €, que afecta únicamente a las retribuciones a la administradora, por cuanto indicábamos que "no creemos que sea aceptable la práctica societaria consistente en considerar el pago de las retribuciones a la administradora como una partida más de sus retribuciones y desconectada de los resultados del ejercicio social. Si los estatutos exigen la aprobación de la junta es precisamente para que este órgano pueda valorar la dedicación efectiva y adecuar la remuneración al resultado obtenido en el ejercicio".

[...]

30. **Estos mismos argumentos deben servir para apreciar la concurrencia de la presunción legal de culpabilidad**, imputable única y exclusivamente a la administradora de la sociedad".

Nótese pues como el Tribunal de apelación, haciendo suyos los argumentos desplegados en otro procedimiento diferente (relativo a una acción de reintegración), ya resuelto de manera firme, resuelve ahora en materia de calificación, en idéntico sentido, como consecuencia, precisamente, del efecto positivo de la cosa juzgada y los efectos prejudiciales que dicha previa resolución (de reintegración) debe tener en futuros procedimientos.

En idéntico sentido, pero en relación con la concurrencia de mala fe y cómo la misma se debe tener por cierta en sede de calificación, encontramos la

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 269/2016, de fecha 22 de abril de 2016 (RJ\2016\2409), que estableció lo siguiente:

*“Aunque la Ley no exige para la apreciación de la conducta culpable que se haya planteado previamente la acción de reintegración en el concurso, en este caso **la administración concursal sí la ejercitó, con resultado estimatorio de la rescisión**, pero denegatorio de la declaración de mala fe que justificaría la subordinación del crédito resultante de la rescisión (art. 73.3 LC).*

[...]

*2.- En este caso, la sentencia recurrida aprecia la concurrencia de esta causa de culpabilidad con fundamento en los mismos hechos enjuiciados en el incidente incoado para la resolución de la acción de reintegración de la masa. Sin embargo, **la sentencia firme recaída en dicho incidente, si bien dio lugar a la rescisión de las operaciones que se consideraron perjudiciales para la masa, no consideró que hubiera mala fe. Por lo tanto, en el mismo concurso no puede considerarse en dos resoluciones recaídas en secciones diferentes que en un mismo negocio jurídico no haya mala fe en su celebración y al mismo tiempo sea fraudulento**”. [Fundamento de Derecho Cuarto].*

Por otro lado, nos encontramos con diversas resoluciones en las que el tribunal, entendemos que de forma imprecisa o incompleta, acaba estableciendo que no puede existir cosa juzgada en relación con las sentencias dictadas en sede de reintegración y los hechos allí enjuiciados, con la sección de calificación.

Pese a que, efectivamente, no existe cosa juzgada plena entre ambos procedimientos (acción de reintegración y calificación culpable del concurso), resulta innegable que, si en sede de reintegración se declara que un determinado acto patrimonial resultó perjudicial para la masa activa, dicha declaración deberá respetarse y tenerse por cierta en futuros procedimientos, como el que ventile la calificación culpable del concurso. Apareciendo pues el efecto positivo de la cosa juzgada o *res iudicata pro veritate habetur*, y haciendo que lo declarado en sede de reintegración se muestre como un elemento prejudicial en sede de calificación.

Así, podemos citar, por ejemplo, la **Sentencia n.º 648/2019 de la Audiencia Provincial de Girona, de fecha 27 de septiembre de 2019 (ROJ: SAP GI 1446/2019)**. En ella se analizaba una conducta consistente en haber salido determinados bienes del patrimonio de la concursada de forma fraudulenta. En apelación, la concursada alegó que la realidad de las operaciones ya había sido analizada en sede de reintegración, concluyéndose que era una operativa real y que no podía volver a examinarse por mor de la cosa juzgada. Sin embargo, la Sala estableció que:

“Con carácter previo conviene aclarar que no concurre cosa juzgada, como insinúan los recurrentes, por el hecho de que en sede de reintegración en el concurso de ICV se analizó la operativa descrita y se llegó a la conclusión de que no había simulación y que no se había causado daño a ICV. Primero porque no coinciden las partes. Pero es que además, en ningún caso coincidiría la causa de pedir. Estamos ante unos hechos que pueden ser analizados desde distintas perspectivas. En sede de reintegración, donde lo que se pretende es la declaración de ineficacia de un negocio jurídico inicialmente válido, pero que supone un perjuicio patrimonial injustificado para la concursada, lo relevante es si existe o no ese perjuicio, mientras que en sede de calificación lo relevante es determinar si la concursada ha simulado la existencia de una relación comercial. Por último, como la concursada no puede desconocer, esta Sala se pronunció sobre la operativa descrita en sede de reintegración considerando (en el concurso de ICV) que las operaciones eran reintegrables”. [Fundamento Jurídico Sexto].

En el mismo sentido, la misma Sala, en fecha 30 de septiembre de 2019, dictó la Sentencia n.º 653/2019 (ROJ: SAP GI 1445/2019), dispuso que:

*“Con carácter previo conviene aclarar que, **en contra de lo que sostienen los recurrentes no puede existir cosa juzgada en relación con las sentencias dictadas en sede de reintegración porque, aunque los hechos que se juzgan son los mismos, la causa de pedir es distinta**. En reintegración se pretende la ineficacia de un negocio jurídico inicialmente válido, pero que supone un perjuicio patrimonial injustificado para la concursada. En sede de calificación lo relevante es determinar si la concursada ha simulado la existencia de una relación comercial”. [Fundamento Jurídico Sexto].*

También ha tenido ocasión de pronunciarse la Audiencia Provincial de Asturias, mediante Sentencia n.º 497/2018, de fecha 18 de octubre (JUR\2019\13164). En

ella, se resolvía un supuesto en el que unos mismos hechos, una serie de pagos realizados por la concursada, fueron objeto al mismo tiempo de un incidente concursal de reintegración y de una causa de culpabilidad concursal.

Al respecto, la resolución estableció que:

*“En el caso presente **habiendo sido objeto del previo incidente de reintegración concursal una serie de pagos realizados por la concursada** a favor de Don Pablo y Don Plácido por importe de 332.600 euros a través de la empresa "Euro Argenmex, S.A.", **encontramos que existe un solapamiento entre tales actos de disposición y los que ahora son objeto de enjuiciamiento en la presente sección de calificación concursal** toda vez que son utilizados para subsumirlos bajo la causa de calificación culpable tipificada en el ordinal 5º del art. 164-2 L.C. (RCL 2003, 1748). Ocurre sin embargo que **no existe obstáculo alguno para que esa misma conducta pueda ser enjuiciada en ambos procedimientos al no concurrir los requisitos para que pueda operar el efecto preclusivo que es propio de la cosa juzgada**. A este propósito esta Sala ya tuvo ocasión de rechazar la invocación de la cosa juzgada en su sentido contrario, como efecto positivo o vinculante, al declarar en S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 24 febrero 2017 " Semejante alegación no puede prosperar desde el momento en que la acción de reintegración concursal y la sección de calificación del concurso se desenvuelven de manera autónoma al operar en planos diferenciados la una de la otra. **Lo anterior es consecuencia de los distintos requisitos que sirven de fundamento para el éxito de cada una de tales acciones**. Así por lo que respecta a la **acción de reintegración**, se trata de una acción propia, que **se funda en el elemento puramente objetivo del perjuicio**, en cuanto que identificado con el concepto del "**sacrificio patrimonial injustificado**", lo que aparece corroborado por el texto del art. 71.1 LC (RCL 2003, 1748) al excluir expresamente cualquier elemento subjetivo cuando señala "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (en este sentido vid. STS 24 julio 2014). **Por el contrario la salida fraudulenta del patrimonio del deudor de bienes o derechos requiere precisamente la presencia de ese elemento del fraude**, que a su vez ha de venir relacionado con el requisito tal y como aparece configurado en el art. 1291-3 C.Civil (LEG 1889, 27) para la acción rescisoria por fraude (vid. STS 27 marzo 2014). Para poder calificar unos hechos como constitutivos de salida fraudulenta de bienes no resulta necesario en modo alguno la previa declaración de ineficacia de los actos de que se trate por la vía de la reintegración concursal, pues lo que procede examinar en sede de calificación concursal es tan solo la realización por parte del deudor de cualquier acto dispositivo en el tiempo de los dos años anteriores al concurso que hubiere causado una merma en su patrimonio*

y en cuya ejecución hubiere mediado fraude". [Fundamento de Derecho Cuarto].

Entendemos que las resoluciones transcritas no resultan acertadas. Si bien es cierto que la conducta se analiza desde dos diferentes perspectivas (a efectos de reintegrar y a efectos de calificar como culpable), se trata de la misma conducta y existe, como mínimo, un elemento común en ambos estadios, consistente en el desvalor patrimonial o daño a la masa activa que genera la conducta analizada. Puede incluso existir, como hemos visto, otro segundo elemento relativo a la mala fe (fraude o malicia).

Si la acción de reintegración prospera es debido a que no existía ninguna justificación para que la salida patrimonial se produjera o porque la operación era perjudicial para la masa activa. Aunque ello no sea suficiente para justificar la existencia de la causa de culpabilidad de salida fraudulenta de bienes o derechos²²⁸, sí preestablecerá la existencia de una salida de activos que daña la masa activa, lo cual no podrá ser nuevamente juzgado en materia de calificación del concurso.

Del mismo modo, si en sede de reintegración se resuelve que ha concurrido mala fe, dicha mala fe, pese a que cambie su denominación y pase a llamarse fraude o malicia, deberá ser asimismo respetada en sede de calificación. También lógicamente en sentido contrario, cuando en sede de reintegración se declare que no concurre mala fe, no podrá después resolverse en la sección de calificación que la conducta ha sido fraudulenta.

En definitiva, los dos elementos que podemos hallar duplicados en sede de reintegración y de calificación culpable del concurso, esto es, el posible perjuicio producido sobre la masa activa del concurso y, en su caso, la apreciación de

²²⁸ Ya que será necesario que concurren otros elementos del tipo. En concreto, se exige la presencia de malicia, de conocimiento y aceptación o intención por parte del deudor de que dicho acto distraerá bienes y derechos de la futura masa del concurso (aunque el mismo también podría ser declarado en sede de reintegración).

mala fe en la actuación del deudor, deberán ser necesariamente tomados en consideración en materia de calificación culpable del concurso, debiendo, por tanto, tenerse por ciertos y no volver a juzgarse al estar ya resueltos.

En virtud de dichos extremos, ya resueltos previamente en el incidente concursal de reintegración, se desplegará en el incidente de calificación culpable del concurso el efecto positivo de la cosa juzgada material y, así, aquello ya resuelto de forma firme deberá ser estrictamente respetado.

No respetar el principio de *res iudicata pro veritate habetur* podría conllevar el dictado de resoluciones contradictorias, generando lógicamente un importante ataque a la seguridad jurídica.

VIII. CONCURSO DE LEYES ENTRE CAUSAS DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO

1. Concurso de leyes.

En este capítulo analizaremos las diferentes causas que pueden conllevar la declaración como culpable de un concurso desde la perspectiva del concurso de leyes.

Según MIR PUIG²²⁹. nos encontramos ante un “concurso de leyes” cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concurre entonces un solo delito”.

Pues bien, al analizar la conducta, o conductas, llevadas a cabo por la persona, o personas, afectadas por la calificación, podría darse la situación de que alguna de ellas pudiera incardinarse en más de una causa de culpabilidad.

En estos casos, podrá igualmente suceder que dicha doble incardinación sea lícita, por atender a dos desvalores diferentes, o sea inadmisibles, por contener ambas conductas el mismo desvalor (es decir, por existir identidad, no solo de sujeto y hecho, como sucedería en la anterior, sino también de fundamento).

A los efectos de determinar cuándo una misma conducta puede ser objeto de más de una causa de culpabilidad al mismo tiempo, resulta necesario realizar un repaso de las causas de culpabilidad previstas en nuestra legislación concursal.

²²⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, Pág. 662.

Tras ello, determinaremos cuáles de dichas causas, por su íntima conexión, pueden dar lugar a que un mismo hecho se tipifique de más de una forma. Asimismo, también estableceremos cuando un mismo hecho no puede ser tenido en cuenta desde dos diferentes causas de culpabilidad.

2. Causas de culpabilidad del concurso de acreedores.

La misión principal de la sección sexta de calificación del concurso de acreedores es la de depurar posibles responsabilidades²³⁰ que pudieren haberse producido en relación con la insolvencia²³¹ de la concursada.

Para ello, la norma concursal prevé, en primer lugar, una cláusula general, contenida en el artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC). Dicha cláusula general o de cierre del sistema contiene una serie de elementos que, de concurrir conjuntamente, darán lugar a la calificación culpable del concurso.

²³⁰ Vid. en este sentido Machado Plazas J., en “El concurso de acreedores culpable”, Navarra, 2006, pág. 79:

“El estudio del Derecho histórico trasluce que la finalidad de la determinación legal de distintas clases de concurso fue la de atemperar el rigor de la represión penal por el simple hecho de la insolvencia y situar el fulcro del sistema legal de la Codificación en una valoración de la conducta del deudor, excluyendo las consecuencias crueles de la quiebra en los casos en que la situación de insolvencia no era sino el resultado de infortunios extraños a la conducta del quebrado”.

²³¹ Vid. asimismo, Farias Battle, M., “La calificación del concurso”, en RDM, n° 251, 2004, pág. 72:

“[el] reproche de la conducta del deudor común concursado parece que se haya querido reservar a los supuestos más graves, considerando que tales son aquellos en los que el riesgo de lesión o el daño a los créditos es de mayor entidad. La “gravedad” que se tiene en cuenta para la apertura de la sección de calificación no atiende, por tanto, a la conducta del deudor o sus representantes sino al “daño” patrimonial producido o “esperado”.

Asimismo, tras esa cláusula general, en el artículo 443 TRLC (antiguo art. 164.2 LC) se prevén una serie de presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad. La concurrencia de alguna de ellas implicará automáticamente la calificación culpable del concurso.

Por último, en el artículo 444 TRLC (antiguo art. 165 LC) se prevén diversas presunciones de culpabilidad *iuris tantum*²³², es decir, que admitirán prueba en contrario. Dichas presunciones se utilizarán a los efectos de dar por probado el elemento subjetivo del tipo general de culpabilidad (dolo o culpa grave en la conducta típica).

2.1. Cláusula general del artículo 442 TRLC.

Como decíamos, la norma concursal prevé, en primer lugar, una **cláusula general**²³³, contenida en el artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC). Dicha cláusula general o de cierre del sistema contiene una serie de elementos que, de concurrir conjuntamente, darán lugar a la calificación culpable del concurso.

Así, los diferentes elementos (o si se prefiere, requisitos²³⁴) que componen la causa de culpabilidad general del artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) son los siguientes:

²³² MACHADO PLAZAS J., “El concurso...”, Op. cit., pág. 83; Ferrer, A., en Sagrera, J.M., Sala, A., y Ferrer Barriendos, A. (Coord.), Comentarios a la Ley Concursal, Barcelona, 2004, tomo III, págs. 1.681 y 1.682, quien entiende que ante la evidente dificultad probática de la acreditación de la concurrencia del dolo o la culpa grave, se ofrecen estas presunciones.

²³³ MACHADO PLAZAS J., Op. cit., págs. 89 y 90, que entiende que la cláusula general cumple la función de acabar con el criterio histórico de que las causas de culpabilidad constituían un *numerus clausus*.

²³⁴ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 644/2011, de fecha 6 octubre de 2011, estableció que:

“Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya

- a) Comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho.
- b) Elemento subjetivo²³⁵, consistente en que ese comportamiento sea a título de dolo o culpa grave²³⁶.

producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado". [Fundamento de Derecho Tercero].

Dicha doctrina ha sido reiterada por otras muchas resoluciones posteriores de la misma Sala, como por ejemplo las 994/2011, de fecha 16 de enero, 142/2012, de 21 de marzo, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 459/2012, de 19 de julio y 203/2017, de 29 de marzo.

En la jurisprudencia menor, y en relación con estos mismos requisitos, encontramos, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 122/2011, de fecha 11 abril de 2011:

"Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia". [Fundamento de Derecho Segundo].

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 257/2011, de fecha 26 de septiembre de 2011 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) nº 457/2014, de fecha 25 de julio de 2014.

²³⁵ En relación con el elemento subjetivo, esto es, el dolo o culpa grave, Vid. Alonso Ureba, A., "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal, en Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003, y la Ley 18/2003 para la reforma concursal", Dilex, Madrid, 2003, pp. 505 a 575; y García Cruces, J.A., "La responsabilidad concursal", en Rojo y Beltrán (dir.), "La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles", Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2011, p. 266.

²³⁶ Del art.442 TRLC se desprende que la legislación concursal equipara, a efectos de calificación culpable del concurso, el dolo con la culpa grave, excluyéndose por tanto la culpa leve.

Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 72/2014, de fecha 6 de marzo de 2014:

“[...] no podemos ignorar la realidad en la que actúan las empresas de nuestro país al enjuiciar si el empresario ha incurrido en dolo o culpa grave. Para que exista dolo o culpa grave a los efectos establecidos en el artículo 164.1 LC (RCL 2003, 1748) no podemos limitarnos a atender a los estándares medios de diligencia de un ordenado empresario sino que los actos del empresario han de revelar un desprecio hacia los más elementales deberes de cuidado. Solo así se puede calificar la negligencia como grave. Podríamos decir que los parámetros para determinar si concurre dolo o culpa grave no pueden situarse en un nivel de exigencia de diligencia que determinaría que un número sustancial de nuestros empresarios quebrantarían esos estándares de diligencia”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 29/2013, de fecha 12 de febrero de 2013:

“A esta situación se llegó porque el Sr. Mateo había designado al Sr. Juan Miguel para que supervisara la ejecución de las obras, y este señor, en interés propio y de algunos de sus familiares (eran destinatarios de una parte importante de los pisos en construcción), modificó el proyecto y la calidad de los materiales, lo que motivó la desviación de los gastos respecto de lo presupuestado, y con ello la insolvencia de la sociedad promotora, cuando faltaba poco para terminar. La sentencia imputa la causación de la insolvencia al Sr. Mateo, por haber colocado al frente de la obra a quien no tenía ni la experiencia ni la preparación necesaria, y a la Sra. Concepción por haberlo permitido. En ambos casos, entiende que la conducta es gravemente negligente, lo que justifica, no sólo la declaración de concurso culpable al amparo del art. 164.1LC, sino también que estos dos administradores fueran declarados personas afectadas por la calificación, y el Sr. Juan Miguel cómplice”. [Fundamento de Derecho Segundo].

O la Sentencia de la misma Sala nº 343/2013, de fecha 24 de mayo:

“Dada la significación que en las sociedades cumple el presupuesto, como previsión de ingresos y gastos para un tiempo determinado - que en el caso de las sociedades del tipo de la concursada coincide con el del campeonato en el que participa -, el que los administradores prescindan de tal previsión y generen gastos excesivos en relación con los previamente calculados - algunos, además, de difícil justificación por su cuantía, como los correspondientes a comisiones debidas a quienes median en la contratación de los deportistas - constituye, como han declarado los Tribunales de ambas instancias en relación con el concurso de Real Sociedad de Fútbol, SAD, la expresión de una grave negligencia que, en la medida en que haya contribuido a causar o agravar la insolvencia de la sociedad - lo que la sentencia recurrida declaró probado sucedió, en términos que no cabe revisar en casación por su acusado componente fáctico -, da vida al supuesto descrito en la norma del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748).

