

## LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA EN LA LEY CONCURSAL POR LA LEY 38/2011

María Angustias Díaz Gómez<sup>1</sup>  
madiag@unileon.es

Carlos Miguélez del Río  
cmigr@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 12/01/2012  
fecha de aceptación: 14/09/2012

### Resumen

El objeto de este trabajo es analizar la calificación del concurso, tema éste de gran importancia dentro de la institución del concurso de acreedores. La calificación del concurso se regula en España en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que ha sido modificada últimamente por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Se trata de reflexionar sobre esta normativa, destacando los aspectos más novedosos y significativos introducidos por esta Ley en la calificación del concurso.

Con el fin de profundizar en el estudio de la calificación del concurso, tras unas consideraciones introductorias, se analizan aspectos fundamentales en la calificación, tales como los presupuestos de la calificación; la complicidad de un tercero que coopere con el deudor en algún acto generador o agravante de la insolvencia; las consecuencias jurídicas que derivan de la calificación del concurso; la problemática que suscita la sustitución de los inhabilitados como consecuencia de la sentencia de calificación; la calificación en el supuesto de intervención administrativa; la tramitación de la sección de calificación, cerrando el trabajo con una conclusión, a modo de reflexión final, sobre el tema que es objeto de estudio.

**Palabras clave:** Ley Concursal; Concurso; Calificación del concurso.

### Abstract

The object of this work is to analyze the qualification of the bankruptcy, topic of great importance inside the institution of bankruptcy. The qualification of the bankruptcy is regulated in Spain in the Insolvency Act 22/2003, of July 9, which has been modified lately by

---

<sup>1</sup> Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad de León. Campus de Vegazana s/n, 24071-León (España).

the Law 38/2011, of October 10. It is a question of thinking about this regulation, emphasizing the most new and significant aspects introduced by this Law in the qualification of the bankruptcy.

In order to penetrate into the study of the qualification of the bankruptcy, after a few introductory considerations, fundamental aspects are analyzed in the qualification, such as the budgets of the qualification; the complicity of a third party that he cooperates with the debtor in some generating or aggravating act of the insolvency; the juridical consequences that derive from the qualification of the bankruptcy; the problematics that provokes the substitution of the disqualified ones as consequence of the judgment of qualification; the qualification in the supposition of administrative intervention; the processing of the section of qualification, closing the work with a conclusion, like final reflection, on the topic that is an object of study.

**Keywords:** Insolvency act; Bankruptcy; Qualification of the bankruptcy.

## 1. Introducción

Históricamente, la calificación concursal siempre ha pretendido valorar la conducta del concursado para determinar sobre la apertura de un procedimiento penal frente al deudor, precisamente por ello la quiebra se podía calificar de fortuita, de culpable o de fraudulenta. Desde el punto de vista jurídico, la quiebra culpable o fraudulenta tenía transcendencia penal, constituyendo delitos de los llamados en blanco por cuanto su regulación se remitía a la ley mercantil. Por el contrario, si la quiebra era calificada de fortuita se exoneraba de toda responsabilidad penal al concursado y tan solo podía tener efectos civiles sobre el patrimonio del deudor sin que, en ningún caso, el tribunal penal pudiese imponer una sanción penal al concursado en base a una conducta ya valorada por el juez civil o del concurso.

Este criterio se mantiene hoy en día, por un lado, al decirse en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (en adelante LC) que los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil y, por otro, al señalarse en el art. 260.4 del CP que la calificación de la insolvencia en el proceso civil, en ningún caso, vincula a la jurisdicción penal. En definitiva, la Ley Concursal acoge el sistema de independencia de jurisdicciones.

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y también la reforma introducida en dicha norma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que, con carácter general, entró en vigor el 1 de enero de 2012, contempla la calificación del concurso como una de las más notables novedades de la legislación concursal de nuestro país.

Frente a la normativa anterior, en la regulación actual no cabe diferenciar la clase de deudor para el despliegue de efectos en relación con la calificación del concurso, por cuanto la ley ahora en vigor parte de un sistema único de concurso, es decir, tiene vocación de unidad. Así, las reglas sobre la calificación se han de aplicar a toda clase de deudores, personas físicas o jurídicas, habiendo pues desaparecido la clásica calificación

de deudor común, la aplicable a la quiebra de los comerciantes y a los deudores comerciantes.

En la legislación actual ya no existe la calificación de quiebra fraudulenta, contemplándose solamente la calificación del concurso como fortuito o como culpable si bien, como veremos luego, tal desaparición no es totalmente cierta y, por lo tanto, es parcialmente errónea, por cuanto alguno de los supuestos de la normativa anterior contemplados como fraudulentos pasan ahora a calificarse como de mera culpabilidad.