Hay que tener en cuenta que el administrador de una sociedad debe desempeñar el cargo con la diligencia de un empresario ordenado y que no se comporta así, sino con grave negligencia, quien gasta más de lo que puede, además, a la vista de las previsiones que él mismo había anticipadamente calculado”. [Fundamento de Derecho Cuarto].

O, por último, la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo nº 693/2017, de fecha 20 de diciembre. En ella, se enjuiciaba el supuesto en el que, meses antes de ser declarada en concurso, los administradores de la concursada acordaron o consintieron que ciertos buques fueran trasladados a las instalaciones de la matriz de la deudora sin exigir la liquidación de los contratos suscritos y, más importante, el pago de las cantidades que se adeudaban a la concursada y que ascendían a 58.284.983,36 €. En este caso, la Sala estableció la siguiente doctrina:

“7.- Pero para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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.

8.- 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 de Factorías Vulcano, como administrador de Factorías Juliana, 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”. [Fundamento de Derecho Séptimo].

- c) Elemento objetivo²³⁷, consistente en un resultado: que se haya generado o agravado la insolvencia.

²³⁷ Sin la concurrencia del mismo, es decir, sin que se genere o agrave la insolvencia, no podrá calificarse el concurso como culpable, aunque medie dolo o culpa grave,

Vid. en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 258/2011, de 14 de junio:

*“Conviene no perder de vista que para que pueda prosperar la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC, **es preciso que esta conducta imputada a la concursada, en este caso a sus administradores, además de calificarse de negligente, constituya la causa de la generación de la insolvencia o de su agravación**, y de esto último nada dice el informe de la administración concursal. Es cierto que si la obra fue entregada en agosto de 2007, cuando menos los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contactual, derivados de la necesidad de contratar a otros industriales para que realizaran los trabajos incumplidos, serían anteriores, por lo que debían haberse facturado entonces y no un año más tarde. Pero este mero hecho no consta que fuera ocasionante de la insolvencia, ni tampoco de su agravación, o por lo menos el informe de la administración concursal no lo adujo, razón por la cual no puede fundarse la calificación culpable al amparo del art. 164.1 LC”. [Fundamento de Derecho Tercero].*

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª) nº 95/2012, de 24 de julio, en la que se enfatiza la necesaria acreditación de la generación o agravación de la insolvencia:

“Tal razón no puede soportar la más somera crítica, pues no expresa de que modo y manera el reparto de dividendos ha afectado concretamente al concurso, como y de que manera ha agravado la situación de iliquidez de la empresa en el año del concurso, el reparto de dividendos; algo que a este Tribunal no le parece evidente y que por tanto no puede tomarse como una suposición. Pues se precisa según la jurisprudencia transcrita la prueba de la existencia de un enlace preciso y directo con el resultado. Para ello, desde una perspectiva estrictamente lógica, no puede utilizarse el argumento de sustituir la prueba de la generación o agravación por el resultado el concursado finalmente tuvo que presentar el concurso y por eso la agravación es evidente; pues de esta forma se sitúa como premisa en el supuesto de hecho el resultado que se quiere obtener, por lo que debe predicarse la inexistencia de un argumento lógico en la proposición”. [Fundamento de Derecho Primero].

Debemos significar además que, habida cuenta de que la norma no hace distinción alguna de grados de afectación en la generación o agravación de la insolvencia, el concurso podrá calificarse como culpable por escasa que sea dicha afectación. Ello no obstante, si nos encontramos ante una generación o agravación de la insolvencia de escasa entidad, deberá tenerse en cuenta a los efectos de modular la responsabilidad concursal a imponer. Vid. en este sentido Machado Plazas, J., “El concurso de

- d) Un nexo o una relación causal²³⁸ entre la acción u omisión con culpa grave o dolosa y la insolvencia, esto es, que el hecho analizado doloso o culposo grave, haya generado o agravado la insolvencia.

2.2. Presunciones *iusuris et de iure* de culpabilidad del concurso.

En relación con las presunciones *iusuris et de iure*²³⁹ previstas en el actual artículo 443 TRLC (antiguo art. 162.2 LC), su mera realización será suficiente para

acreedores culpable, Calificación y responsabilidad concursal”, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 92.

²³⁸ Para poder calificar el concurso como culpable en méritos de la cláusula general, se precisa acreditar, por último, que la conducta analizada ha provocado la generación o agravación de la insolvencia. Vid. en este sentido Vizcaíno, P.L. y Ruiz Muñoz, M., “Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales”, ADCo, nº 36, septiembre-diciembre 2015, p. 217.

Resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) nº 32/2010, de 26 de febrero, en la que se declaró el concurso como fortuito, revocando la sentencia *a quo*, por no haberse imputado suficientemente en qué medida la conducta analizada agravó la insolvencia:

“Ahora bien, **lo que sí se aprecia es un déficit de imputación**, porque si bien puede compartirse con la sentencia impugnada que la liquidación de facto de la sociedad, sin realizarla con las formalidades exigidas en la Ley de Cooperativas Andaluzas (artículos 110 a 117), es una actuación incorrecta jurídicamente [lo que incluso podría haber dado lugar a la responsabilidad del administrador, conforme a la propia legislación cooperativa], **no se razona porqué dicha actuación de facto agravó la situación de insolvencia**, ya que en el fundamento jurídico sexto de la sentencia se afirma que la liquidación desordenada ha agravado la insolvencia, pero **no se explica porqué, ni en qué ha consistido dicha agravación**. Ciertamente, tanto la legislación societaria como la concursal, presumen que la pasividad del administrador ante la situación de insolvencia, sin proceder a la disolución y liquidación de la sociedad, agrava dicha situación; pero en este caso no se ha producido dicha pasividad, porque el administrador no permaneció inactivo, sino que realizó una liquidación, aunque sin ajustarse a las previsiones legales”. [Fundamento de Derecho Segundo].

²³⁹ Conforme a la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo (STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 583/2017, de 27 de octubre):

“El art. 164.2 LC (RCL 2003, 1748) 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**

calificar el concurso como culpable, sin necesidad por tanto de acreditar si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, o si en su realización ha mediado dolo o culpa grave²⁴⁰.

Dichas presunciones *iuris et de iure*, esto es, que no admiten prueba en contrario, vienen justificadas por la evidente dificultad probatoria que implica acreditar los requisitos de la cláusula general.

En la práctica, la mayoría de las calificaciones culpables lo serán por la concurrencia de estas causas.

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 -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador”. [Fundamento de Derecho Trigésimo primero].

Esta doctrina fue asimismo aplicada en las Sentencias de la misma Sala Primera nº 644/2011, de 6 de octubre; 298/2012, de 21 de mayo; 421/2015, de 21 de julio; 492/2015, de 17 de septiembre ; 269/2016, de 22 de abril; y 490/2016, de 14 de julio, entre otras.

²⁴⁰ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 614/2011, de 17 de noviembre, estableció que:

“Sin embargo, la parte recurrente se equivoca porque ***los supuestos del apartado 2 del art. 164 LC no lo son de "presunción" de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes:.... ».*** Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 ***determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave*** (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) ***y de haber generado la insolvencia o producido su agravación.*** En este sentido ya se manifestó esta Sala en la Sentencia de 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 373143) , núm. 644, cuando declara que en el segundo de los dos criterios que la LC establece para la calificación de concurso culpable -el del art. 164.2 - (el otro es el del art. 164.1) "la calificación es ajena a la producción del resultado de generación o agravación de la insolvencia y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma". [Fundamento de Derecho Segundo].

2.2.1. Conducta prevista en el artículo 443.1º TRLC. Alzamiento de bienes y obstaculización de embargos.

El artículo 443.1º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

Encontramos por tanto dos conductas diferenciadas:

- A) El alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores.
- B) La obstaculización de los embargos.

2.2.1.1. Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores.

En cuanto a la conducta consistente en el alzamiento de bienes, podríamos definirla como la actuación tendente a hacer desaparecer bienes o activos de la concursada²⁴¹.

²⁴¹ Vid. en este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 670/2019, de 16 diciembre.

*“Así, la omisión de ese activo en el inventario, en caso de merecer esta inexactitud la consideración de grave, podría justificar la calificación culpable al amparo del art. 164.2.2o LC; y, si se constata que ese activo salió del patrimonio del deudor sin justificación o causa alguna, cabría también calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.4o LC. En este ejemplo, el desvalor no es el mismo: en un caso se sanciona el suministro de información, en este caso contable, inexacta al solicitar el concurso; y **en otro se sanciona el alzamiento o la desaparición de unos bienes o activos de la concursada**”.* [Fundamento de Derecho Segundo].

Para llevar a cabo dicha conducta será necesaria la colaboración de un tercero que reciba dichos bienes²⁴² y, lógicamente, sin que haya contraprestación alguna a favor de la concursada²⁴³.

2.2.1.2. Obstaculización de embargos.

En cuanto a la conducta consistente en la obstaculización de la eficacia de un embargo, debido a la falta de concreción empleada por el legislador (“cualquier acto”), resultará necesario acudir al artículo 257.1.2º del Código Penal²⁴⁴, realizando una interpretación teleológica²⁴⁵.

²⁴² Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 5/2016, de 27 enero:

*“Por tanto, tratándose de conductas realizadas con posterioridad a la declaración de concurso, lo que hacen es incidir en la agravación de la insolvencia, y siendo motivo de culpabilidad, da lugar a la complicidad, **en tanto que los actos definitorios del alzamiento de bienes requieren la colaboración de un tercero, que recibe dichos bienes y los utiliza en provecho propio**, [...]”.* [Fundamento de Derecho Segundo].

²⁴³ Vid. igualmente en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 5/2016, de 27 enero:

*“Tampoco se comparte la aseveración del recurso relativa a que la sentencia recurrida no concreta los actos que habrían conducido al alzamiento de bienes, ni por tanto la colaboración que daría lugar a la complicidad. Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice **y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada**, ya que la facturación se hacía en beneficio de “Cerdá Real, S.L.”, sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada”. [Fundamento de Derecho Segundo].*

²⁴⁴ Que, recordemos, dispone que:

“Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”.

²⁴⁵ Vid. en este sentido MACHADO PLAZAS, J., “El concurso de acreedores culpable, Calificación y responsabilidad concursal”, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 130.

2.2.2. Conducta prevista en el artículo 443.2º TRLC. Salida fraudulenta del patrimonio del concursado de bienes o derechos.

El artículo 443.2º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.

Como consecuencia de la amplitud del concepto “salida de bienes”, podrá entenderse que concurre esta conducta cuando nos encontremos ante todo tipo de operaciones jurídicas. Asimismo, y según tiene establecido el Tribunal Supremo²⁴⁶, para que concurra el carácter fraudulento de la salida patrimonial,

²⁴⁶ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 185/2015, de 10 de abril:

*“3. Esta Sala ha tenido oportunidad de fijar un **criterio interpretativo de la norma, el art. 164.2.5º LC** (RCL 2003, 1748) . Nos referimos a la STS núm. 174/2014 de 27 de marzo (RJ 2014, 2147) que señala: “[...] 2.- **El carácter fraudulento** que exige este precepto 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** tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) . El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto **ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil** (LEG 1889, 27) para la **acción rescisoria por fraude**.*

*3.- La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, 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 (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo (RJ 2009, 1662), y núm. 406/2010, de 25 de junio (RJ 2010, 2413) , y las que en ellas se citan).*

bastará con que haya "*scientia fraudis*", esto es, conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, y no se exigirá "*animus nocendi*", esto es, propósito de dañar o perjudicar.

2.2.3. Conducta prevista en el artículo 443.3º TRLC. Actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia.

El artículo 443.3º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”.

Como consecuencia de la fórmula tan genérica empleada por el precepto, el Tribunal Supremo²⁴⁷ ha tenido que establecer los requisitos que deben concurrir para poder imputar esta conducta:

4.- 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". [Fundamento de Derecho Tercero].

²⁴⁷ Concretamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 669/2012, de 14 de noviembre:

“[...] 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 por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso.

40. 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”. [Fundamento de Derecho Tercero].

- A) La ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia.
- B) Que dichos actos tengan carácter "jurídico", siendo insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho".
- C) Que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso.
- D) Que la actuación sea idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores.
- E) Que la situación fingida tenga cierta relevancia y sea apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores.
- F) Que el comportamiento simulatorio no esté previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma.

2.2.4. Conducta prevista en el artículo 443.4º TRLC. Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados en la solicitud de concurso o durante la tramitación del mismo y documentos falsos.

El artículo 443.4º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

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

Esta causa de culpabilidad debe ponerse en relación, necesariamente, con los artículos 7²⁴⁸ y 8 TRLC²⁴⁹, que se encargan de regular los documentos que

²⁴⁸ Que, recordemos, dispone que:

“A la solicitud de declaración de concurso el deudor acompañará los documentos siguientes:

1.º Una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular; de las causas del estado de insolvencia en que se encuentre, y de las consideraciones que estime oportunas acerca de la viabilidad patrimonial.

Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, la fecha del matrimonio, el régimen económico por el que se rija y, si se hubiera pactado, la fecha de las capitulaciones matrimoniales. Si el deudor tuviera pareja inscrita, indicará en la memoria la identidad de la pareja y la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia; la identidad de los administradores o de los liquidadores, de los directores generales y, en su caso, del auditor de cuentas; si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial, y si forma parte de un grupo de sociedades, enumerando las que estén integradas en este.

2.º Un inventario de los bienes y derechos que integren su patrimonio, con expresión de la naturaleza que tuvieran, las características, el lugar en que se encuentren y, si estuvieran inscritos en un registro público, los datos de identificación registral de cada uno de los bienes y derechos relacionados, el valor de adquisición, las correcciones valorativas que procedan y la estimación del valor actual. Se indicarán también en el inventario los derechos, los gravámenes, las trabas y las cargas que afecten a estos bienes y derechos, a favor de acreedor o de tercero, con expresión de la naturaleza que tuvieren y, en su caso, los datos de identificación registral.

3.º La relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, el domicilio y la dirección electrónica, si la tuviere, de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago del crédito, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

4.º La plantilla de trabajadores, en su caso, y la identidad de los integrantes del órgano de representación de los mismos si los hubiere”.

²⁴⁹ Que, recordemos, dispone que:

“1. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará a la solicitud de declaración de concurso, además, los documentos siguientes:

deben acompañarse a la solicitud voluntaria de un concurso de acreedores, pues esta causa de culpabilidad deberá ser analizada sobre la base de dichos documentos.

La inexactitud a que se refiere esta causa de culpabilidad implica una falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación y se precisa que sea una inexactitud grave²⁵⁰.

1.º Las cuentas anuales y, en su caso, los informes de gestión y los informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, estén o no aprobadas dichas cuentas.

2.º Una memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas, aprobadas y depositadas.

3.º Una memoria de las operaciones realizadas con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas, aprobadas y depositadas que, por su objeto, naturaleza o cuantía hubieran excedido del giro o tráfico ordinario del deudor.

2. Si el deudor formase parte de un grupo de sociedades, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados y el informe de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales finalizados a la fecha de la solicitud, estén o no aprobadas dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período y hasta la solicitud de concurso.

3. Si el deudor estuviera obligado a comunicar o remitir estados financieros intermedios a autoridades supervisoras, acompañará igualmente a la solicitud de declaración de concurso los estados financieros elaborados con posterioridad a las últimas cuentas que acompañan a la solicitud”.

²⁵⁰ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 327/2013, de 12 septiembre, estableció que:

*“Como decíamos en nuestra Sentencia de 16 de julio de 2009 (Rollo 112/09 (AC 2009, 1882)) la inexactitud a la que se refiere la causa de culpabilidad establecida en el art. 164.2.2.ºLC, **supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación y ha de ser grave**, siéndolo cuando se refiera a una información **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 convenio**”.*
[Fundamento de Derecho Sexto].

2.2.5. Conducta prevista en el artículo 443.5º TRLC. Incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad, doble contabilidad e irregularidades contables.

El artículo 443.5º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera”.

En este precepto se contiene pues una triple fundamentación para calificar el concurso como culpable²⁵¹:

- A)** El incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad.

- B)** La llevanza de doble contabilidad.

- C)** Las irregularidades contables relevantes.

²⁵¹ Vid. en este sentido GÓMEZ SOLER, E., en “La calificación del concurso de acreedores”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 48:

“En primer lugar, supone una obstaculización al normal desarrollo del procedimiento concursal, repercutiendo sobre el desempeño de las funciones de los órganos concursales. En segundo, el incumplimiento sustancial de los deberes contables puede ser causa de la generación del estado de insolvencia o de su agravación. La correcta llevanza de la contabilidad es esencial en la vida de la empresa, incidiendo en el juicio de oportunidad de las operaciones comerciales, en la medida en que el incumplimiento de la obligación y la deficiencia de información que supone pueden conllevar la realización de operaciones comerciales ruinosas o agravantes de la situación de crisis. Finalmente, la contabilidad constituye (especialmente, en el caso del empresario) una garantía de los intereses de quienes con él se relacionan y evita que sea imposible, en caso necesario, conocer su verdadera situación económica (SSTS2 de febrero y 9 de octubre 1976, 18 de febrero de 1977)”.

2.2.5.1. Incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad.

En relación con el incumplimiento de la llevanza de la contabilidad, el Tribunal Supremo tiene establecido que para que pueda imputarse esta causa de culpabilidad bastará con acreditar la omisión del deber,²⁵² siempre y cuando dicho incumplimiento (por omisión) sea relevante²⁵³.

²⁵² Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 522/2012, de 10 de septiembre:

*“Mas la discusión sobre si las irregularidades contables afirmadas en la sentencia recurrida respecto de los ejercicios de mil novecientos noventa y siete a mil novecientos noventa y nueve, carecen de toda relevancia para la decisión del recurso de casación teniendo en cuenta lo que establece la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, desde el momento en que la sentencia recurrida declaró probado que la ahora recurrente no llevó ninguna contabilidad en el ejercicio correspondiente al ejercicio del año dos mil, inmediatamente anterior a la declaración de la quiebra, pues tanto el artículo 889, ordinal primero, del Código de Comercio (LEG 1885, 21), como **el 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, no exigen para la calificación más que el incumplimiento del omitido deber**”.* [Fundamento de Derecho Tercero].

²⁵³ Vid. en relación con el carácter relevante del incumplimiento, nuevamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 522/2012, de 10 de septiembre:

*“Ática Técnica y Calidad, SL, que había obtenido en la primera instancia la declaración de insolvencia fortuita - artículos 886, ordinal primero , y 887 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) -, apoya su recurso en el argumento en que se había basado la sentencia luego apelada: debía aplicarse retroactivamente la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748) , concursal, cuyo artículo 164, apartado 2, ordinal primero , exige, para que el concurso pueda calificarse como culpable a causa de **irregularidades contables, que éstas tengan la condición de relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la persona concursada** - exigencia a la que no se refieren en su informe los síndicos ni el Fiscal en su dictamen-“.* [Fundamento de Derecho Segundo].

Así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 451/2013, de 11 de diciembre, que establece que el carácter relevante del incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad depende de si la contabilidad aportada permite conocer las verdaderas causas de generación de la insolvencia:

*“Que el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad es sustancial creemos que también se deriva de lo que llevamos expuesto. **El carácter sustancial o no de la contabilidad debe ser analizado desde la perspectiva de si la contabilidad aportada ha permitido a y a los terceros conocer las**”*

2.2.5.2. Llevanza de doble contabilidad.

En relación con la llevanza de doble contabilidad, podemos afirmar que siempre que se acredite²⁵⁴ la existencia de la misma (conocida vulgarmente como “caja B”), el concurso podrá ser calificado como culpable.

verdaderas causas de la generación de la insolvencia y resulta evidente que una ausencia de libros contables como la que pone de manifiesto

*La contabilidad debe permitir a quien la examine conocer en todo momento cuál es la situación patrimonial de la sociedad, ofreciendo una imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de los resultados de la empresa (artículo 34.3Ccom). De manera que **se incumple sustancialmente el deber no solo cuando no existe contabilidad alguna sino cuando la aportada no permite a la administración concursal el examen de cada una de esas finalidades.***

No contradice lo anterior el hecho de que en su solicitud de concurso (la evolución desfavorable del sector de actividad a que se dedicaba). Lo determinante es que se le ha privado de la efectiva posibilidad de comprobar cuáles han sido todas las causas relevantes que han determinado o agravado la insolvencia”. [Fundamento de Derecho Segundo].

²⁵⁴ Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 373/2014, de 19 de noviembre:

*“La sentencia tiene por acreditado que UOMO llevaba una contabilidad paralela a la contabilidad oficial. La administración concursal pudo constatar que existía un “diario de facturación” que reflejaba operaciones no declaradas ni fiscal ni contablemente por importe de 387.715,45 euros (documentos uno a cuatro). Y aporta una **muestra de esas facturas en “B” y del diario de facturación, también llamado “notas”**. Los recurrentes consideran que la administración concursal no ha probado el alcance de la irregularidad contable y, en concreto el importe total de las operaciones a las que afecta.*

[...]

Pues bien, en contra de lo esgrimido por los recurrentes, entendemos que la doble contabilidad ha quedado sobradamente acreditada. En su informe la administración concursal justificó esa práctica contable, documentándola en debida forma. Entendemos que no era necesario que se aportara a los autos el archivador con todas las notas de abonos.

Pero es más, los demandados acabaron admitiendo en la vista que, efectivamente, UOMO llevaba una doble contabilidad, que gestionaba directamente Don Claudio (padre de Don Cristobal y administrador de derecho de la compañía hasta su jubilación). Así Don Cristobal alegó que le constaba que la compañía “manejaba efectivo” (minuto 52.30 del primer vídeo); que su padre, administrador de hecho tras jubilarse, tenía una caja fuerte en su despacho y

2.2.5.3. Irregularidades contables.

En relación con las irregularidades contables relevantes, el Tribunal Supremo tiene establecido que para la apreciación de esta causa de culpabilidad no puede exigirse conocimiento o consciencia del alcance y significación jurídica de la irregularidad²⁵⁵, y que la irregularidad sea, nuevamente, relevante²⁵⁶.

que "sospechaba" que esa caja reflejaba "movimientos" (minuto 53:33)". [Fundamento de Derecho Tercero].

²⁵⁵ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) nº 994/2011, de 16 enero:

*"Hay que añadir a ello que, por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), dado que **la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él.** Lo que no significa que **las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad**". [Fundamento de Derecho Noveno].*

²⁵⁶ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 343/2015, de 5 junio:

*"En el presente caso, **el conjunto de irregularidades denunciadas** -no solo dos, como apunta el recurrente- **inequívocamente falsea la contabilidad**, pues tales irregularidades: (1º) ocultaron la situación patrimonial y financiera de la sociedad en relación a los recursos propios; (2º) obligaron a la administración social a realizar declaraciones complementarias de carácter tributario entre los ejercicios 2006 a 2009, inclusive, tan pronto fueron reveladas; (3º) supusieron falsear las cuentas anuales de los mismos ejercicios económicos, infringiendo las normas societarias y los artículos 25 y 34 del CdCom (LEG 1885, 21).*

***La relevancia de tales irregularidades contables es incontestable** y dio como resultado: (i) la **privación de la información para la comprensión de la situación financiera y patrimonial del deudor** y (ii), además, y como efecto conexo, la **sustracción de ingentes cantidades de dinero a los acreedores** que, de haberse mantenido en la sociedad, hubiera permitido alcanzar determinados acuerdos de pago, judicial o extrajudicialmente, como apuntó la administración concursal y confirmaron las sentencias de instancia". [Fundamento de Derecho Tercero].*

2.2.6. Conducta prevista en el artículo 443.6º TRLC. Incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

El artículo 443.6º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”.

En este mismo sentido, merece la pena acudir a las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 279/2019, de 22 mayo:

*“Tiene razón el tribunal de instancia cuando razona que **esta irregularidad en la contabilidad es relevante para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, pues muestra una solvencia de la que carece.** Por esta razón estaba justificada la incardinación de la conducta en el tipo previsto en el art. 164.2.1º LC , **cuya concurrencia conlleva en todo caso la calificación culpable del concurso.** Es cierto que para esta calificación culpable resulta irrelevante la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia”.*

Y la Sentencia nº 319/2020, de 18 junio:

“Para que las irregularidades contables puedan justificar la calificación culpable es necesario no sólo que se haya contravenido la normativa contable, sino además que tengan entidad suficiente, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la entidad concursada”. [Fundamento de Derecho Tercero].

En relación con esta causa de culpabilidad, el TRLC prevé un régimen especial en los artículos 452²⁵⁷, 453²⁵⁸ y 454²⁵⁹.

²⁵⁷ Este precepto se encarga de regular las especialidades en relación con la apertura de la sección sexta en caso de incumplimiento del convenio:

“1. En caso de incumplimiento del convenio, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón de ese incumplimiento el juez ordenará la formación de la sección sexta si no se hubiera abierto por razón del contenido del convenio aprobado.

2. Si la sección sexta hubiera sido formada en su día por razón del contenido del convenio, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón de ese incumplimiento, el juez procederá del siguiente modo:

1.º Si se hubiera dictado en ella sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

2.º Si continuara en tramitación, ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este título que le sean de aplicación”.

²⁵⁸ Este precepto se encarga de regular la personación de los acreedores y su posibilidad de realizar alegaciones, en caso de apertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio.

“Dentro del plazo de diez días, contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución por la que el juez hubiera acordado la reapertura de esa sección o la formación de pieza separada, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección o en la pieza separada y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

²⁵⁹ Este precepto se encarga de determinar cuál será el contenido del Informe de calificación de la administración concursal y, en su caso, del Dictamen del Ministerio Fiscal:

“1. En el caso de reapertura de la sección o de formación de pieza separada, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal, se limitarán a determinar las causas del incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución.

2. En el caso de formación de la sección de calificación, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal, expresarán los hechos relevantes para la calificación del concurso, sin la limitación a que se refiere el apartado anterior, con propuesta de resolución”.

Asimismo, mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) nº 246/2016, de 13 abril, se fijó doctrina jurisprudencial²⁶⁰ consistente en que si la sección de calificación se abre como consecuencia del incumplimiento de un convenio, únicamente podrá analizarse si concurre la causa prevista en el artículo 443.6º TRLC, esto es, si dicho incumplimiento es imputable al deudor concursado.

2.3. Presunciones *iusuris tantum* de culpabilidad del concurso.

En relación con las **presunciones iuris tantum** previstas en el actual artículo 444 TRLC (antiguo art. 165 LC), empezaremos diciendo que, como tiene entendido el Tribunal Supremo²⁶¹, se trata de determinadas conductas que

²⁶⁰ En concreto, el Fundamento de Derecho Undécimo de la citada resolución estableció que:

*“Fijación de doctrina jurisprudencial.
Conforme a todo lo expuesto y de acuerdo con lo previsto en el art. 487.3 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , procede la casación de la sentencia recurrida. Fijamos como doctrina jurisprudencial que: «**La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 º, 167.2 , 168.2 y 169.3 LC** (RCL 2003, 1748). Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, **el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado**»”.*

²⁶¹ Vid. en este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 327/2015, de fecha 1 de junio:

“Decisión de la Sala. El alcance de la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748).

*1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que **el art. 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1.** Contiene efectivamente 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 "iusuris tantum" [que*

actúan como complementarias a la cláusula general prevista en el antiguo artículo 164.1 LC (hoy art. 442 TRLC).

La concurrencia de alguna de ellas podrá implicar la calificación del concurso como culpable y, además, servir de base para justificar el dolo o culpa grave (elemento subjetivo) de la cláusula general.

Sin embargo, para poder declarar el concurso culpable por la cláusula general, o para poder imputar responsabilidad concursal pecuniaria por mor dichas causas, será además necesario acreditar que dichas conductas han incidido en la generación o agravación de la insolvencia²⁶².

2.3.1. Conducta prevista en el artículo 444.1º TRLC. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.

El artículo 444.1º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita [...]”. [Fundamento de Derecho Quinto].

²⁶² Vid. en este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo (**Sala de lo Civil, Sección 1ª**) nº 614/2011, de 17 noviembre:

“Alega la parte recurrente que no se fundamentó por la Sentencia recurrida el nexo causal entre la conducta de los administradores y la generación o agravación del estado de insolvencia. Resulta importante señalar que la parte recurrente no cuestionó tal aspecto a propósito de la aplicación del art. 165.1º LC para la calificación del concurso como culpable, y cuya concurrencia es inexcusable en todos los supuestos del art. 165 LC, pues este precepto solo presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable”. [Fundamento de Derecho Cuarto].

“Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”.

Esta causa de culpabilidad es de las más habituales en el seno de la calificación culpable del concurso.

Ello se debe, en gran medida, a que la mayoría de los procedimientos concursales se presentan de forma tardía, desembocando, también la mayoría de las ocasiones, en el supuesto conocido como “concurso del concurso”²⁶³.

Conforme dispone el artículo 5.1 TRLC:

“El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual”.

²⁶³ En efecto, gran parte de los procedimientos concursales acaban en situación de insuficiencia de masa activa. Como ya se ha dicho anteriormente en este trabajo, la insuficiencia de masa activa se produce cuando *“la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa”* (art. 249 TRLC). Es decir, cuando los bienes y derechos de que sea titular la concursada tengan un valor inferior al de los créditos que se hubieren devengado con posterioridad a la declaración del concurso. Esta situación suele llamarse en la práctica forense como “concurso del concurso”, habida cuenta de que ni siquiera podrán abonarse los créditos que ha provocado la situación concursal.

Resulta evidente que se precisa una solución al respecto, que evite que los procedimientos concursales se declaren en un momento en el que ni siquiera podrá cubrirse el coste del propio concurso.

Para ello, bien podrían replantearse los presupuestos en que es obligatorio presentar el concurso de acreedores, a los efectos de que la insolvencia, al tiempo de la declaración, no sea tan dramática y se pueda, al menos, cubrir el coste del propio proceso concursal.

Bien, por ejemplo, podría crearse una causa de culpabilidad, en sintonía con la del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, en la que se exijan responsabilidades pecuniarias (fijadas en el importe de los créditos contra la masa no cubiertos) a aquellos administradores societarios cuyo concurso acabe en situación de insuficiencia de masa activa por haberse presentado tarde.

La tardía reacción del derecho concursal no es un problema nuevo, sino que preside el mundo concursal desde los primeros días de aplicación de la Ley Concursal de 2003. Vid., en este sentido, Díaz Martínez, en Díaz Martínez (Coord.), *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia, 2009, pág. 23; donde se dice que, en caso de liquidación del concurso, lo más habitual es que los acreedores ordinarios no perciban importe alguno.

Por tanto, para que concurra esta causa de culpabilidad será necesario que, estando inmerso en un estado de insolvencia, se incumpla el deber de solicitar el concurso²⁶⁴.

Ese momento temporal, la llegada de la insolvencia, no debe confundirse en ningún caso con la causa legal de disolución por pérdidas²⁶⁵. En este sentido, es

²⁶⁴ Vid. en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 116/2015, de 13 mayo:

“No descartamos, en términos generales, que puedan existir situaciones en las que el deudor, cumpliendo puntualmente con sus obligaciones, se encuentre en insolvencia. Así ocurrirá cuando el cumplimiento se logre recurriendo a mecanismos ilícitos o anómalos de financiación. Ahora bien, entendemos que no basta con invocar las mismas irregularidades contables que han sido sancionadas con arreglo al artículo 164.2º.1º, sin añadir ningún hecho o circunstancia específica, más allá de lo que de forma implícita se encuentra en dicho precepto. De acogerse los argumentos de la administración concursal, cualquier irregularidad contable relevante conllevaría per se la demora en la solicitud de concurso”. [Fundamento de Derecho Sexto].

²⁶⁵ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 122/2014, de 1 abril:

*“1.- Las sentencias de instancia **aplican incorrectamente el art. 2.2 en relación con el 5.1 y el 165.1**, todos ellos de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), **al considerar** que la sociedad CASERO HERMANOS se encontraba en **situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas**, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso.*

*2.- **No puede confundirse la situación de insolvencia** que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», **con la situación de pérdidas agravadas**, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.*

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que

la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) **lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones** en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, **aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante** para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal **es la insolvencia, no el desbalance** o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

Esta sala, en su sentencia 590/2013, de 15 de octubre (RJ 2013, 7253) , realizó las siguientes afirmaciones sobre esta cuestión, que son de plena aplicación al supuesto objeto del recurso pese a que fueron realizadas en un litigio de naturaleza societaria:

«No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.

»Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y 105 LSRL (RCL 1953, 909 y 1065), y ahora en el art. 365 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400). Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC (RCL 1988, 1642)). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados».

3.- Ahora bien, tampoco es correcta la equiparación que hacen los recurrentes entre insolvencia y cesación de pagos, al afirmar que la insolvencia se produjo en enero de 2007 pues fue en ese momento cuando se produjo la cesación general en los pagos por parte del deudor común.

El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la Ley Concursal. Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la Ley Concursal)". [Fundamento de Derecho Decimotercero].

perfectamente posible que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, e incluso que el activo sea inferior al pasivo, pero que el deudor tenga viabilidad y no se halle en insolvencia gracias a haber obtenido financiación. Asimismo, y al contrario, podría suceder que un deudor tuviera un activo superior al pasivo pero que, por falta de liquidez, no pudiera hacer frente a sus obligaciones ordinarias y, por tanto, se hallara en insolvencia.

2.3.2. Conducta prevista en el artículo 444.2º TRLC. Incumplimiento del deber de colaboración.

El artículo 444.2º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio”.

Para dotar de contenido y significación a esta causa de culpabilidad, acudiremos a la recentísima Sentencia nº 107/2021 del Juzgado Mercantil de Oviedo, de fecha 30 de junio de 2021.

En ella, en primer lugar, se enuncian los elementos constitutivos de la infracción del deber de colaboración:

“a. - El incumplimiento debe ser trascendente -por afectar a elementos que dificulten, de modo igualmente grave, el normal desarrollo del concurso-, reiterado y contumaz (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 3 de Abril de 2012).

b. - La administración concursal deberá acreditar la realidad de los requerimientos (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 19 de junio de 2011), salvo, claro está, que los mismos consten en autos; no obstante, dado el volumen de documentación de un concurso, en el informe de calificación la administración concursal deberá facilitar al juez los datos que permitan localizar los requerimientos en las actuaciones (indicando fecha, sección en que se verificaron, etc.).

c.- En cuanto posterior a la declaración de concurso difícilmente pueden contribuir a la generación de la insolvencia, aunque sí a agravarla, puesto que un déficit de información sobre el patrimonio del concursado puede impedir la concertación de un convenio o dificultar o falsear un ordenado proceso de liquidación (SAP de Córdoba, Sección 3a, de 28 de Marzo de 2008).

d.- Una aportación parcial, defectuosa o extemporánea no impide calificar la conducta como un verdadero incumplimiento siempre que la información omitida o sesgada o el tiempo de su aportación sea esencial o trascendente para que la administración concursal tenga cabal y completo conocimiento de cuantas circunstancias son precisas para el correcto desarrollo de su función”. [Fundamento de Derecho Quinto].

Asimismo, la citada resolución también recopila ejemplos reales de supuestos en los que se ha producido el incumplimiento del deber de colaboración:

“a.- No facilitar la documentación societaria y contable (SSAAPP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de Abril de 2011 ; La Coruña, Sección 4ª, de 22 de Febrero de 2012 ; Pontevedra, Sección 1a, de 28 de Diciembre de 2012), ni los contratos financieros (SAP de Alicante, Sección 8a, de 13 de Enero de 2009).

b.- No facilitar información sobre diligencias de embargo de la TGSS ni extractos bancarios (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 30 de octubre de 2009).

c.- No asistencia a reuniones con la administración concursal (SAP de Barcelona, Sección 15a, de 2 de Febrero de 2011).

d.- Ocultación de una administración de hecho (STS, Sala 1ª, de 23 de Febrero de 2011).

e.- Administrador ilocalizable (SAP de Pontevedra, Sección 1a, de 26 de Diciembre de 2011), siempre que conste que se ha solicitado su colaboración o intentado su localización, pues en otro caso es irrelevante (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de Septiembre de 2011).

f. - Ocultar una querrela por delito fiscal (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 23 de Abril de 2013).

g.- No facilitar a la administración concursal datos de facturación que permitieren recuperar el IVA (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de Mayo de 2011).

h.- Proceder al cierre de hecho sin ponerlo en conocimiento del juez y de la administración concursal, prescindiendo del trámite del art. 40 LC (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de Septiembre de 2011).

i.- Omitir la readmisión de un trabajador provocando un incremento de la indemnización (SAP de Asturias, Sección 1ª, de 10 de junio de 2013)”.

2.3.3. Conducta prevista en el artículo 444.3º TRLC. No formulación, sometimiento auditoría o depósito de las cuentas anuales.

El artículo 444.3º TRLC, prevé la siguiente causa de culpabilidad del concurso:

“Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente”.

Este artículo contiene tres distintas conductas que pueden implicar la declaración del concurso como culpable, para aquellos deudores obligados legalmente a la llevanza de la contabilidad:

- A)** La no formulación de las cuentas anuales en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
- B)** El no sometimiento de dichas cuentas anuales a auditoría, si le fuera obligatorio hacerlo, en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

- C) El no depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En este sentido, debemos recordar que el artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que:

“Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados”.

Esta causa de culpabilidad tiene una íntima relación²⁶⁶ con la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.5º TRLC (incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad). Sin embargo, para poder acudir a este segundo precepto será necesario, como ya hemos dicho que el incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad sea relevante, y no consistente, únicamente, en la no formulación de las cuentas anuales.

²⁶⁶ Vid. en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 650/2016, de fecha 3 noviembre:

“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 art. 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 art. 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 art. 164.2.2º”. [Fundamento de Derecho Vigésimocuarto].

3. Tabla-resumen de causas de culpabilidad concursal.

Resulta muy ilustrativo recoger las causas de culpabilidad en una tabla-resumen²⁶⁷. Con ella, nos será más cómodo y ágil seguir el desarrollo de este capítulo:

	TRLR	LC	TEXTO
CLÁUSULA GENERAL	ART. 442	ART. 164.1	Acción u omisión que genere o agrave la insolvencia, mediando dolo o culpa grave
PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE	ART. 443.1 ^a	ART. 164.2.4 ^a	Alzamiento de bienes o realización de actos que obstaculicen la eficacia de un embargo
	ART. 443.2 ^a	ART. 164.2.5 ^a	Salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor
	ART. 443.3 ^a	ART. 164.2.6 ^a	Realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia
	ART. 443.4 ^a	ART. 164.2.2 ^a	Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o presentación de documentos falsos
	ART. 443.5 ^a	ART. 164.2.1 ^a	Incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad, doble contabilidad o irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera
	ART. 443.6 ^a	ART. 164.2.3 ^a	Incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado
PRESUNCIONES IURIS TANTUM	ART. 444.1 ^a	ART. 165.1.1 ^a	Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.
	ART. 444.2 ^a	ART. 165.1.2 ^a	Incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso o la administración concursal, no facilitar información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no asistir a la junta de acreedores cuando fuera determinante para el convenio
	ART. 444.3 ^a	ART. 165.1.3 ^a	No formulación auditoria o depósito de las cuentas anuales

En el siguiente apartado, analizaremos cuáles de dichas causas pueden resultar aplicables como consecuencia de un mismo hecho, y cuando ello no puede suceder por mor de la regla *non bis in idem*.