Por lo demás, la normativa actual ha hecho desaparecer la ilógica distinción existente con anterioridad entre personas físicas o jurídicas y la posibilidad de convenio si el quebrado era una persona física y si su conducta era calificada de fraudulenta, imponiéndosele la liquidación con carácter obligatorio.

Un examen no muy profundo de la ley concursal actual nos podría llevar a la conclusión de que el convenio es el instrumento más importante ideado por el legislador para conseguir la finalidad última del concurso, cual es la continuidad de la actividad del deudor. Sin embargo, el resultado de la sección de calificación tiene también una importancia sustancial en el proceso, habida cuenta que la sentencia del juez de lo mercantil sobre la calificación del concurso puede ratificar, derogar o agravar las limitaciones que al concursado se le pudieran imponer en el auto de declaración del concurso y, además, en la pieza de calificación se ha de resolver sobre la responsabilidad de los administradores sociales, pudiendo extenderse su responsabilidad personal por las deudas sociales e, incluso, se les podría embargar sus bienes privativos en el supuesto de sospecha fundada de que el concurso pudiese ser calificado como culpable.

En último lugar, señalar que ha cambiado también la relación entre la calificación y la retroacción, habiendo desaparecido el principio de que los hechos de calificación eran hechos de retroacción con nulidad absoluta, debiendo diferenciarse ahora entre las acciones de reintegración de la masa como supuestos de rescisión con presunción *iuris et de iure*, de otros supuestos de calificación culpable.

## 2. Presupuestos de la calificación

Como es sabido, el concurso que, en definitiva, no deja de ser un procedimiento judicial, se estructura en diferentes secciones, en número de seis, que, a su vez, se han de ordenar cada una de ellas en las piezas separadas que sean necesarias o convenientes, tal como señala el art. 183 de la LC. Resumidamente y sin perjuicio de las ulteriores matizaciones y aclaraciones efectuadas por dicho precepto, estas secciones comprenderán lo siguiente: La primera se refiere a la declaración del concurso, medidas cautelares, final de la fase común, nombramientos de administradores y, en su caso reapertura del concurso. La segunda abarca lo relativo a la administración concursal. La tercera comprende la determinación de la masa activa. La cuarta versa sobre la determinación de la masa pasiva. La quinta sección es la relativa al convenio o a la liquidación. Por último, la sexta es la relativa a la calificación del concurso y a sus efectos.

Pues bien, en lo que concierne a la pieza sexta importa consignar que no se abre o se forma siempre y en todos los procesos concursales siendo pues contingente su apertura, puesto que el antiguo art. 163 y, después de la Ley 38/2011 el art. 167, indica que la formación de esta sección se ordenará en la resolución por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación (ya sea porque lo pida directamente el deudor o lo soliciten los acreedores o se acuerde de oficio por el juez del concurso en aplicación de la norma aplicable). Y a ello añade el legislador concursal que, por excepción, no procederá tal formación cuando tenga lugar la aprobación de un convenio judicial en los siguientes supuestos: a) que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases; b) que la quita sea inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años; y c) salvo que el convenio resulte incumplido, novedad esta introducida por la Ley 38/2011. Sin duda, esta excepción legislativa se basa en principios de proporcionalidad o ponderación global de las causas de insolvencia y en el comportamiento del deudor vista la reducida quita o espera acordada entre el deudor y los acreedores, si bien el legislador parece olvidar que los convenios menos gravosos también pueden causar daños a los acreedores y, pudiera ser posible, que el deudor hubiese incurrido en una situación de insolvencia por culpabilidad.

### **3. Posibles calificaciones del concurso**

Como ya hemos dicho con anterioridad, la legislación actual ha eliminado la calificación de fraudulenta, por lo demás con buen criterio, por cuanto para que haya culpa o dolo no es preciso la existencia de una manifiesta intención de defraudar a los acreedores.

En la actualidad el concurso sólo puede ser calificado ahora como fortuito o como culpable, es decir, por negligencia grave o dolo. Véase en este sentido el contenido del art. 163 de la LC, según modificación de la Ley 38/2011.

Este mismo precepto jurídico establece el criterio de independencia de jurisdicciones, por cuanto indica que la calificación no vinculará a los jueces penales que entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivos de delito.

En las líneas siguientes centraremos nuestra atención especialmente en el concurso culpable.

#### **3.1. Concurso culpable**

Viene regulado en el art. 164 de la LC y se calificará de esta forma el concurso cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes y, en caso de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho. Es de sobra conocido por todos que los presupuestos materiales u objetivos del concurso son tres; a saber: la pluralidad de acreedores, la existencia de activo suficiente, al menos para cubrir los gastos del proceso, y que el deudor se encuentre en un estado de insolvencia, es decir, que no pueda satisfacer regularmente el pago de sus obligaciones, ya se trate de una insolvencia actual o inminente. El estado de insolvencia como presupuesto objetivo o material del concurso se establece en el art. 2 de la LC.

La Ley 38/2011 ha modificado el art. 164, en el sentido de que también se incluyen a los apoderados generales y a quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Se contempla, asimismo, en la norma la actuación dolosa, es decir, la intencional o maliciosa y, dentro de la culpa, la grave, lo que supone la infracción de un deber de cuidado o de una diligencia básica o elemental, excluyéndose tanto la culpa leve como la culpa civil de los arts. 1.103 y siguientes del Cc.

El legislador, por lo demás, emplea conceptos claramente indeterminados que, en cada caso concreto, habrán de ser analizados por el juez del concurso, valorando si el deudor ha actuado o no con prudencia debida en la gestión de su empresa o con diligencia de un buen padre de familia, y teniendo en cuenta que el riesgo es consustancial en toda actividad empresarial o mercantil y la influencia que las crisis económicas puedan haber tenido en la situación de insolvencia del concursado y reservando la calificación más grave para las de alto riesgo o de riesgo desproporcionado. En definitiva, el criterio para poder atribuir responsabilidad por la calificación del concurso como culpable no recae sobre la producción de un resultado, sino sobre la conducta del deudor y la omisión del cumplimiento de los deberes y exigencias necesarios respecto de la producción o agravación del resultado patrimonial<sup>2</sup>.

De cualquier forma, debemos ser prudentes en la aplicación de estas normas por cuanto forzar al empresario a que solicite su declaración de concurso por la existencia de simples impagos a los acreedores podría ocasionar la inviabilidad de una empresa que, quizás, sólo atraviesa circunstancias desfavorables de forma circunstancial<sup>3</sup>.

### 3.2. Presunciones absolutas

Es por todos conocido que mientras que las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba en contrario, las presunciones *iuris tantum* sí la admiten. El art. 164.2 de la LC contempla seis supuestos en los que se presume, *iuris et de iure*, que existe un concurso culpable pero, sin embargo, ello no quiere decir que el hecho base de cuya existencia dependa la presunción no tenga necesidad de probanza, lo que no admite prueba en contra es el hecho presunto. Precisamente por esta razón estas presunciones ni vulneran el derecho a la presunción de inocencia del deudor que reconoce el art. 24 de la CE, ni le impiden que pueda probar el hecho ligado a la presunción.

En relación con estas presunciones se plantean dudas interpretativas respecto a si las presunciones legales que estudiamos deben considerarse desde un punto de vista estrictamente objetivo o si, por el contrario, deben de poder ser imputables al deudor. En

---

<sup>2</sup> Cfr. García-Cruces, J.A., Comentario al art. 164 LC, en Rojo, A./Beltrán, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson/Cívitas, Madrid, 2004, p. 2523.

<sup>3</sup> Fernández-Ballesteros, M.A., "Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso", en Garnica Martín, J.F. (Dir.), *La nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII- 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 72.

realidad, estos supuestos tienen como espíritu el contenido del derogado art. 890 del CdC para calificar la quiebra como fraudulenta: inexactitud grave en los documentos acompañados, no llevanza de contabilidad, salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, etc. Una lectura atenta y ponderada del precepto comentado nos lleva a la conclusión de que el legislador concursal ha querido establecer un evidente y amplio margen de discrecionalidad judicial en la aplicación del mismo. Y ello porque sólo así se explica la utilización de expresiones como “incumplir sustancialmente, irregularidad relevante, incumplimiento grave, etc.”.

En resumen, los supuestos de presunciones absolutas son los siguientes:

A.- Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, o llevara doble contabilidad, o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

En este sentido, debemos tener en cuenta que la obligación de llevanza de la contabilidad no sólo exige al comerciante el llevar libros de forma sistemática y ordenada, con los apuntes contables de las operaciones realizadas, sino también que la documentación se custodie debidamente, en la forma que indican los arts. 25 y siguientes del CdC y el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007<sup>4</sup>. También habremos de tener en cuenta las diferentes obligaciones contables que imponen normas como el Real Decreto 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988 del Mercado de Valores o las que derivan de la normativa societaria, en cuya normativa se han venido transponiendo las Directivas Comunitarias.