²⁶⁷ En ella se concentran todas las causas de culpabilidad previstas en el actual TRLR. Para mayor comodidad, hemos resumido dichas causas de culpabilidad centrándonos en la conducta típica prevista en cada uno de ellos.

4. Concurso de leyes entre causas de culpabilidad del concurso.

A los efectos de determinar cuándo un mismo hecho puede encajar en más de una causa de culpabilidad del concurso, resulta necesario acudir a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo.

Empezaremos acudiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 650/2016, de fecha 3 noviembre de 2016 (RJ\2016\5199).

En ella, la Sala Primera del Tribunal Supremo, con objeto de resolver un recurso de casación sobre la concurrencia o no de la causa de culpabilidad prevista en el antiguo artículo 164.2.2º LC, hoy actual artículo 443.4º TRLC²⁶⁸, pudo establecer su doctrina jurisprudencial acerca de la posibilidad de que un mismo hecho (falta de aportación de una determinada documentación) pudiera incardinarse en más de una causa de culpabilidad:

“La Ley Concursal prevé como causa que determina que, en todo caso, el concurso se califique como culpable, la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o el acompañamiento o presentación de documentos falsos (art. 164.2.2º).

Esta sala apenas ha tenido ocasión de tratar tangencialmente esta causa de calificación del concurso como culpable. Pero nuestros tribunales de instancia sí lo han hecho.

Los tribunales han considerado acertadamente 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.

²⁶⁸ Que, recordemos, dispone que el concurso se calificará en todo caso como culpable “cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”.

Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal 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 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 la específica causa de culpabilidad del art 164.2.1º de la Ley Concursal.

[...]

“En segundo lugar²⁶⁹, 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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.

Lo expuesto debe llevar a estimar este motivo del recurso y a que no se considere correcta la apreciación de la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.2º de la Ley Concursal, consistente en la inexactitud en los documentos acompañados con la solicitud de concurso”. [Fundamento de Derecho Vigésimocuarto].

²⁶⁹ Como primer argumento, la Sala Primera del Tribunal Supremo recriminó al tribunal de apelación que, lógicamente, “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” [Fundamento de Derecho Cuarto de la misma resolución].

Por ende, en este supuesto, el Tribunal Supremo estableció que la falta de aportación de determinada documentación contable puede incardinarse, tanto en la causa de culpabilidad contenida en el ordinal 1º, como en el ordinal 2º del art. 164.2 LC (hoy artículos 443.4º y 5º TRLC), pero, al encontrarnos ante el mismo desvalor determinante del reproche en ambas conductas, no podría calificarse culpable el concurso por una sola de ellas.

Podríamos añadir a esta regla, por identidad de razón y del desvalor que subyace bajo la causa de culpabilidad, que ese mismo hecho (si consistiera en la no aportación de las cuentas anuales) tampoco podría integrar, al mismo tiempo, la causa de culpabilidad prevista en el artículo 444.3º TRLC (antiguo art. 165.1.3º LC) consistente en la no formulación, no sometimiento a auditoría o no depósito de cuentas anuales.

Asimismo, y como establece el Tribunal Supremo, tampoco podría incardinarse al mismo tiempo dicha misma conducta (no aportación de una determinada documentación), en los tipos previstos en los actuales artículos 443.5º y 444.2º TRLC (antiguos 164.2.2º y 165.2º LC), por mucho que la no aportación de dichos documentos se hubiera extendido durante la tramitación del procedimiento, haciendo caso omiso a los requerimientos de la AC.

Merece la pena también acudir a la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 670/2019, de fecha 16 de diciembre de 2019 (Roj: STS 3924/2019).

En esta ocasión, el Tribunal Supremo debió pronunciarse nuevamente sobre la dicotomía existente entre las causas de culpabilidad previstas en el ordinal 1º y 2º de antiguo art. 164.2 LC (hoy artículos 443.4º y 5º TRLC).

En este caso, nos encontramos ante un supuesto donde:

*“[...] la sentencia recurrida, que ratifica en este extremo la de primera instancia, **funda la calificación culpable del concurso** entre otras causas, **en: el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza**”*

de la contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera de la empresa (164.2.1° LC); así como en **inexactitudes graves en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso** (164.2.2° LC). En este último caso, las inexactitudes graves se contienen en la información contable aportada con la solicitud de concurso". [Fundamento de Derecho Segundo].

Dicha sentencia, tras remitirse a la doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 650/2016, que acabamos de ver, resuelve que:

"4. En nuestro caso, **la inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso se refiere al balance de situación**, que formaba parte de la información contable que la sociedad concursada debía suministrar.

En el apartado 2 del art. 6 LC, se enumeran los documentos que con carácter general deben acompañar a la solicitud de concurso voluntario: un poder especial para pedir el concurso; la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; un inventario de bienes y derechos; la relación de acreedores; la plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere. Y en el apartado 3 se añade que si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, debe acompañar además lo siguiente:

"1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

"2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

"3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

"4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período".

La falta de aportación de documentación contable podría incardinarse tanto en el ordinal 1º como en el ordinal 2º del art. 164.2 LC, pero al encerrar el mismo desvalor, podría calificarse culpable el concurso por cualquier de ellas pero no por las dos al mismo tiempo.

Del mismo modo, en el presente caso, una vez que se ha calificado culpable el concurso por irregularidades relevantes en la contabilidad aportada que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la concursada (art. 164.2.1º LC), no cabe apoyarse en alguna de estas irregularidades contables para fundar la calificación culpable de concurso en la inexactitud grave de uno de los documentos contables aportados (en este caso, el balance de situación).

5. No obstante lo anterior, **aunque tiene razón el recurrente²⁷⁰, no resulta procedente la estimación del recurso de casación por falta de efecto útil**, ya que la infracción legal denunciada carece de relevancia en el presente caso, en cuanto que no altera ninguno de los pronunciamientos del tribunal de instancia: no impide calificar culpable el concurso por el resto de las causas apreciadas; **no afecta a la declaración del Sr. Bernabe como persona afectada por la calificación; tampoco afecta a la inhabilitación**, entre otras razones porque se impuso por el periodo de tiempo mínimo (dos años), que resultaría de aplicación en atención a la calificación culpable por el resto de las causas apreciadas; ni al resto de los pronunciamientos de condena, justificados por las demás causas apreciadas”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Como vemos, se sigue la misma línea que la sentencia anterior, aplicando nuevamente su propia doctrina jurisprudencial y dejando claro que, un mismo hecho (falta de aportación documental o informativa) no puede abarcar a la vez las causas de culpabilidad previstas en el ordinal 1º y 2º de antiguo art. 164.2 LC (hoy artículos 443.4º y 5º TRLC).

Sin embargo, esta última Sentencia del Tribunal Supremo n.º 670/2019, de fecha 16 de diciembre de 2019 (Roj: STS 3924/2019), realiza una previsión que resulta muy interesante:

“3. Conviene advertir que **una misma realidad, por ejemplo la desaparición de unos activos y su no inclusión en el inventario aportado con la solicitud de concurso, podría ser tomada en**

²⁷⁰ Y, pese a darle la razón (material) al recurrente, le impone las costas del recurso extraordinario.

consideración de diversa forma para la aplicación de distintas causas de calificación culpable, siempre que cada una de ellas contemple un desvalor distinto. Así, la omisión de ese activo en el inventario, en caso de merecer esta inexactitud la consideración de grave, podría justificar la calificación culpable al amparo del art. 164.2.2º LC; y, si se constata que ese activo salió del patrimonio del deudor sin justificación o causa alguna, cabría también calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.4º LC. En este ejemplo, el desvalor no es el mismo: en un caso se sanciona el suministro de información, en este caso contable, inexacta al solicitar el concurso; y en otro se sanciona el alzamiento o la desaparición de unos bienes o activos²⁷¹ de la concursada. Tendría sentido que se calificara culpable el

²⁷¹ Nótese como el Tribunal Supremo mezcla los conceptos relativos a dos causas de culpabilidad diferenciadas. En concreto, las causas previstas en los antiguos artículos 164.2.4º LC, relativa al alzamiento de bienes (hoy art. 443.1º TRLC) y 164.2.5º LC, relativa a la salida fraudulenta de bienes (hoy art. 443.2º TRLC).

Al respecto de la diferenciación entre ambas causas de calificación culpable del concurso, merece la pena acudir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) n.º 87/2009, de fecha 13 marzo de 2009 (JUR\2009\411481):

“El art. 164.2.4º LC dispone que, en todo caso, el concurso será calificado como culpable "cuando el deudor se hubiere alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiere realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación". En concreto, a la concursada se le imputa la primera conducta, haberse alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Tradicionalmente, se entiende por alzamiento de bienes la ocultación o desaparición fraudulenta de bienes, por parte de un deudor, para evitar que puedan cobrar sus acreedores. Debemos juzgar si pagar créditos de las sociedades del grupo, casi tres años antes de que se solicitara el concurso voluntario, puede equipararse a la referida ocultación o desaparición fraudulenta de bienes para impedir que cobren sus otros acreedores.

La interpretación literal del precepto debemos integrarla con otros criterios hermenéuticos, entre los que se encuentra el sistemático. En el mismo apartado 2 del art. 164 LC, se regula otra conducta que lleva consigo, también en todo caso, la calificación culpable del concurso: "cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos" (art. 164.2.5º LC). La inclusión de ambas conductas en el mismo listado, y que esta segunda, que podemos rubricar genéricamente de "enajenaciones fraudulentas", esté limitada en el tiempo, pues solo se tipifican las realizadas dos años antes de la declaración de concurso, nos debe conducir a dos iniciales conclusiones: primero, parece que el "alzamiento de bienes" y las "enajenaciones fraudulentas" deben de tratarse de conductas distintas, que por lo tanto pueden diferenciarse; y, segundo, el "alzamiento de bienes" es más grave que las "enajenaciones fraudulentas", pues no está sujeto a ninguna limitación temporal. Esto último, viene reforzado porque fuera de la regulación concursal, el alzamiento de bienes está tipificado como delito, prácticamente empleando la misma dicción literal, en

concurso al amparo de ambas causas porque, **además de que el desvalor es distinto en cada caso, las consecuencias de la calificación pueden variar**: en caso de apreciarse el alzamiento de bienes, **podría haber una condena a su restitución** (art. 172.2.3º LC), lo que no ocurriría si sólo se calificara el concurso culpable por inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso”. [Fundamento de Derecho Segundo].

Como acabamos de ver, y según tiene establecido el Tribunal Supremo²⁷², un mismo hecho, vg., la desaparición de determinados activos y su no inclusión en el inventario al solicitar la declaración del concurso, podría encajar en la conducta típica prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave) y, al mismo tiempo, encuadrarse en los artículos 442.1º TRLC (alzamiento) o 442.2º (salida fraudulenta de bienes).

Y ello habida cuenta de que, como venimos diciendo, el desvalor determinante del reproche no es el mismo en esas dos conductas.

el art. 257 CP , mientras que las enajenaciones fraudulentas de bienes y derechos del patrimonio del deudor no están tipificadas como tales en el Código Penal, y sí constituyen, en principio, el objeto de la acción pauliana. Esto es, una acción que permite impugnar actos válidos, afectados por una ineficacia funcional y no estructural.

De este modo, con carácter general debemos partir de que la Ley tipifica dos conductas distintas en el nº 4 y en el nº 5 del art. 164.2 LC, sin perjuicio de que, excepcionalmente, alguna enajenación fraudulenta reúna también los requisitos constitutivos del alzamiento de bienes, pueda ser calificada como tal y consiguientemente no opere la limitación temporal. Y así, acudiendo al anterior juicio comparativo, del mismo modo que en algún caso excepcional el fraude de acreedores con que se realiza una enajenación puede llegar a viciar la propia causa del negocio, convirtiéndola en ilícita, como ocurrió en el supuesto enjuiciado en la STS 27 de marzo de 2007 [2007/1616], también una enajenación fraudulenta podría excepcionalmente equipararse al alzamiento de bienes”. [Fundamento de Derecho Tercero].

²⁷² Pese a que alguna Audiencia Provincial lo ha entendido de diferente modo. A título de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 873/2018, de fecha 5 de diciembre de 2018 (ROJ: SAP B 11803/2018) se estableció que:

“Las salidas patrimoniales deben ser objeto, en su caso, de análisis en otros fundamentos de la sentencia, no en el de inexactitudes graves en la documentación”. [Fundamento Jurídico Sexto].

Así, por un lado, en la inexactitud grave se sanciona la falta de suministro de cierta información. Y, por otro lado, en el alzamiento o salida fraudulenta de bienes, se sanciona, precisamente, la salida o desaparición fraudulenta de un activo.

Además de que el desvalor es distinto en cada uno de los casos, también lo son las consecuencias que traería consigo la declaración de culpabilidad en cada supuesto.

Así, si se apreciara que concurre la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.1º TRLC (alzamiento de bienes) o en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.2º TRLC (salida fraudulenta de bienes), podría condenarse a las personas afectadas, o a sus cómplices, a la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa (ex art. 455.2.4º TRLC).

5. Tabla-resumen del concurso de leyes entre causas de culpabilidad.

Recapitulando todo lo anterior, podemos afirmar que:

- Un mismo hecho, consistente en la falta de aportación de determinada documentación contable, puede incardinarse, tanto en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave), como en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.5º TRLC (incumplimiento sustancial del deber de contabilidad), pero, al encontrarnos ante el mismo desvalor determinante del reproche en ambas conductas, no podría incardinarse en ambas al mismo tiempo.
- Por identidad de razón y del desvalor que subyace bajo la causa de culpabilidad, ese mismo hecho (falta de aportación de documentación contable, cuando estemos ante la falta de aportación de las cuentas

anuales) tampoco podrá integrar, al mismo tiempo, la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave) y en el artículo 444.3º TRLC (no formulación, no sometimiento a auditoría o no depósito de cuentas anuales).

- Asimismo, la no aportación de una determinada documentación tampoco podrá incardinarse al mismo tiempo en los tipos previstos en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial del deber de contabilidad) y 444.2º TRLC (incumplimiento del deber de colaboración).

- Por último, la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio de la concursada podrá integrar al mismo tiempo una de las causas de culpabilidad previstas en los artículos 443.1º TRLC o 443.2º TRLC (lógicamente, solo en una de ellas) y la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave).

Veámoslo de forma gráfica²⁷³:

	TRLR	LC	TEXTO
CLÁUSULA GENERAL	ART. 442	ART. 164.1	Acción u omisión que genere o agrave la insolvencia, mediando dolo o culpa grave
PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE	ART. 443.1*	ART. 164.2.4*	Alzamiento de bienes o realización de actos que obstaculicen la eficacia de un embargo
	ART. 443.2*	ART. 164.2.5*	Salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor
	ART. 443.3*	ART. 164.2.6*	Realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia
	ART. 443.4*	ART. 164.2.2*	Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o presentación de documentos falsos
	ART. 443.5*	ART. 164.2.1*	Incumplimiento sustancial de la fianza de la contabilidad, doble contabilidad o irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera
	ART. 443.6*	ART. 164.2.3*	Incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado
PRESUNCIONES IURIS TANTUM	ART. 444.1*	ART. 165.1.1*	Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.
	ART. 444.2*	ART. 165.1.2*	Incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso o la administración concursal, no facilitar información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no asistir a la junta de acreedores cuando fuera determinante para el convenio.
	ART. 444.3*	ART. 165.1.3*	No formulación auditoría o depósito de las cuentas anuales

6. Especial atención a la condena a devolver bienes o derechos que hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor.

Conforme ya hemos indicado anteriormente, en méritos de lo dispuesto en el artículo 455.2.4º TRLR, la sentencia que califique el concurso como culpable podrá contener el siguiente pronunciamiento:

“La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa”.

²⁷³ En la tabla se muestra la interrelación que puede existir entre causas de culpabilidad, uniéndose con una flecha verde aquellas causas de culpabilidad que pueden coexistir sobre un mismo hecho y en rojo aquellas que, en aplicación del principio de non bis in ídem, no podrán ser predicables sobre un mismo hecho.

Es decir, en los casos en los que se califique el concurso como culpable por la concurrencia de las causas de culpabilidad previstas, bien en el artículo 443.1º TRLC (alzamiento de bienes), o en el artículo 443.2º TRLC (salida fraudulenta de bienes), podrá también condenarse a las personas afectadas por la calificación, o a sus cómplices, a que reintegren a la masa activa dichos bienes o derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado.

Además, podría suceder que se condenara a las personas afectadas a la cobertura del déficit concursal.

Nótese que dicha condena a la devolución de los bienes o derechos que hubieren salido de forma indebida del patrimonio del deudor, o al pago a la masa de concretas cantidades por haber generado o agravado la insolvencia, coincide con el resultado que, en su caso, podría tener la estimación de una acción de reintegración, conforme a lo dispuesto en el artículo 235 TRLC²⁷⁴.

²⁷⁴ En efecto, dicho art. 235 TRLC dispone que:

- “1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado.*
- 2. Si el acto objeto de impugnación fuera un contrato con obligaciones recíprocas, la sentencia condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel que ya se hubieran realizado, con sus frutos e intereses.*
- 3. Si se tratase de un acto unilateral, la sentencia, si procediera, condenará a la restitución a la masa activa de la prestación objeto de aquel y ordenará la inclusión en la lista de acreedores del crédito que corresponda.*
- 4. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa activa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal.*
- 5. Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el deudor, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”.*

Así las cosas, en aquellos supuestos en los que se dé esta tesitura, deberá analizarse si, con anterioridad a la tramitación de la sección sexta, se ha tramitado alguna acción de reintegración, sobre esos mismos hechos y el resultado que dicha acción haya tenido.

Si ya existe una condena a devolver a la masa activa aquello que salió de forma indebida, no podrá lógicamente volver a condenarse por lo mismo.

Asimismo, si aún no existe una condena, ya que la sección de calificación se ha tramitado de manera prematura²⁷⁵ y sin esperar a que finalicen las acciones de reintegración interpuestas, en la sentencia de calificación deberá modularse la condena y hacerla depender del resultado que se pueda obtener, en su caso, en el incidente de reintegración.

En este sentido, encontramos un ejemplo muy claro en la ya citada anteriormente Sentencia n.º 400/2018, de la Audiencia Provincial de Barcelona (ROJ: SAP B 5873/2018), en la que se consideró que concurría la causa de culpabilidad genérica prevista en el antiguo artículo 164.1 LC²⁷⁶, por haberse producido determinadas salidas injustificadas de dinero.

El apartado n.º 29 del Fundamento Jurídico Sexto de la citada resolución estableció que:

*“29. En suma, la cuestión está en si **unas salidas injustificadas de 220.288,30 euros y de otros 128.000 euros** pueden determinar que el concurso se declare culpable al amparo de la causa de culpabilidad en examen y la respuesta que esa cuestión merece nos parece que debe ser afirmativa. **Existe agravamiento de la insolvencia y el hecho nos parece en ambos casos constitutivo de dolo o culpa grave**”.*

²⁷⁵ Nos remitimos aquí a lo extensamente indicado al respecto en el Capítulo III de este trabajo.

²⁷⁶ Hoy prevista en el art. 442 TRLC.

Asimismo, la resolución condenó a las personas afectadas a la cobertura parcial de déficit:

“48. El AC solicita la condena a la cobertura del déficit concursal e invoca el art. 172.3 LC. Creemos que en nuestro caso la responsabilidad concursal se encuentra bien delimitada por las sumas que salieron indebidamente del patrimonio de la concursada, que se concretan en la suma de 220.288,30 euros (Umbracle) y de 128.000 euros (Sapic Habitat). Por tanto, la condena del Sr. Ricardo se debe limitar al pago de la suma de 348.288,30 euros”. [Fundamento Jurídico Undécimo].

Sin embargo, y en la medida en que en ese momento aún se encontraba en tramitación una acción de reintegración que versaba sobre el mismo hecho, el Tribunal tuvo que añadir lo siguiente:

“49. Tal suma quedará minorada, en su caso, por los importes que eventualmente se hubieran podido recuperar por la masa como consecuencia de un eventual éxito de las acciones de reintegración ejercitadas”. [Fundamento Jurídico Undécimo].

En definitiva, como acabamos de ver, moduló la condena a la cobertura del déficit a los efectos de que las personas afectadas no fueran condenadas doblemente por los mismos hechos.

IX. EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE

1. El delito de insolvencia punible

1.1. Antecedentes históricos

La asunción y el pago de deudas por parte de los ciudadanos es un hecho tan antiguo como el mundo.

Durante la época de la antigua Roma, se introdujo el *nexum*, un sistema contractual mediante el cual el deudor podía venderse a su acreedor, ofreciendo su propia libertad como garantía del pago de sus deudas. Todo ello, a través de la institución denominada como *mancipatio*.

En el año 326 a.C., y con la aprobación de la Ley Poetelia Papiria, el *nexum* quedó eliminado de hecho, como consecuencia de la prohibición de que los deudores pudieran garantizar sus deudas con su propia libertad.

De esta forma, se creó una nueva institución jurídica a través de la cual cada persona quedaba obligada a garantizar sus deudas con su propio patrimonio. Ello no obstante, si el deudor no cumplía con sus compromisos, y se acreditaba el incumplimiento, podía ser encarcelado y solicitar el acreedor llevárselo a su casa para tenerlo como prisionero, pudiendo llegar a venderlo como esclavo para repartir el dinero resultante entre los acreedores.

Dicha institución se mantuvo a lo largo de los siglos, si bien, nuevamente y en la Castilla del siglo XV, se volvió a establecer la prisión por deudas o "*pro debito*" para judíos y musulmanes. Dicha práctica resultó residual en la época del medievo, y en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor si éste carecía de bienes con los que saldar la deuda, se establecía, de forma preferente, una servidumbre sobre los mismos.

Hasta aproximadamente el año 1.800, resultó posible la prisión por deudas, siendo los deudores encarcelados hasta su plena satisfacción. No obstante, y con la llegada de la Revolución francesa, se promulgó la prohibición de la prisión “*pro debito*”, eliminándose dicha institución.

Finalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre en 1966, se incorporó el artículo 11, cuya redacción establece que “*nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir con una obligación contractual*”.

1.2. El delito de insolvencia punible en la legislación española

El delito de insolvencia punible se encuentra tipificado en el Código Penal español desde el año 1.848. Sin embargo, la reforma del Código Penal de 2015 llevó a cabo una importante reconfiguración de este tipo delictivo.

En efecto, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo²⁷⁷, expone como justificación a la reforma, la necesidad de:

“facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica”, así como la de “ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles”²⁷⁸.

²⁷⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE [en línea], núm. 77, 31-03-2015, pág. 27061-27176). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

²⁷⁸ En este sentido, la justificación íntegra de la citada Exposición de Motivos es la siguiente:

“La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la

En este sentido, con anterioridad a 2015, únicamente eran relevantes al derecho penal aquellas insolvencias que *dolosamente* y con el ánimo de perjudicar el crédito de los acreedores hubiesen sido causadas por el deudor. Y así, el tipo penal establecía lo siguiente:

*“1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, **cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.**”*

Sin embargo, en la actualidad, y de conformidad con lo dispuesto en la exposición de motivos, no únicamente recibirá el reproche penal la causación o agravación dolosa de la insolvencia, sino también la falta de diligencia en la gestión de los asuntos económicos.

determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor.

La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor.

La nueva regulación se completa con la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda pública y la Seguridad Social. De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente”.

Además, el legislador ha optado por realizar una lista de conductas que serían constitutivas del tipo penal, coincidiendo éstas en su mayor parte con conductas que ya se encontraban contempladas en la legislación para la calificación culpable.

Así pues, la nueva regulación penal de las insolvencias punibles nos plantea una importante cuestión, consistente en la delimitación del ilícito concursal respecto del penal, así como la pervivencia de ambas figuras en un mismo caso concreto. Cuestión que se ve acrecentada, si cabe, con la introducción de la comisión del delito de insolvencia punible por imprudencia (259.3 del CP).

Asimismo, el Código Penal también sanciona un tipo agravado²⁷⁹, así como el delito de favorecimiento de acreedores²⁸⁰ y el delito de presentación de datos

²⁷⁹ Artículo 259 bis del Código Penal:

Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

2.^a Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

3.^a Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

²⁸⁰ Artículo 260 del Código Penal:

“1. Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.

falsos para lograr la declaración de concurso²⁸¹, los cuales no abordaremos por superar el ámbito de estudio del presente capítulo.

1.3. La tipificación actual del delito de insolvencia punible en el Código Penal tras la reforma de la LO 1/2015.

El actual artículo 259 del Código Penal tipifica las siguientes conductas:

“1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.ª Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.ª Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.ª Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6.ª Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este

²⁸¹ Artículo 261 del Código Penal:

El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.ª Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.ª Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.ª Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.”

Así pues, las conductas que actualmente sanciona el artículo 259 del Código Penal, pueden clasificarse de la siguiente forma²⁸²:

²⁸² BACIGALUPO ZAPATER, E. «Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013», *Diario La Ley*, 8303, 2014.

- 1) En primer lugar, un grupo de conductas que se corresponderían con la disminución efectiva del patrimonio del deudor o con un riesgo de pérdidas patrimoniales económicamente injustificado (259.1.1ª a 5ª CP).
- 2) En segundo lugar, un grupo de conductas que dificultarían los fines del concurso futuro y que se corresponden con la infracción de deberes contables o la destrucción de documentación relevante (259.1.6ª a 8ª CP).
- 3) Por último, acciones que infringen el deber general de diligencia en los asuntos económicos (259.1.9ª CP).

2. Causas de culpabilidad concursal vs. tipificación penal del delito de insolvencia punible

El art. 259, apartado cuarto, dispone que la calificación culpable penal no tendrá efectos prejudiciales en la calificación penal, y así:

“En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.

Sin embargo, la clara remisión a conceptos mercantiles y concursales que se realiza en el tipo penal hace que la interconexión entre ambas jurisdicciones sea tal que no pueda desvincularse la calificación culpable de los procedimientos penales por el delito de insolvencia punible²⁸³.

A continuación, mostramos las conductas que recoge el artículo 259 del Código Penal, así como las causas de culpabilidad recogidas en los art. 442 y ss. del

²⁸³ En sentido, Vid. SOUTO GARCÍA, E. M. «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)» en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 817.

TRLC para la calificación culpable concursal. Como podrá comprobarse, la identidad entre la mayoría de las conductas resulta evidente, lo cual conllevará importantes dificultades para distinguir, como veremos, en la práctica, la calificación culpable del delito de insolvencia punible.

CP	TRLC
<p>259.1.^a Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.</p>	<p>443.1.^o Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.</p>
<p>259.2.^a Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.</p>	<p>443.2.^o Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.</p>
<p>259.3.^a Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.</p>	<p>443.3.^o Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.</p>
<p>259.4.^a Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.</p>	<p>443.4.^o Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o</p>

	presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
259.5. ^a Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.	
259.6. ^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.	443.5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
259.7. ^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.	
259.8. ^a Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de	444.3.º Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera

<p>la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.</p>	<p>sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente.</p>
<p>259.9.^a Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.</p>	<p>Artículo 442. Concurso culpable.</p> <p>El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.</p>

Así las cosas, de la mera lectura de la actual regulación del delito de insolvencia punible pareciera que, por ejemplo, la infracción de deberes mercantiles resultaría *per se* constitutiva de delito.

Sin embargo, dicha interpretación podría resultar contraria al principio de *ultima ratio* y al principio de lesividad u ofensividad penal, así como a la prohibición de la prisión por deudas, máxime cuando el legislador contempla la comisión del delito por imprudencia.

En efecto, siguiendo a MIR PUIG²⁸⁴, el derecho penal no resulta necesario cuando la protección de la sociedad puede alcanzarse a través de otras vías, que serán

²⁸⁴ MIR PUIG, S. *op. cit.*, págs. 117 y 118.

preferibles en cuanto sean menos lesivas para los derechos de los individuos, pues el derecho penal debe ser un elemento subsidiario a cualquier otro medio de sanción no penal; el último recurso o la “última ratio”. Y así, siguiendo al mismo autor²⁸⁵:

“El Derecho penal ha de desear evitar lesiones en los bienes jurídicos más importantes, como la vida, la integridad física, la propiedad, el orden público, etc. El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de dañosidad o lesividad (nullum crimen sine iniuria), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos, ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal”²⁸⁶.

Es decir, el Derecho penal sólo debe utilizarse cuando no existan otros medios o recursos que resulten menos dañosos:

“Para proteger los intereses sociales del Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste”.

Asimismo, en virtud del principio de ofensividad²⁸⁷, sólo podrán ser perseguibles en el ámbito penal las conductas que pongan en peligro bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004, de 24 de febrero, estableció lo siguiente:

²⁸⁵ También MIR PUIG, S. *op. cit.*, pág. 140.

²⁸⁶ En el mismo sentido, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, el principio de ofensividad es un “*principio jurídico en virtud del cual solo puede castigarse como delito la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico susceptible, digno y necesitado de protección penal*”

²⁸⁷ Asimismo, tal como se expone en BAGES SANTACANA, J. *El principio de Lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 29, puede suceder que determinadas conductas puedan encajarse en el tipo, pero conforme a los principios de ofensividad, lesividad y proporcionalidad no merezcan ser penadas por carecer de carga mínima de lesividad.

“Acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, **la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico** (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) **frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo**. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, **en virtud del carácter de ultima ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables**, debiendo acudirse en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado”.

Además, los delitos de insolvencia punible han planteado, desde su inicial tipificación, el conflicto con la prohibición de la prisión por deudas²⁸⁸.

En este sentido se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 237/2004, de 26 febrero:

"este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas".

Y también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1316/2005, de 9 de noviembre:

"Ahora bien, el núcleo del delito lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concretado en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS 28.4.2003 [RJ 2003, 3868]), y

²⁸⁸ Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 11:

"Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

requiere los siguientes requisitos, citados en la STS 25.10.2002 (RJ 2002, 10850) y ATS. 27.2.2003 (RJ 2003, 2411):
(...)

En este sentido la jurisprudencia, Auto de 27.2.2003, citando la STS 87/2003 de 23.1 (RJ 2003, 682) , señala que el tipo penal del art. 260, «no exige determinar o individualizar **el perjuicio causado a los acreedores** que no forma parte de la estructura típica sino que –como explícitamente indica el núm. 2 del precepto– **es un elemento que juega a los meros efectos de graduación de la pena, pero en todo caso sí que será preciso precisar y probar los actos fraudulentos realizados**» ... Y en la STS 452/2002 de 15.3 (RJ 2002, 4931) que «que en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente –a diferencia de los modelos del derecho europeo– carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y cesación de pagos, **es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la «prisión por deudas» y el efecto de irradiación del art. 38 CE** (RCL 1978, 2836) , que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

De acuerdo con esta hermenéutica, **el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal”**

Así pues, teniendo en consideración los citados principios, en el siguiente apartado delimitaremos el tipo penal en relación con la calificación culpable concursal.

2.1. Delimitación del tipo penal del delito concursal: naturaleza del delito de insolvencia punible.

Como hemos explicado en el anterior apartado, el principio de ofensividad conlleva que la tipificación del delito atienda, bien a una lesión del bien jurídico

protegido, o bien a una puesta en peligro del mismo, en este caso, el derecho de crédito de los acreedores²⁸⁹.

Asimismo, la doctrina penal distingue entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

En los delitos de peligro concreto²⁹⁰, se requiere que el bien jurídico protegido haya estado realmente en peligro, esto es, que se haya encontrado dentro de la esfera de influencia de la fuente de peligro²⁹¹.

Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, únicamente será necesario para su comisión la realización de la conducta contemplada en el tipo, la cual el legislador ha considerado que, *per se*, pone en peligro el bien jurídico protegido²⁹².

²⁸⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 771/2006, de 18 de julio, en la que se establece que el bien jurídico protegido es “*el derecho personal del crédito, con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico*”.

²⁹⁰ En cuanto a los delitos de peligro concreto, y según ZIESCHANG, F. *Die Gefährdungswdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pág. 51., se requerirían los siguientes requisitos:

- a) Un juicio de “probabilidad cercana de lesión.
- b) El ingreso de un bien jurídico en el ámbito de influencia de una fuente de peligro.
- c) Que dependa “de la casualidad” si se produce o no la lesión.

²⁹¹ KISS, A. «Delito de lesión y delito de peligro concreto:». *InDret*, 2015, Núm. 1.

²⁹² Así, en CEREZO MIR, J, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo». *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (10), 47–72, el peligro no es un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Como veremos a continuación, dicha clasificación es imprescindible para poder configurar cuales son los requisitos para que las conductas enumeradas en el artículo 259 sean susceptibles de integrar el delito de insolvencia punible, y puedan así diferenciarse de los tipos concursales.

2.1.1. El delito concursal como delito de peligro y su delimitación con la calificación culpable.

El legislador clasifica el delito concursal como un delito de *peligro*²⁹³, y así, en la exposición de motivos de la ley de reforma de 2015, pone de manifiesto lo siguiente:

²⁹³ Si bien es cierto que, como hemos expuesto, el legislador define los delitos de insolvencia punible como delitos de peligro, la doctrina se ha mostrado pacífica en afirmar que el apartado segundo del artículo 259 se trata de un delito de lesión, en el que la causación de la insolvencia –y así, la lesión del derecho de crédito a los acreedores– es un elemento del tipo. Es por eso que, en los apartados venideros, aunque expresamente no se haga referencia, nos estaremos refiriendo a las conductas previstas en el apartado primero del artículo 259 CP.

Asimismo, conviene recordar que, con anterioridad a la reforma, la jurisprudencia había entendido el delito concursal como un delito de lesión. En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 652/2018, de 14 de diciembre:

*“Se ha discutido doctrinalmente si este tipo penal es un delito de lesión o de peligro. La jurisprudencia ha zanjado esta polémica. Así, entre otras, la STS 1018/2008(sic), de 26 de octubre (RJ 2006, 8173) afirma que **el perjuicio a los acreedores es un elemento del tipo** y lo razona de la siguiente forma: “ con relación al perjuicio a los acreedores, realmente este requisito no resulta propiamente de una primera aproximación interpretativa al contenido del tipo que se encuentra incluido en el art. 260.1 del Código penal , pero **creemos indudable su concurrencia**. Primeramente, **porque este delito lo es de resultado, ya que requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia, que debemos considerarla como “generalizada”** (derivada del propio concepto del concurso)... **y en segundo lugar, porque el apartado 2 del citado art. 260 , nos ofrece la pauta del “perjuicio inferido a los acreedores”, para graduar su penalidad, teniendo en cuenta su número y condición económica, pero dando por supuesto que, siempre, tendrá que haber algún perjuicio a los acreedores, lo que, además, es de toda lógica, pues en caso contrario no se comprendería la razón de penalizar este comportamiento”**.”*

Y, además, en cuanto al tipo subjetivo que, recordemos, anteriormente únicamente era posible su comisión dolosa:

“El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor”.

Sin embargo, el legislador no aclara si se trata de un delito de peligro abstracto –y por tanto, la mera realización de las conductas enumeradas constituirán el

“El delito previsto en el artículo 260 es doloso y el dolo ha de comprender lógicamente todos los elementos del tipo, incluyendo el resultado material que, como hemos referido antes, es dual: la situación de insolvencia y el perjuicio efectivo a los acreedores. Sin embargo, este tribunal ha declarado cuando el artículo 260 CP utiliza la expresión "dolosamente" no se refiere a un elemento de la culpabilidad sino a una actuación fraudulenta.

*En efecto, la STS 40/2008, de 25 de enero (RJ 2008, 1714), indica que "dolosamente no puede ser entendida estrictamente en el concepto de "dolo" (como elemento de la culpabilidad), pues el delito lo es, por imperativo del art. 12 del Código penal, ya que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley", y aquí no existe tipo imprudente. De modo que **el concepto de este "dolo" no es éste, sino la equiparación con el fraude, esto es, la ley debe interpretarse en el sentido de que la conducta del deudor esté presidida por la intención de perjudicar (dolosa y fraudulentamente) a sus acreedores, con un comportamiento que comprenda la voluntad de atentar contra sus legítimos derechos e intereses jurídicos, originándose un perjuicio patrimonial**".*

*En la misma dirección la STS 237/2004, de 26 febrero (RJ 2004, 1534), citando la STS 1799/2000, de 20 de noviembre (RJ 2000, 9548), recuerda que **"este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas"**."*

[El subrayado y la negrita es nuestra].

Esta Sentencia nos parece muy clarificadora al citar la jurisprudencia anterior destacada, nos permite realizar dos consideraciones muy interesantes a la luz de la nueva regulación.

En primer lugar, la exigencia del perjuicio a los acreedores como causa de legitimación a la penalización del comportamiento. Y, en segundo lugar, la exigencia del ánimo fraudulento como exigencia para la exclusión de la prisión por deudas. Exigencias que, como veremos, quedan muy diluidas con la nueva regulación.

ilícito penal– o si, por el contrario, se trata de un delito de peligro concreto²⁹⁴ –y deberá pues acreditarse, en el caso concreto, la efectiva puesta en peligro del derecho de crédito de los acreedores–.

²⁹⁴ Asimismo, Si acudimos a la jurisprudencia, no encontramos una postura clara al respecto puesto que, en las Sentencias que se han dictado con posterioridad a la reforma –y así, con la nueva configuración según el legislador como delito de peligro– se han pronunciado *obiter dicta* reiterando la jurisprudencia anterior con la antigua regulación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 358/2020, de 1 de julio:

“El delito de insolvencia punible del art. 259 en su redacción vigente, que es la que ha sido objeto de la acusación y condena, se promulga por la LO 1/2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

El tipo penal es un delito especial propio cuyos elementos esenciales son: a) Su autoría solamente se puede predicar de un sujeto con condiciones específicas: ser deudor declarado en concurso, o que haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.(art. 259.1.4 CP); b) el resultado que ha de constatarse es una situación de crisis económica en la empresa, que implique un perjuicio para los acreedores, cuya entidad se erige en canon de referencia para determinar la pena; c) la situación de crisis de la persona insolvente, o su agravación, ha de relacionarse con alguna de las causas del art. 259 CP; d) subjetivamente, esos actos causales han de ejecutarse con dolo, es decir con la voluntad de tal efectividad, de la que el sujeto ha de ser consciente cuando lleva a cabo dichos actos. Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables a título de negligencia. (STS 730/2017, de 13 de noviembre (RJ 2017, 5340)). Por lo tanto, el relato fáctico debe señalar, de una parte, la situación de insolvencia y, de otra, el incumplimiento de los deberes de buen gobierno del art. 259 CP.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 220/2016, de 15 de marzo:

*“ 1. Tal como se señala en el auto recurrido, con razonamientos que pueden darse aquí por reproducidos, **el artículo 260.1 castigaba al que fuere declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. En el artículo 259.1 actual se castigan conductas que, aunque con redacción diferente, tienen el mismo significado y contenido. Se castiga en este precepto al que encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente realice alguna conducta de la serie contenida en los números siguientes, hasta el 9º, de cuya descripción resulta que indudablemente se trata de actos que supondrán un agravamiento de aquella situación,** finalizando con una cláusula de cierre en el último apartado, que se refiere a realizar "cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o de su actividad empresarial ". **Y en el artículo 259.2 se castiga con la***

Si entendemos que se trata de un delito de peligro abstracto²⁹⁵, en la práctica, conllevará la equiparación de la calificación culpable concursal con la calificación penal, pues esta última no requeriría ningún plus añadido. E incluso existirían conductas que no merecerían el reproche concursal pero sí el reproche penal²⁹⁶.

misma pena a quien, mediante alguna de las conductas del apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

Tal como se razona en el auto impugnado, la condena se dictó castigando la conducta del recurrente consistente en despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., que dejó a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él.”