Estos incumplimientos del deudor han de ser sustanciales, relevantes o trascendentes, de suerte que a resultas de los mismos las empresas no ofrezcan una imagen real de su situación patrimonial y financiera. Es decir, que no basta con las simples infracciones o las meras irregularidades contables, sino que han de ser de tal importancia que impidan conocer y valorar la situación patrimonial del deudor, en relación con su estado de insolvencia, por cuanto el nexo que se presume es la existencia de perjudicados debido a la situación de ignorancia provocada por esa insolvencia.

B.- Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados con la solicitud de concurso, o los hubiera presentado durante la tramitación del procedimiento concursal o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

El legislador incluye pues los siguientes supuestos: inexactitud en documentos necesarios para la declaración del concurso, inexactitud de documentos presentados a lo largo del procedimiento y la presentación o el acompañamiento de documentos falsos.

En todo caso, debe tratarse de inexactitudes graves o relevantes que supongan una divergencia transcendental entre el contenido de los documentos y la realidad contable y

---

<sup>4</sup> RD 1514/2007, de 16 de noviembre, *BOE*, del 20; modificado por Real Decreto 2003/2009, de 23 de diciembre (*BOE* del 29) y por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

patrimonial. No estamos, pues, hablando de errores cometidos por mera culpa o, por supuesto, de buena fe, por cuanto estos supuestos se excluyen de forma clara por el legislador. Antes bien, nos referimos a inexactitudes documentales maliciosas, intencionadas o graves, como las que pueden afectar a aspectos básicos del proceso concursal, como los documentos necesarios para conocer la real situación patrimonial del deudor, tanto activa como pasiva, donde encajarían las relativas al inventario de bienes o a la lista de acreedores, o las inexactitudes sobre adhesiones a la propuesta de convenio, etc.

A este propósito, conviene reseñar que si bien el legislador no está exigiendo que el deudor sea el autor material de la falsificación de los documentos presentados, lo que si presupone la norma es que la presentación en el procedimiento concursal de los referidos documentos se realice a sabiendas y con conocimiento de que son falsos, al margen de la autoría de los mismos.

C.- Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por el incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

Ha querido el legislador establecer una sanción derivada de los actos del concursado que conlleven el incumplimiento del convenio. Tal incumplimiento ha de estar basado en la actuación dolosa o culposa grave del concursado imputable a éste, pues aunque no lo dice literalmente la norma así se deduce de su contenido. Por esta razón debe excluirse la culpa leve, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Es preciso pues la existencia de un convenio que se empezara a cumplir por el concursado y que la apertura de la liquidación se acuerde de oficio, ya se trate de un convenio aprobado definitivamente, de acuerdo con el art. 109 de la LC, o de una ejecución provisional de convenio incumplido del art. 129 de la LC, acordada como medida cautelar por el juez del concurso en la tramitación de la oposición a la aprobación del convenio, o cuando es el propio deudor quien manifiesta al juzgado la imposibilidad de cumplir el convenio, ex art. 142 de la LC, ya que, en este caso, es el deudor quien debe pedir al juez que se abra la liquidación.

Por supuesto, la presunción de culpabilidad que estamos estudiando ha de quedar limitada a los supuestos de incumplimiento del convenio por el concursado, no a las causas en las que, el juez de oficio, debe acordar la apertura de la fase de liquidación, como por ejemplo la no presentación del convenio o la no aprobación de su contenido. La declaración de incumplimiento del convenio tendrá como consecuencia la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos.

D.- Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

En este caso, no sólo se requiere que el deudor se hubiera alzado en sus bienes, sino también que tal alzamiento haya sido lesivo para sus acreedores o que se hubiese dificultado un embargo.

Si una de las finalidades de la legislación concursal es evitar las dificultades derivadas de ejecuciones singulares y, concretamente, evitar que el deudor puede malbaratar o hacer desaparecer sus bienes en perjuicio de sus acreedores o beneficiar a alguno de estos en perjuicio de otros, es claro que el legislador, con esta presunción de culpabilidad, ha querido evitar la sustracción de bienes de la masa activa y proteger la igualdad entre los acreedores y, en definitiva, la integridad de la masa pasiva.

La acción consiste pues en la realización de actos con la intención de sustraer bienes del ámbito de los acreedores para evitar así su realización. Y ello al margen de la supuesta responsabilidad penal prevista en el art. 257 del CP, tal como ha indicado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en sentencia de 25 de octubre de 2002<sup>5</sup>.