²⁹⁵ Así pues, SÁNCHEZ DAFAUCE, M. *Estudio crítico sobre el delito concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 59, parece situar la nueva configuración de los delitos de insolvencia punible en la modalidad de peligro abstracto, al entender que el legislador ha trasladado al derecho penal la técnica legislativa del derecho privado –y así, las presunciones de culpabilidad concursales–, poniendo de manifiesto las dificultades que ello conlleva para su distinción con la calificación culpable concursal.

También ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013». *La Ley Penal*, nº 105, 2013, pág. 12, si bien mostrándose muy crítico a esta nueva regulación, entiende que la nueva configuración del delito de insolvencia punible es de peligro abstracto, y que por tanto, únicamente se añade a la concepción concursal el dolo o imprudencia según su concepción jurídico-penal, pero no se requiere el *resultado* de perjudicar a los acreedores.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G. «El delito de concurso o bancarrota» en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015* Comentario a la reforma penal de 2015, Navarra, 2015, pág. 509. parece también entender que nos encontramos ante delitos de peligro abstracto, puesto que argumenta que la reforma parte de la dificultad de establecer la relación de causalidad entre los distintos actos y estado de insolvencia.

²⁹⁶ Podría darse incluso la paradoja de que, para que pueda condenarse a la cobertura del déficit concursal, en materia concursal, se exija la efectiva generación o agravación de la insolvencia y que, en sede penal, ello no fuera necesario para ser condenado como reo del delito concursal.

Sin embargo, si entendemos que se trata de delitos de peligro concreto²⁹⁷, será necesario, además de la realización de alguna de las conductas descritas, la corroboración de la efectiva puesta en peligro del derecho de crédito de los acreedores.

Esta corroboración no planteará mayores problemas en aquellas conductas que suponen una minoración del patrimonio del deudor²⁹⁸, pero sí resultará conflictivo en aquellas conductas que recogen una infracción del deber de diligencia. Así,

²⁹⁷ Aquí deberemos distinguir entre aquellos que consideran que el derecho de crédito será puesto en peligro cuando pueda producirse un perjuicio informativo y aquellos que consideran que la puesta en peligro debe referirse a un posible perjuicio patrimonial.

Así, GUTIÉRREZ PÉREZ, E. *El derecho penal frente a la insolvencia. Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 200, entiende que el delito de insolvencia punible es un delito de peligro concreto, en los que la conducta debe vincularse a un peligro concreto, el cual consiste en el perjuicio informativo, que puede mutar a uno de carácter patrimonial para el derecho de crédito de los acreedores.

Por otro lado, FRANCÉS LACUMBERRI, P. «El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1.6ª a 8ª CP). Críticas y claves para su interpretación», *InDret*, 2, 2019, entiende que aquellas conductas contempladas en los arts. 259.1.6ª a 8ª, únicamente serán relevantes al derecho penal cuando pongan en peligro con carácter patrimonial el derecho de crédito de los acreedores al ser éste el bien jurídico protegido por el delito.

En el mismo sentido se pronuncia FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal», *Anuario de derecho concursal*, 16, 2009.

Así pues, según GUERREA MARTINEZ, A. *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, Tesis Doctoral Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2015, pág. 120-121, la comisión de irregularidades contables, si bien provocará un perjuicio informativo, no siempre constituirá un perjuicio patrimonial para los acreedores.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ CELADA, E., «La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015», *InDret*, 1, 2017, p.33, en relación con el delito concursal, entiende que deberá acreditarse que las conductas contempladas en el apartado primero del artículo 259 del Código Penal han generado un riesgo efectivo en el bien jurídico protegido, entendiéndose que se trata de un delito de peligro concreto, siendo necesario acreditar que la conducta del deudor supuso una amenaza real para el cobro de los créditos de los acreedores.

²⁹⁸ Conductas previstas en 259.1.1ª a 5ª CP.

por ejemplo, la infracción de los deberes contables no siempre conllevará un perjuicio patrimonial en el derecho de crédito de los acreedores²⁹⁹.

Una correcta salvaguarda de los principios de *ultima ratio* y de lesividad u ofensividad, nos conduce a la necesaria interpretación de que estamos ante delitos de peligro concreto, logrando así, además, una mejor delimitación con respecto de la calificación culpable del concurso.

3. Supuestos de coexistencia de condena penal y la calificación culpable con cobertura del déficit: riesgo de *bis in idem*

Como se ha expuesto en los anteriores apartados, la tipificación de conductas idénticas tiene como consecuencia la difícil delimitación entre el ámbito de la calificación concursal y del delito concursal³⁰⁰.

Sin embargo, otra de las problemáticas que se nos plantean será la coexistencia en un mismo caso concreto de un procedimiento penal por el delito de insolvencia punible con la calificación culpable concursal y, en su caso, la efectividad de la condena que pudiera recaer en ambas sentencias³⁰¹.

Esta discusión ha sido resuelta mediante la Sentencia del Tribunal Supremo 372/2012, de 11 de mayo:

²⁹⁹ Así, si bien es cierto que las primeras conductas contempladas en el apartado primero del artículo 259 –las cuales suponen la minoración del patrimonio del deudor– el perjuicio en el derecho de crédito de los acreedores será eminentemente patrimonial, ello no es tan claro en el segundo y tercer grupo de conductas –que consisten en conductas que dificultarían los fines del concurso futuro la infracción del deber de diligencia en los asuntos económicos– en las que el perjuicio en el derecho de crédito podría ser meramente informativo.

³⁰⁰ En este sentido, siguiendo QUINTERO OLIVARES, G. *Op.cit.*, pág. 504, si bien es cierto que no se trata de una infracción del principio *non bis in idem*, es contrario a principios jurídicos generales.

³⁰¹ Vid. JOSHI JUBERT, U. «Protección penal de los acreedores» en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍNEZ, V. (Dir.) Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 433.

“En materia de responsabilidad civil ligada al delito de insolvencia concursal, la relación entre la jurisdicción civil y penal es autónoma pero interrelacionada. El art. 260.3 del CP es claro cuando señala, a los efectos que ahora interesan, que "... el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa". El desenlace en el ámbito de la responsabilidad civil estará condicionado, como es obvio, por el art. 112 de la LECrim , conforme al cual, una vez se ejercita la acción penal, se entenderá también utilizada la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla una vez terminado el juicio criminal. **De ahí que no exista cobertura jurídica para afirmar que el Juez penal llamado a enjuiciar el carácter delictivo de la insolvencia concursal carezca de capacidad para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito.** Las fuentes obligacionales son distintas y como tal operan en cada uno de los procesos.

(...)

Al margen de ello, **conviene precisar que la existencia de un tratamiento jurisdiccional en paralelo, aunque claramente interrelacionado en materia de responsabilidad civil, se manifiesta en otros preceptos de la legislación concursal.** Tal es el caso del art. 50.2 de la Ley 22/2003, 9 de julio (RCL 2003, 1748) , **en el que se exhorta a los Jueces y Tribunales del orden penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor a que emplacen a la administración concursal y la tengan como parte en defensa de la masa, si se personase.**

De ahí que no nos hallemos ante un problema de non bis in idem, como con cierto desenfoque se defiende en el motivo. La prohibición constitucional de doble incriminación, en la medida en que supone un desbordamiento del principio de culpabilidad, no acoge en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. La exclusión del deber de pagar de forma duplicada una obligación civil, encuentra una explicación más lógica en la concurrencia de alguna de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 Código Civil (LEG 1889, 27)). No se trata, en fin, de un problema asociable al non bis in idem, sino a la idea civil de enriquecimiento injusto, excluible, precisamente, mediante una decisión jurisdiccional que, ya en fase de ejecución, analice la concurrencia de algún hecho extintivo del deber de hacer frente a la obligación declarada o, como sucede en el caso presente, de una disposición legal (art. 260.3 CP) que aplique a un destino específico -su incorporación a la masa- la cantidad resultante.

En suma, **no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya**

efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos. No en vano, el art. 86 ter 1 o, 3o de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) señala entre las competencias del Juez del concurso conocer de "... toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado ". Idéntica cautela late en el art. 53.1 de la Ley Concursal 22/2003, 9 de julio, en el cual se dispone que el Juez mercantil ha de dar cumplimiento a las sentencias dictadas antes o después de la declaración de concurso "... el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".

Así pues, la coexistencia de la responsabilidad civil derivada del delito y la condena a la cobertura del déficit concursal será posible, habida cuenta de las diferentes fuentes obligacionales. Sin embargo, si ambas condenas tienen su fundamentación en hechos idénticos, posibilidad que se ve agravada tras la reforma concursal de 2015³⁰², ello deberá tenerse en cuenta por el Juez del concurso con el fin de evitar un posible enriquecimiento injusto.

³⁰² Si bien es cierto que, como ya hemos expuesto, en muchos de los supuestos introducidos por la reforma, se dará la paradójica situación de que una conducta que no es apta para la cobertura del déficit concursal si lo será para la calificación penal.

X. ASPECTOS PROCESALES DE LA FUTURA REFORMA CONCURSAL.

A finales de diciembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal (Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo), cuya entrada en vigor está prevista para los primeros meses de 2022³⁰³.

La nueva norma tiene por objeto la adopción de las reformas legales necesarias en España para la transposición al derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La reforma, según su propia Exposición de Motivos “*pretende afrontar este conjunto de limitaciones mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia*”.

En este sentido, el nuevo Proyecto recientemente aprobado incorpora importantes reformas en materia concursal, en un intento de agilizar y dotar de elementos eficaces para mejorar los procedimientos concursales y posibilitar el mantenimiento de empresas que tengan viabilidad y evitar destrucción del tejido empresarial.

³⁰³ En concreto, 20 días después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, cosa que todavía no se ha producido).

1. Aspectos generales de la reforma de la nueva Ley Concursal.

En cuanto a las novedades generales que tendrá la nueva Ley Concursal, podemos destacar las siguientes:

1.1. Planes de reestructuración.

Se introducen los planes de reestructuración como Instrumento pre-concursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla. De esta forma, se posibilita llevar a cabo una actuación previa a la de los actuales instrumentos pre-concursales. Se pretende una reestructuración más temprana y con mayores probabilidades de éxito, a fin de evitar la necesidad de acudir al concurso de acreedores, y prevenir la situación de insolvencia.

Para ello, se ha creado además la figura del experto en la reestructuración.

Asimismo, y como consecuencia de la creación de los Planes de reestructuración como nueva herramienta previa al concurso, desaparecen los actuales instrumentos pre-concursales (el acuerdo extrajudicial de pagos y los acuerdos de refinanciación).

En este sentido, la Exposición de Motivos de la nueva Ley establece lo siguiente:

“En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento pre-concursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos pre-concursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una

situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos concursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo”.

1.2. Microempresas.

La nueva Ley incorpora un nuevo procedimiento aplicable a microempresas³⁰⁴. Para ello, se incorpora un nuevo Libro Tercero, integrado por los artículos 687 a 720 de la Ley Concursal, bajo la rúbrica de *“Procedimiento especial para microempresas”*.

Dicho procedimiento será aplicable a microempresas en probabilidad de insolvencia, en insolvencia inminente o insolvencia actual y será además aplicable a los autónomos (si son microempresas), quienes además pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad.

El proceso se caracteriza por una simplificación procesal máxima. Como muestra de dicha simplificación, se eliminan todos los trámites que no sean necesarios, y se limita la participación de profesionales (administración concursal, mediador, letrado o procurador) a determinadas funciones expresas, como son el asesoramiento letrado en fase de calificación o cuando lo soliciten las partes y asuman su coste.

³⁰⁴ En concreto, todas aquellas que tengan menos de diez trabajadores, unos ingresos anuales inferiores a dos millones de euros. Este tipo de empresas constituye en nuestro país casi el 94% del tejido empresarial, según indica el propio proyecto.

El procedimiento se tramitará a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste alguno. Con ello, se pretende dar agilidad, abaratar los costes del proceso, tener acceso a la información en tiempo real y facilitar la comprensión a los usuarios.

1.3. De la llamada “Segunda oportunidad”.

Tal y como establece la propia Exposición de Motivos:

“Por último, la Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que éste conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales”.

Pese a la normativa europea, lo cierto es que en nuestro país, hasta la fecha, la segunda oportunidad ha tenido escasa aplicación.

El nuevo proceso será aplicable al deudor persona natural, sea o no empresario, siempre que sea un deudor de buena fe, a través de la sujeción a un plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa; o con la liquidación de la masa activa.

Además, se reducen los plazos para obtener la exoneración del pasivo del deudor.

La polémica empero continúa con la exoneración de los créditos públicos, que quedan expresamente excluidos de la posibilidad de exoneración. Ello no obstante, y atendiendo al propio contenido de la Directiva europea y a la jurisprudencia que se ha venido estableciendo en nuestro derecho, es previsible que pudiera darse una interpretación tendente a posibilitar también la exoneración de los créditos de derecho público.

1.4. Concursos sin masa.

Se modifica el régimen de los concursos sin masa activa. La nueva Ley modifica el sistema de los concursos cuya apertura y conclusión se declara en el mismo Auto.

En la nueva regulación, una vez declarada la situación concursal, los acreedores disponen de una posibilidad de control de dicha conclusión.

1.5. Administración Concursal.

Pese a que no se crea un Estatuto de la Administración Concursal, la nueva norma incorpora importantes cambios en lo que a la regulación de la figura de la Administración Concursal se refiere.

La nueva Ley elimina, como norma general, la figura de la administración concursal del procedimiento de microempresas, modifica la forma para su designación haciendo más estrictos los requisitos que deben cumplir los profesionales para su nombramiento y le otorga mayor responsabilidad. En este sentido, la retribución de la administración concursal se devengará conforme vaya cumpliendo con las funciones que le han sido atribuidas.

En la nueva Ley, se dota a los Administradores concursales de capacidad para modificar errores en la lista de acreedores, hecho que pretende reducir los incidentes concursales, como otra forma de dotar de agilidad a los procedimientos.

En definitiva, la nueva Ley introduce importantes cambios pre-concursales, intenta dotar de más eficiencia al procedimiento concursal y establece un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, modificando asimismo el tratamiento y funciones de la Administración Concursal.

2. Reforma de la Ley Concursal en materia de calificación del concurso.

La nueva norma también incorpora, para lo que ahora más nos interesa, determinadas novedades relevantes en materia de calificación del concurso.

Así, la propia Exposición de Motivos de la Ley nos introduce sintéticamente dichas novedades:

*“El Capítulo IV incluye la regulación de un procedimiento abreviado de calificación del procedimiento especial. Las diferencias con la calificación del concurso de acreedores son varias. En primer lugar, **la calificación solo podrá abrirse en caso de liquidación de la microempresa, pero no en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación.** Esto no quiere decir, que los comportamientos antijurídicos realizados por el deudor o por aquellas personas que habrían podido resultar afectadas por la calificación queden sin remedio procesal, sino, simplemente, que deberán ventilarse en la instancia apropiada (por ejemplo, en un juicio de responsabilidad civil o en los juzgados de lo penal). Otra diferencia importante consiste en la **no obligatoriedad de la apertura de una fase de calificación una vez concluida la liquidación en el procedimiento especial.** De este modo, **será necesario que, como regla general, acreedores que representen al menos el 10% del pasivo total soliciten la apertura de la calificación; o que lo hagan los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad; o, cualquier acreedor, con independencia de su tamaño y naturaleza, cuando objetivamente se haya producido una ocultación o una falsificación de la información provista durante el procedimiento especial.***

La calificación se realizará a través de un procedimiento abreviado, cuyo comienzo no requiere la finalización de las labores de liquidación, sino que puede desarrollarse en paralelo con el resto del procedimiento. En la calificación, la administración concursal juega el papel principal, debiendo ser nombrada si no lo había sido ya. El proceso sigue el esquema del concurso de acreedores, con la presentación de un informe por la administración concursal, que terminará la calificación cuando no encuentre motivos para justificar la culpabilidad. Cuando, por el contrario, se solicite la calificación del procedimiento especial como culpable, las personas afectadas podrán oponerse. Excepcionalmente, este trámite procesal sí debe realizarse con intervención de asistencia letrada. Se sustanciará mediante una vista virtual, si bien el juez podrá convocar una presencial cuando la práctica de la prueba así lo aconseje. Las presunciones de culpabilidad y el contenido de la sentencia se regulan por el Libro primero La especialidad en el ámbito del procedimiento para microempresas se sitúa en la atención que se concede a la veracidad y

completitud de la información que el deudor debe aportar tanto en la solicitud como a lo largo del procedimiento.

Veámoslo detenidamente:

2.1. Alegaciones de los acreedores sobre la calificación culpable del concurso.

Durante el plazo para la comunicación de créditos, los acreedores o cualquier personado en el concurso podrá remitir a la administración concursal un correo electrónico con la información, alegaciones y/o documentación que considere relevantes para que pueda fundamentarse la calificación culpable del concurso.

En concreto, se modifica el artículo 447 del TRLC, que pasará a tener el siguiente redactado:

“Artículo 447. Alegaciones sobre la calificación del concurso.

Durante el plazo para la comunicación de créditos cualquier acreedor o cualquier personado en el concurso podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal cuanto considere relevante para fundar la calificación del concurso como culpable, acompañando, en su caso, los documentos que considere oportunos”.

Asimismo, se incorpora la posibilidad de que los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo (según la lista provisional presentada por la Administración Concursal), puedan presentar un informe razonado para la calificación del concurso como culpable, en el plazo de 15 días siguientes a la presentación del Inventario y la lista de acreedores provisionales:

“Artículo 449. Informe de calificación de los acreedores.

Dentro del mismo plazo, los acreedores que representen, al menos, el diez por ciento del pasivo según la lista provisional presentada por la administración concursal, podrán presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable conforme a lo establecido en el artículo anterior”.

Esta es una novedad muy relevante que debemos poner en consonancia con todo lo enunciado en el Capítulo IV de este trabajo, al cual nos remitimos íntegramente.

Como allí hemos desarrollado, actualmente, la posición procesal de los acreedores, y personas con interés legítimo, dentro de la sección sexta del concurso se asimila a la de intervención adhesiva simple prevista en el artículo 13.1 LEC, esto es, en la práctica, que los mismos actuarán como meros coadyuvantes de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, teniendo sus atribuciones absolutamente limitadas.

Dicha condición les permite, recordemos, con el actual TRLC, presentar un escrito de alegaciones sobre todos aquellos extremos que consideren relevantes para que administración concursal y Ministerio Fiscal puedan calificar el concurso; proponer prueba, con respecto a las pretensiones que la administración concursal y el Ministerio Fiscal haya ejercitado; actuar en la vista de calificación, siempre sobre el objeto litigioso que conformen administración concursal y Ministerio Fiscal; recurrir la sentencia de calificación, únicamente respecto de aquellas pretensiones ejercitadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal que no hubieren sido estimadas; y ejecutar la condena a la cobertura del déficit concursal, si la administración concursal no lo hiciere.

Por tanto, los acreedores carecen actualmente de poder de disposición sobre el objeto litigioso de la calificación culpable, quedando este en manos, exclusivamente, de la administración concursal y del Ministerio Fiscal.

Esta situación cambiará por completo con la nueva reforma, en la que aquellos acreedores³⁰⁵ que ostenten, al menos, el 10% de pasivo concursal, podrán formular verdaderas pretensiones de culpabilidad del concurso y defenderlas hasta la sentencia firme.

³⁰⁵ Quedan pues fuera de esta posibilidad las personas con interés legítimo.

2.2. Informe de calificación de la Administración Concursal.

El Informe de calificación del concurso de la Administración Concursal deberá presentarse en el plazo de 15 días siguientes a la presentación del Inventario y la lista de acreedores provisionales.

En este sentido, la nueva Ley modifica la redacción del artículo 448 de la Ley Concursal, que pasará a tener la siguiente redacción:

“Artículo 448. Informe de calificación del administrador concursal.

1. Dentro de los quince días siguientes al de la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales, la administración concursal presentará un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si los acreedores o los que sin ser acreedores se hayan personado en el concurso hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable, esas alegaciones se unirán como anejo al informe de calificación.

2. El informe de calificación tendrá la estructura propia de una demanda si el administrador concursal solicitara la calificación del concurso como culpable.

3. Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe, expresará 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 y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la ley”.

En caso de que el Informe de la Administración concursal solicite la calificación del concurso como culpable, cualquier acreedor o persona interesada podrá personarse en la pieza de calificación para defender dicha calificación.

En este sentido, la nueva Ley incorpora el siguiente artículo 450.ter:

“Artículo 450 ter. Personación de acreedores y demás legitimados.

Si el informe de calificación de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como culpable, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección sexta para defender esa calificación”.

2.3. Agilización de la tramitación de la Sección Sexta.

En este sentido, se modifica el artículo 450 de la Ley, pasando a tener el siguiente tenor literal:

“Artículo 450. Tramitación de la sección.

1. Si en alguno de los informes emitidos se hubiera solicitado la calificación del concurso como culpable, el juez, dentro de los cinco días siguientes al de la presentación, ordenará, mediante providencia, que se dé audiencia al concursado por plazo de diez días y, en la misma resolución, ordenará emplazar a todas las demás personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad.

2. El mismo día de la providencia, el Letrado de la Administración de Justicia señalará fecha y hora para la celebración de la vista, que deberá tener lugar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de esa resolución.

3. A las personas que comparezcan en plazo el Letrado de la Administración de Justicia les dará vista del contenido de la Sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieren con posterioridad al vencimiento del plazo, les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, el Letrado de la Administración de Justicia les declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

4. Si el informe de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como fortuito y los acreedores legitimados no hubieran presentado informe de calificación, el Letrado de la Administración de Justicia, sin más trámites, acordará, mediante decreto, el archivo de las actuaciones. Contra el decreto que ordene el archivo de las actuaciones podrá interponerse recurso directo de revisión en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

2.4. Procedimiento especial para las microempresas.

Como se ha dicho, la modificación de la Ley Concursal afecta directamente y de forma muy relevante a las microempresas.

La nueva Ley Concursal establece un procedimiento abreviado para la calificación del concurso en el caso de las microempresas. Dicho procedimiento se regula en los artículos 717 y 718 de la nueva Ley e incorpora los siguientes caracteres:

- La calificación solo podrá abrirse en caso de liquidación de la microempresa, pero no en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación.
- La calificación se realizará a través de un procedimiento abreviado, cuyo comienzo no requerirá la finalización de las labores de liquidación, sino que podrá desarrollar en paralelo con el resto del procedimiento.
- En la calificación, la administración concursal juega el papel principal, debiendo ser nombrada si no lo había sido ya antes.

2.5. Traslado al Ministerio Fiscal.

En la nueva Ley Concursal se elimina el trámite de presentación de un Dictamen por parte del Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, y para el caso de que de los Informes presentados (por la Administración Concursal o por cualquiera de los acreedores legitimados) se pusiera de manifiesto la posible existencia de hechos constitutivos de delito, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de acciones penales.

En concreto, se introduce el artículo 450 bis, con la siguiente redacción:

“Artículo 450 bis. Elevación de los informes al Ministerio Fiscal.

En el caso de que en cualquiera de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez, en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal”.

Recordemos que, actualmente, el Ministerio Fiscal ocupa, junto a la administración concursal, un papel protagonista en la sección sexta, en la medida en que sobre el mismo recae la facultad de proponer que el concurso sea calificado como culpable. En otras palabras, tiene legitimación activa para accionar la culpabilidad del concurso.

Así, el actual artículo 449 TRLC dispone lo siguiente, en relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación del concurso:

“Artículo 449. Dictamen del Ministerio Fiscal.

1. Una vez unido a la sección sexta el informe de la administración concursal, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del contenido de esa sección al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, emita dictamen, con la misma estructura que la del informe de la administración concursal, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores, y las demás pretensiones que estime procedentes. Atendidas las circunstancias, el juez podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más.

2. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen dentro de plazo, se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación de la administración concursal y seguirá su curso la tramitación de la sección”.

Nótese que, a diferencia de lo que sucede con la no presentación del Informe de calificación por parte de la administración concursal³⁰⁶, en el caso del Ministerio Fiscal se prevé que la falta de presentación de su Dictamen implicará que no se opone a la propuesta de calificación que hubiere realizado la administración concursal.

En muchas ocasiones, el Dictamen del Ministerio Fiscal en la sección de calificación se presenta como un escrito de mero trámite para evacuar el requerimiento, donde se solicita la calificación del concurso en el mismo sentido en el que lo hubiere realizado previamente la administración concursal:

³⁰⁶ Recordemos que si el mismo no se presenta resulta imposible seguir con la tramitación de la sección sexta.



JUZGADO de lo MERCANTIL Nº
BARCELONA.

Procedimiento de Concurso Voluntario

Sección Sexta.

AL JUZGADO.

EL FISCAL, despachando el trámite que le ha sido conferido por la Providencia fechada en COMPARECE en el procedimiento al margen referenciado y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 169.2 de la Ley 22/03 de 9 de Julio, DICE LO SIGUIENTE:

- Significar en primer término que por la Administración Concursal en su informe de 27/11/15 se significa que *"...esta Administración Concursal ha podido verificar que, con anterioridad a la declaración de concurso, los administradores de hecho de la sociedad;*

y han desviado la actividad empresarial de la concursada hacia terceras empresas controladas por ellos, traspasando los clientes del grupo (que suponían su principal activo) así como también parte de sus trabajadores, hecho que, obviamente, ha agravado de forma muy notoria la insolvencia de la concursada....para llevar a cabo dicha desviación empresarial los administradores de hecho de la concursada se han alzado con el activo más valioso de la empresa, esto es su cartera de clientes, continuando con idéntica actividad y empleando para ello los mismos medios materiales y personales." considera por lo tanto debidamente acreditado la AC que la deudora desvió medios materiales y personales, así como clientes, en favor de la sociedad S.L., que

de forma oficial, inició sus actividades en 19/9/2015, y cuya oficina se ubica en una de las antiguas sedes del grupo societario de la concursada, extremos que procede a detallar con precisión a págs. 7 a 16 de su informe.

- Sentado lo anterior y atendido el contenido del informe emitido por la Administración Concursal, del mismo se desprende igualmente la existencia de determinadas operaciones patrimoniales fraudulentas, en concreto compra venta de dos motocicletas y de un inmueble, activos pertenecientes a empresas del grupo y que fueron transmitidas al propio administrador italiano o a personas vinculadas con el mismo, operaciones que, según se indica, fueron realizadas *"...por precios muy inferiores a los de mercado..."*, y que por ello serán objeto de la correspondiente acción de reintegración.

- Considera igualmente la AC que la documentación aportada junto con la solicitud de concurso adolece de inexactitudes de relevancia,



habiendo la deudora "falseado" dicha información con el único objeto de "cuadrar sus cuentas", lo cual tiene especial relevancia en la partida de "existencias", la cual se ha visto reducida en más de un 60% con relación a la declarada por la deudora sin que medie por la misma explicación alguna al respecto. .

Es por ello que, apreciándose en la conducta de la concursada la concurrencia de los presupuestos previstos en los arts 164.1 y 164.2.2º, 4º y 6º del indicado texto legal, **NO SE OPONE A QUE DICHO CONCURSO SEA DECLARADO CULPABLE.**

Entiende igualmente este Ministerio que dicha calificación deberá afectar a **D.** y a **D.**, en cuanto socios principales y administradores de hecho de la sociedad, así como a la sociedad **S.L.**, en cuanto cómplice, respecto de los que se entienden ajustadas a Derecho –para los dos primeramente citados- las medidas de inhabilitación para la administración de bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, por tiempo de DIEZ AÑOS, y pérdida de cualquier derecho que pudiera tener a su favor derivado del Procedimiento, así como obligación de indemnizar a la concursada en el total importe de los perjuicios producidos (fijada por la AC en la suma de 5.511.440,94 € en cuanto importe total del déficit concursal, o, subsidiariamente, a la suma representativa del 11,39% del anterior importe –por comprender los importes de los créditos laborales de los trabajadores, deuda generada con la TGSS y valor de la unidad productiva traspasada-), responsabilidad patrimonial que deberá alcanzar a la cómplice **S.L.**, en cuanto formal sucesora de la actividad de la deudora, y adhiriéndose por lo demás a los medios de prueba propuestos por la AC para el caso de que se formulase oposición a la presente calificación

Barcelona a 5 de Febrero de 2016.
EL FISCAL.

Fdo.

Únicamente dos páginas (en un procedimiento en el que se solicita una condena de las personas afectadas de más de 5 millones de euros) y constantes referencias al Informe de la administración concursal:

“Significar en primer término que por la Administración Concursal en su informe [...]”.

“Sentado lo anterior y atendido el contenido del informe emitido por la Administración Concursal [...]”.

Para, finalmente, no solicitar la calificación culpable del concurso sino “no oponerse a que dicho concurso sea declarado culpable”.

Es muy posible que las críticas recibidas a lo largo de los años por el sector doctrinal, unidas a la poca relevancia que el Ministerio Fiscal acababa teniendo en la práctica de las calificaciones concursales hayan provocado el cambio en su posición dentro de la reforma de la Ley Concursal.

2.6. Posibilidad de transacción.

Se introduce de forma expresa la posibilidad de que la administración concursal y los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que pudieran quedar afectadas por dicha calificación, puedan alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación.

Dicho acuerdo deberá ser aprobado por el Juez mediante Auto, que será apelable en apelación por los personados en la sección de calificación que no hubieran suscrito el acuerdo:

“Artículo 451 bis. Transacción.

1. La administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices podrán alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación.

2. La eficacia del acuerdo transaccional estará condicionada a la aprobación del juez del concurso. Contra el auto por el que apruebe la transacción los personados en la Sección sexta que no hubieran sido parte de la transacción podrán interponer recurso de apelación. Contra el auto por la que se deniegue no cabrá interponer recurso alguno”.

2.7. Especialidades por Incumplimiento de Convenio.

La nueva Ley Concursal modifica también la regulación de la calificación en los supuestos de incumplimiento de convenio (arts. 452 al 454).

En este sentido, la principal modificación a destacar es que, en caso de reapertura de la sección, los informes de calificación se limitarán a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento de convenio, con propuesta de resolución.

CONCLUSIONES

La calificación del concurso de acreedores ha sido estudiada desde múltiples perspectivas, y a través de numerosas obras y estudios. Ello no obstante, la mayoría de dichos estudios se han centrado en una perspectiva material, dejando a un lado, o abordando de forma secundaria, los aspectos procesales.

Existen sin embargo diversos aspectos procesales que han generado, y siguen generando, grandes dudas interpretativas tanto entre la doctrina como en la práctica forense cotidiana.

Entre dichos problemas, cabe destacar, por su importancia práctica, los relativos a la naturaleza procesal del informe de calificación de la administración concursal, el cómputo del plazo de presentación del Informe de calificación de la administración concursal, la prematura sección de calificación concursal, la posición de los acreedores y personas con interés legítimo en la sección de calificación, las limitaciones del juicio verbal en la tramitación del incidente de calificación culpable del concurso, los requerimientos documentales realizados a través del informe de calificación de la administración concursal, las interacciones de la cosa juzgada y la calificación culpable del concurso, las interacciones de las acciones de reintegración en la sección sexta, el concurso de leyes entre causas de culpabilidad del concurso y el delito concursal.

I

La naturaleza procesal del informe de calificación de la administración concursal ha sido objeto de debate hasta fechas recientes.

Durante años, existió una discusión, en la doctrina y en la jurisprudencia menor, acerca de cuál era la verdadera naturaleza del informe de calificación de la administración concursal; en concreto, si debía ser considerado como una

auténtica demanda o, por el contrario, como un simple informe contra el que, en su caso, podía formalizarse demanda de contradicción.

Entre los argumentos favorables a entender que el Informe de calificación de la administración concursal es una verdadera demanda, destaca el de evitar el desequilibrio que se generaría entre las partes si administración concursal y Ministerio Fiscal gozaran de doble posibilidad de alegación, frente a una sola para las personas afectadas y los cómplices. Se argumenta asimismo que, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil utiliza la expresión “oposición” como equivalente a una demanda, lo puntualiza expresamente (como ocurre en la oposición a la ejecución del art. 560 LEC). Y se arguye asimismo que, en la regulación concursal, la expresión «para que... aleguen cuanto convenga a su derecho» se corresponde mejor con una contestación a unas pretensiones ya formuladas.

Entre los argumentos favorables a entender que el informe de calificación de la administración concursal es un mero informe y debe regir la inversión del contradictorio, destacan los motivos terminológicos y, especialmente, el hecho de que el incidente concursal de calificación culpable sólo se inicia si se presenta el escrito de oposición.

La regulación vigente ha resuelto la discusión estableciendo, expresamente, que el informe de calificación de la administración concursal debe considerarse como una verdadera demanda.

II

El inicio del cómputo del plazo para presentar el informe de calificación de la administración concursal ha generado grandes dudas interpretativas y una asimismo gran inseguridad jurídica en la práctica cotidiana.

Bajo la regulación anterior, se situaba a la administración concursal en una situación de absoluta inseguridad, habida cuenta de que la misma no podía llegar a conocer cuándo empezaba a correr el plazo para la presentación de su informe de calificación, al depender de otras actuaciones que escapaban totalmente a su control y conocimiento.

Los juzgados mercantiles pusieron solución a este problema legislativo dictando una resolución de mero trámite, por medio de la cual se requería expresamente la administración concursal para que presentara su informe de calificación en un plazo determinado.

La regulación vigente, nuevamente, ha resuelto el problema previendo que los juzgados mercantiles deberán requerir expresamente a la administración concursal para que presente su informe de calificación del concurso, otorgándole un plazo de quince días.

Dicho plazo de quince días es considerado por la doctrina jurisprudencial como un plazo impropio previsto sólo para impulsar el procedimiento. De esta forma, la administración concursal podría perfectamente presentar su informe de calificación fuera del plazo otorgado, aunque correría el riesgo de que se le pudiera exigir responsabilidad si el retraso en la presentación causare daños y perjuicios en la masa activa.

Por último, si concurrieran circunstancias que lo justifiquen, la administración concursal podría solicitar una prórroga o suspensión del plazo para presentar el informe de calificación del concurso.

III

La apertura de forma prematura de la sección sexta de calificación del concurso de acreedores trae consigo una serie de problemas procesales, entre los que

podemos destacar que resultará imposible determinar el déficit concursal. Asimismo, podrá haber acciones de reintegración aún pendientes de resolución.

La apertura prematura también provoca determinados problemas materiales, como el lapso tan limitado del que dispone la administración concursal para analizar la situación íntegra del concurso; o la posible falta de colaboración de la concursada una vez calificado el concurso como fortuito.

Todos dichos problemas, procesales y materiales, quedarían solucionados si la sección sexta de calificación del concurso se abriera al final del proceso concursal, en paralelo o inmediatamente antes de proceder a la conclusión del concurso.

Se lograría así, por un lado, tener un pleno control y conocimiento del posible déficit concursal generado, habida cuenta de que ya habrían finalizado íntegramente las tareas liquidativas. Y por otro, la administración concursal habría tenido tiempo suficiente para analizar en su integridad la conducta de la concursada, y sus órganos de administración, con plena colaboración en sus tareas por parte de estos últimos.

IV

La posición procesal de los acreedores y las personas con interés legítimo en la sección de calificación se puede identificar con la intervención adhesiva simple prevista en el artículo 13.1 LEC. Así, en la práctica, actuarán como meros coadyuvantes de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, teniendo sus atribuciones absolutamente limitadas.

Esta condición de tercero, o parte *sui generis*, apartada del concepto general de parte previsto en el artículo 10 LEC, permitirá que los acreedores y terceros legitimados puedan presentar un escrito de alegaciones sobre todos aquellos

extremos que consideren relevantes para que administración concursal y Ministerio Fiscal puedan calificar el concurso; proponer prueba, con respecto a las pretensiones que la administración concursal y el Ministerio Fiscal haya ejercitado; actuar en la vista de calificación, siempre sobre el objeto litigioso que establezcan administración concursal y Ministerio Fiscal; recurrir la sentencia de calificación, únicamente respecto de aquellas pretensiones ejercitadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal que no hubieren sido estimadas; y ejecutar la condena a la cobertura del déficit concursal, si la administración concursal no lo hiciere.

V

La tramitación de la calificación culpable a través de los trámites del juicio verbal comporta importantes limitaciones procesales.

Entre dichas limitaciones cabe destacar el defectuoso tratamiento de las cuestiones procesales; o la indefensión que puede producir ventilar cuestiones tan complejas y de tal entidad económica mediante un procedimiento pensado para cuestiones sencillas o sumarias.

Como propuesta de mejora o de *lege ferenda* debería dotarse al incidente de calificación culpable del concurso de un procedimiento más completo, en el que se permita a las partes ejercitar plenamente su derecho de defensa. Dicho procedimiento podría ser el proceso declarativo ordinario previsto en la LEC.

Ello mejoraría sobremanera la eficiencia y eficacia en general del concurso de acreedores, pudiendo celebrarse una vista previa a la vista de calificación, en la forma prevista para la audiencia previa, y acometer así los objetivos básicos de la audiencia previa, esto es, la finalidad conciliadora, sanadora y delimitadora de los términos del debate.

VI

El contenido del informe de calificación de la administración concursal deberá atender rigurosamente a una serie de exigencias legalmente previstas. En efecto, no sólo deberá contener una concreta propuesta de calificación, que podrá ser fortuita o culpable, sino que, si la propuesta es de culpabilidad, deberá asimismo posicionarse sobre todos aquellos pronunciamientos que, después, debería contener la futura sentencia de calificación.

Dicho informe de calificación del concurso deberá ser un informe razonado y documentado. Sin embargo, bastará la mera remisión a todos aquellos documentos que obren en otras secciones del concurso, sin necesidad de aportarlos físicamente.

La eventual inclusión de requerimientos documentales en el informe de calificación, resultará perfectamente posible, al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.1 LEC, siempre y cuando no se disponga de los mismos por causa no imputable a la administración concursal, y se justifique haber intentado obtenerlos.

VII

Las interacciones existentes entre las acciones de reintegración y la sección de calificación del concurso deben ser analizadas desde la óptica de la cosa juzgada. Concretamente, en su aspecto positivo o de *res iudicata pro veritate habetur*, emanado de una sentencia firme de reintegración.

Así, una vez resuelta una concreta acción de reintegración, quedarán resueltos, como mínimo, los siguientes extremos: si el deudor ha llevado a cabo, o no, un acto rescindible; si dicho acto se ha llevado a cabo dentro de los dos años

anteriores a la declaración del concurso; si dicho acto ha resultado ser perjudicial para la masa activa; y si ha existido mala fe en la actuación del deudor.

Y, una vez resueltos dichos extremos, deberán ser tenidos en consideración en materia de calificación culpable del concurso, tenerse por ciertos y no volver a juzgarse al estar ya resueltos de forma firme.

No respetar el principio de *res iudicata pro veritate habetur* podría conllevar el dictado de resoluciones contradictorias, generando lógicamente un importante ataque a la seguridad jurídica.

VIII

Como es sabido, la Ley Concursal establece una cláusula general de culpabilidad, causas de culpabilidad enunciadas como presunciones *iuris et de iure* y otras enunciadas a través de presunciones *iuris tantum*.

Dicha enunciación comporta en la práctica determinados problemas interpretativos.

Así, un mismo hecho, consistente en la falta de aportación de determinada documentación contable, puede incardinarse, tanto en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave), como en la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.5º TRLC (incumplimiento sustancial del deber de contabilidad), pero, al encontrarnos ante el mismo desvalor determinante del reproche en ambas conductas, no podría incardinarse en ambas al mismo tiempo.

Por identidad de razón y del desvalor que subyace bajo la causa de culpabilidad, ese mismo hecho (falta de aportación de documentación contable, cuando estemos ante la falta de aportación de las cuentas anuales) tampoco podrá integrar, al mismo tiempo, la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º

TRLC (inexactitud grave) y en el artículo 444.3º TRLC (no formulación, no sometimiento a auditoría o no depósito de cuentas anuales).

Asimismo, la no aportación de una determinada documentación tampoco podrá incardinarse al mismo tiempo en los tipos previstos en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial del deber de contabilidad) y 444.2º TRLC (incumplimiento del deber de colaboración).

La salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio de la concursada podrá integrar al mismo tiempo una de las causas de culpabilidad previstas en los artículos 443.1º TRLC o 443.2º TRLC (lógicamente, solo en una de ellas) y la causa de culpabilidad prevista en el artículo 443.4º TRLC (inexactitud grave).

Por último, y en relación con la condena a devolver bienes o derechos que hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor, que podrá darse, tanto en sede de reintegración, como en sede de calificación culpable del concurso, deberá analizarse si, con anterioridad a la tramitación de la sección sexta, se ha tramitado alguna acción de reintegración, sobre esos mismos hechos y el resultado patrimonial que dicha acción haya tenido.

IX

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre en 1966, prohíbe, en su artículo 11, que alguien sea encarcelado por el solo hecho de no poder hacer frente a sus obligaciones.

Ello no obstante, la actual regulación de las insolvencias punibles, operada por la reforma del Código Penal de 2015, plantea un sistema en el que no únicamente recibirá el reproche penal la causación o agravación dolosa de la insolvencia, sino también la falta de diligencia en la gestión de los asuntos económicos.

Además, la norma incorpora un listado de conductas que serían constitutivas del tipo penal y que coinciden, en su mayor parte, con las causas de culpabilidad previstas en la regulación concursal.

El legislador no ha aclarado si el delito concursal es un delito de peligro abstracto –y por tanto, la mera realización de las conductas enumeradas constituirán el ilícito penal– o si, por el contrario, se trata de un delito de peligro concreto –y deberá pues acreditarse, en el caso concreto, la efectiva puesta en peligro del derecho de crédito de los acreedores–.

Si entendemos que se trata de un delito de peligro abstracto, en la práctica, conllevará la equiparación de la calificación culpable concursal con la calificación penal, pues esta última no requeriría ningún plus añadido. E incluso existirían conductas que no merecerían el reproche concursal pero sí el reproche penal.

Sin embargo, si entendemos que se trata de delitos de peligro concreto, será necesario, además de la realización de alguna de las conductas descritas, la corroboración de la efectiva puesta en peligro del derecho de crédito de los acreedores.

Una correcta salvaguarda de los principios de *ultima ratio* y de lesividad u ofensividad, nos conduce a la necesaria interpretación de que estamos ante delitos de peligro concreto, logrando así, además, una mejor delimitación con respecto de la calificación culpable del concurso.

X

De entre las principales novedades introducidas en el proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, debemos destacar la eliminación del trámite de presentación de un dictamen por parte del Ministerio Fiscal. Así como la posibilidad de que los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo (según la lista provisional presentada por la Administración Concursal), puedan presentar un informe razonado para la calificación del concurso como culpable, en el plazo de 15 días siguientes a la presentación del Inventario y la lista de acreedores provisionales. Ello modificará la posición procesal que actualmente ocupan en la sección sexta, pasando, en estos supuestos, a tener plena consideración de parte, y no la de intervención adhesiva simple prevista en el artículo 13.1 LEC, o la posibilidad, ahora legalmente prevista de forma expresa, de alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, Bosch Editor, Barcelona, 1996:
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. «El “interés del concurso” como principio inspirador del proceso concursal» en Picó i Junoy, J., *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2013.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., SALA REIXACHS, A., MACHADO PLAZAS, J. VILA FLORENSA, P. *Proceso Concursal*, Editorial Bosch, 2013; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Nueva Ley Concursal*, (Coord. SALA, MERCADAL, ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J.), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, RODRÍGUEZ TIRADO, A., SEOANE SPEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Andavira Editora, A Coruña, 2012
- ARMENTA, T. *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales.*

Procedimiento Concursal. Arbitraje y Mediación, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- ASENSI, A. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., 2013.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. «Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013», *Diario La Ley*, 8303, 2014.
- BAGES SANTACANA, J. *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BENAVIDES VELASCO, P. «*La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 164 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable*», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 13, 2010.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO MIGUEL Y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, ÁNGEL JOSÉ (coord. A.B. CAMPUZANO Y M.L. SÁNCHEZ), *Legislación y jurisprudencia concursales*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2003.
- BERZOSA FRANCOS, M. V., «*Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*»; en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); «*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*»; Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 2000.
- BONARDELL, R. Y MEJÍAS, J. (Dir.) «*La Reforma del Derecho Concursal*» en Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico, Editorial Dykinson, 1997.

- CÁMARA ÁGUILA, P., obra colectiva “*Comentarios a la Ley Concursal*”, volumen II (R. Bercovitz Coord.), Editorial Tecnos, 2004.
- CERDÁ ALBERO, FERNANDO Y SANCHO GARGALLO “*Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*”, en Colección estudios económicos, nº 25, Servicio de estudios La Caixa, 2001.
- CEREZO MIR, J, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo». *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (10), 47–72.
- CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal civil*, Barcelona.
- GARNICA MARTIN, J, en AA.VV., FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.), *Derecho Concursal Práctico: Comentarios a la nueva ley concursal*, Iurgium Editores, Madrid, 2004.
- DÍAZ GÓMEZ, M.A. Y MIGUÉLEZ DEL RÍO, C. «La Calificación del Concurso Tras la Reforma Introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011», *Revista Pecunia*, núm. 14, 2012, pp. 145-168.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso concursal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.
- ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013». *La Ley Penal*, nº 105, 2013.

- EXARRANDIO HERRERA, E. J., *Manual de derecho concursal*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011.
- FACHAL NOGUER, N. *Respuesta judicial a singularidades del proceso concursal*, Tesis Doctoral Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.
- FARIAS BATLLE, M. *La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales*, Editorial Aranzadi, S.A. 2013.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal», *Anuario de derecho concursal*, 16, 2009.
- FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.), *Derecho Concursal Práctico: Comentarios a la nueva ley concursal*, Iurgium Editores, Madrid, 2004.
- FERRER BARRIENTOS, A. «La calificación del concurso», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2004.
- FRANCÉS LACUMBERRI, P. «El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1.6ª a 8ª CP). Críticas y claves para su interpretación», *InDret*, 2, 2019.
- FRAU I GAIÀ, S. *La Calificación en el Concurso de Acreedores. Una visión crítica.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), *Los procesos civiles*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- GARCÍA CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, Tirant lo Blanch, Navarra, 2004.

- GARCÍA-CRUCES, J. A. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., *Insolvencia y responsabilidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2012.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Causas de calificación culpable del concurso, imputación...», en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 32, Civitas Ediciones SL, 2014.
- GARCÍA MARRERO, J. «*La sección de calificación del concurso*» en la obra colectiva *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, 2012.
- GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El poder de disposición en la sección de calificación del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, 8144, 2013.
- GUASP, J., en «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1948.
- GUERREA MARTÍNEZ, A. *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, Tesis Doctoral Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2015.
- GÓMEZ SOLER E., «Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad» en DÍAZ MARTÍNEZ, M. (Coord.), *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ SOLER, E., en “La calificación del concurso de acreedores”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- GRANDE BUSTOS, E.E, «Breves apuntes procesales sobre la calificación concursal», *Diario La Ley*, 7033, Sección Tribuna, 2008.

- DE LA OLIVA SANTOS A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ I. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *Revista de Derecho Mercantil*, 273, 2009.
- HUERTA GARCÍA, R., en «Nuevo Método de Inversión. La subasta concursal electrónica (Código 52)», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- JOSHI JUBERT, U. «Protección penal de los acreedores» en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍNEZ, V. (Dir.) *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- KISS, A. «Delito de lesión y delito de peligro concreto». *InDret*, 1, 2015.
- MACHADO PLAZAS, M. «Algunas consideraciones sobre aspectos procesales de la calificación del concurso», *RPC* , 13, 2010.
- MACHADO PLAZAS, J. *El Concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Editorial Aranzadi S.A., 2006.
- MACHADO PLAZAS, J., *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.. «Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)» en la obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., 2013.

- MIQUEL DE BERENGUER, J. La pieza de calificación en el concurso de acreedores, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2012
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GOMEZ COLOMER J-L., MONTON REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MORÁN MARTÍN, R. «Forma y mensaje en las voces del derecho. Notas para un análisis de «alegación en derecho», *Ius Fugit*, 2011-2014.
- MORENO NAVARRETE, M. A. «La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2012», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2013
- MUÑOZ PAREDES, A. «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal» en PRENDES CARRIL. P, MUÑOZ PAREDES. A., (Dir.) *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- NIETO DELGADO, C, “La Calificación del Concurso”, en obra colectiva *Tratado Práctico del Derecho Concursal y Su Reforma* (MARTINEZ SANZ, F. Dir.), Tecnos, Madrid, 2012.
- NIEVA FENOLL J. *La cosa Juzgada, Atelier, Barcelona, 2006.*
- NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009

- OLIVER BARCELÓ, S. “Comentario al art. 169 LC” en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. Y G. ALCOCER GARAU, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ORTELLS M. y otros (2007), en *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007
- PICÓ I JUNOY. J., *La prueba pericial*, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2000.
- QUECEDO ARACIL, P., en AA.VV. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium Editores S.L., Madrid, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G. «El delito de concurso o bancarrota» en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015 Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015.
- RAMOS MÉNDEZ, F., en *Derecho y proceso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ CELADA, E., «La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015», *InDret*, 1, 2017.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. Y HUETA VIESCA, M. I. «El plazo para la emisión del informe-demanda de calificación concursal del artículo 169.1 LC», *Diario la Ley*, Sección Tribuna, 8527, 2015.
- ROMERO SANZ DE MADRID, C. *La calificación en el concurso de acreedores. Presupuestos, tramitación y efectos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

- ROSENDE VILLAR, C. «Comentario al artículo 168. Personación y condición de parte» en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. ROJO, A. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Editorial Civitas, Madrid, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. “*La reforma del Derecho Concursal español*”, en la obra colectiva *La reforma de la legislación concursal* (ROJO, A. Dir.). Marcial Pons, 2003.
- ROSENDE VILLAR, C. Obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II* (Faustino Cordón, Dir.). Editorial Aranzadi, S.A., 2010.
- SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN «*Calificación del Concurso*», en *Instituciones de Derecho Mercantil* 37ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., 2015.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M. *Estudio crítico sobre el delito concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SANZ DE MADRID, CARLOS ROMERO. *La calificación en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, S.A., 2014.

- SENÉS MOTILLA, C. «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable», *ADC*, 23, 2011.
- SERRA DOMINGUEZ, en ALBALADEJO (Dir.) los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Madrid, 1981.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «La prueba pericial», en ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona, 2000.
- SOUTO GARCÍA, E. M. «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)» en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- YANES YANES, P. "La Calificación Concursal", en obra colectiva *El Concurso de Acreedores* (PULGAR IZQUERDO, J. Dir.), La Ley, Madrid, 2012.
- ZIESCHANG, F. *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 153/2011, de 6 de abril (JUR\2011\199853).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares n.º 109/2012, nº 109/2012, de fecha 7 marzo (AC\2012\1411).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de noviembre de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 15 de julio de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 4 de diciembre de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense nº 420/2012, de 14 noviembre (AC\2012\2391).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 15ª), nº 173/2007, de 19 marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) nº 2337/2007, de 12 noviembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), nº 188/2008, de 18 noviembre (JUR\2009\295971).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), nº 80/2009, de 24 febrero (JUR\2009\188065)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), nº 246/2011, de 20 junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 366/2014, de 12 noviembre de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 42/2015 (Rollo de apelación nº 229/2014-3ª), de fecha 16 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, nº 565/2012, de 28 diciembre (JUR\2013\45662).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), nº 353/2017, de 25 de octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), nº 246/2011, de 20 junio (JUR\2011\278830).
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 583/2017, de 27 octubre (RJ\2017\4824).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), nº 88/2012, de 13 febrero (JUR\2012\87624)
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 203/2016, de 1 abril (RJ\2016\1216)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 153/2011, de 6 abril (JUR\2011\199853).
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 122/2014, de 1 de abril (RJ\2014\2159)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias n.º 68/2013, de 11 de marzo (JUR\2013\166448)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 158/2013, de 17 de mayo (JUR\2013\208229)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección 1ª) n.º 473/2010, de 4 octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 45/2015, de 5 febrero (RJ\2015\1041)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), nº 68/2013, de 11 marzo (JUR\2013\166448).
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 213/2020, de 29 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 214/2020, de 29 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de 19 diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de 19 diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 601/2011, de 19 diciembre.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 17/2010, de 9 febrero.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 45/2015, de 5 febrero (RJ\2015\1041)

- Sentencia Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), nº 68/2013, de 11 marzo (JUR\2013\166448).
- Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo, nº 107/2021, de fecha 30 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), nº 536/2012, de fecha 20 diciembre (JUR\2013\59175).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) nº 473/2010, de fecha 4 octubre (AC\2010\1559).
- Sentencia Audiencia Provincial de Jaén, de 23 de abril de 2007.
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de mayo de 2008.
- Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, de 4 de octubre de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 23 de diciembre de 2010.
- Sentencia Audiencia Provincial de Granada, de 13 de octubre de 2010.
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, de 14 de diciembre de 2011.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de marzo de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 401/2012, de 29 noviembre.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 391/2013, de 30 octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), nº 534/2012, de 13 septiembre (RJ\2013\2268).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 657/2017, de 1 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 191/2020, de 21 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 15/2012, de 13 febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 166/2017, de 29 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 24/1987, de 25 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 93/1990, de 23 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 195/1992, de 16 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 10/1996, de 29 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 12/1996, de 20 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 285/1993, de 4 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 34/1994, de 31 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 250/1993, de 19 de julio.

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 252/1993, de 19 de julio.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 203/2016, de 1 abril (RJ\2016\1216).
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 258/2020, de 5 de junio (Roj: STS 1574/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 128/2015, de 18 de marzo (RJ\2015\2107)
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 122/2014, de 1 de abril (RJ\2014\2159).
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), nº 171/2011, de 20 mayo (JUR\2011\248081)
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia, nº 172/2012, de 3 abril (JUR\2012\166365).
- Sentencia Juzgado Mercantil n.º 5 de Madrid, nº 116/2006, de 5 diciembre (JUR\2007\368551)
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 227/2010, de 22 de abril (RJ\2010\3545)
- Sentencia Tribunal Constitucional nº 94/2007, de 7 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 187/1996, de 25 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 360/2012, de 13 junio de 2012 (RJ\2012\8187)

- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 77/1983, de 3 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 119/1988, de 20 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 12/1989, de 25 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 242/1992, de 21 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 100/2014, de 30 abril (RJ\2014\2907).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 264/2018, de 17 de abril (JUR\2018\115369; ECLI:ES:APB:2018:2843).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de junio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 30 de marzo de 2013 (Rollo 297/2012).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2016 (Rollo 614/2015).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 598/2018, de 21 de septiembre de 2019 (ROJ: SAP B 83/59/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 264/2018, de 17 de abril de 2018 (JUR\2018\115369; ECLI:ES:APB:2018:2843).
- Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 611/2008, de 19 de junio.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), nº 41/2016, de fecha 10 febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 873/2018, de 5 de diciembre (ROJ: SAP B 11803/2018)
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 269/2016, de 22 de abril (RJ\2016\2409)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 648/2019, de 27 de septiembre (ROJ: SAP GI 1446/2019).
- Sentencia Audiencia Provincial de Girona, nº 653/2019, de 30 de septiembre (ROJ: SAP GI 1445/2019).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 497/2018, de 18 de octubre (JUR\2019\13164).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 644/2011, de 6 octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 994/2011, de fecha 16 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 142/2012, de 21 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 255/2012, de 26 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 298/2012, de 21 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 459/2012, de 19 de julio.

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 203/2017, de 29 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), nº 122/2011, de 11 abril.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 72/2014, de 6 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 29/2013, de 12 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 343/2013, de 24 de mayo.
- Sala del Tribunal Supremo nº 693/2017, de 20 de diciembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 258/2011, de 14 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), nº 95/2012, de 24 de julio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), nº 32/2010, de 26 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 583/2017, de 27 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 644/2011, de 6 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 298/2012, de 21 de mayo.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 421/2015, de 21 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 492/2015, de 17 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 269/2016, de 22 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº y 490/2016, de 14 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 614/2011, de 17 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 670/2019, de 16 diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 5/2016, de 27 enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 5/2016, de 27 enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 185/2015, de 10 de abril.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 327/2013, de 12 septiembre.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 522/2012, de 10 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 522/2012, de 10 de septiembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 451/2013, de 11 de diciembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 373/2014, de 19 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), nº 994/2011, de 16 enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 343/2015, de 5 junio.
- Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 279/2019, de 22 mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 319/2020, de 18 junio.
- Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 327/2015, de 1 de junio.
- Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 614/2011, de 17 noviembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 116/2015, de 13 mayo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 122/2014, de 1 abril.
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Oviedo, nº 107/2021, de 30 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 650/2016, de 3 noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 650/2016, de 3 noviembre de 2016 (RJ\2016\5199).
- Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 670/2019, de 16 de diciembre (Roj: STS 3924/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 670/2019, de 16 de diciembre de 2019 (Roj: STS 3924/2019).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), nº 87/2009, de 13 marzo (JUR\2009\411481).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 873/2018, de 5 de diciembre (ROJ: SAP B 11803/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 400/2018, de fecha 3 de julio.
- Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 213/2020, de 29 mayo:

LEGISLACIÓN ANALIZADA

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Constitución Española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.