Sobre el retraso, la dificultad o el impedimento de la eficacia de un embargo, debemos tener en cuenta que debe darse el embargo en un proceso de ejecución. Conviene subrayar que no exige la norma haber causado daño o perjuicio alguno a los acreedores, siendo suficiente con dificultar o impedir la efectividad del embargo<sup>6</sup>. Con todo, este supuesto no deja de ser curioso, por cuanto supone una cierta colisión con la pretendida finalidad universal del concurso, incompatible con ejecuciones singulares en trámite en otros juzgados o con ejecuciones futuras. Así las cosas, una prudente lectura del contenido del art. 55 de la LC parece llevarnos a la conclusión de que el supuesto que nos ocupa sólo abarca las ejecuciones que deban acumularse al concurso.

E.- Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Se trata del supuesto más tradicional del concurso culpable y consiste, como su propio nombre indica, en la salida del patrimonio del deudor de bienes y derechos durante el periodo de sospecha de dos años.

No se incluye sólo la disposición de bienes a título oneroso o lucrativo, sino cualquier salida patrimonial de bienes no fundamentada en causas legítimas, es decir, con independencia de su resultado. Desde luego, no nos estamos refiriendo aquí a los casos regulados en la legislación civil sobre los medios de realización coactiva de los créditos a causa de la morosidad del deudor o sobre el significado del patrimonio del deudor, es decir, su capacidad de crédito para operar en la vida social llevando a cabo negocios jurídicos, sino que la norma concursal sólo hace referencia a la realización de actos de vaciamiento patrimonial. En este sentido, conviene destacar que el plazo de dos años que establece este precepto no coincide con el de cuatro años que establece el art. 1299 del Cc para el ejercicio de la acción pauliana sobre la rescisión de los contratos. Sin embargo es el mismo que dispone el art. 71 de la LC, al establecer el carácter de rescindibles de los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración.

---

<sup>5</sup> RJ 10850.

<sup>6</sup> Vid. Quecedo Aracil, Pablo, Comentario al artículo 164 LC, en *Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, La Ley/ Iurgium, Madrid, 2004, p. 749.



F.- Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso, el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. Este supuesto, a diferencia del anterior, no hace referencia a ningún límite temporal y comprende cualquier acto simulado sea cual sea su contenido, siempre que esté realizado con la finalidad de crear una apariencia patrimonial no cierta ni real, es decir supone una verdadera desfiguración o enmascaramiento patrimonial, independientemente de su gravedad.

Así pues, no estamos hablando de artificios contables, sino de la realización de verdaderos actos jurídicos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia. La norma tiene tintes claramente objetivos ya que ni exige que se haya causado perjuicio a la masa ni que influya en la proposición y aceptación del convenio.

### **3.3. Presunciones de dolo o culpa grave**

En el art. 165 de la LC se establecen otros supuestos de presunción *iuris tantum*, que no están referidos al concurso culpable, sino a la intervención de dolo o culpa grave en la actuación del deudor consistente en la generación o agravación de su insolvencia.

No se trata de que el deudor haya realizado actos con resultado defraudatorio o que hubiese agravado su situación patrimonial o dificultado la situación de los acreedores. Antes bien, lo que se trata de dilucidar es si en la actuación del deudor ha intervenido buena o mala fe, consideradas desde un punto de vista subjetivo, ya que el deudor puede maliciosamente incumplir sus deberes o bien obrar por desconocimiento o ignorancia.

Frente al principio general de que el dolo o la culpa grave no se presumen, el legislador concursal parte del supuesto contrario, disponiendo de distintas presunciones como armas de presión contra el deudor y que tienen que ver, algunas, con su conducta por incumplimiento de cargas procesales y, otras, con la infracción de deberes materiales en el control y depósitos de sus cuentas anuales. A ellas nos referimos a continuación.

#### *A. Incumplimiento del deber de presentarse en concurso voluntario*

El concurso se contempla por el legislador no sólo como un derecho sino también como deber por parte del deudor. Este deber se establece en el concurso voluntario para beneficiar a los acreedores y buscar la solución más ventajosa frente a la situación de insolvencia.

Así, el art. 5 de la LC establece que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia y que, salvo prueba en contrario, se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando hayan acaecido los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme dispone el art. 2 de la norma concursal (sobreseimiento general en el pago de obligaciones, embargos pendientes, alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes, etc.).

### *B. Falta del deber de colaboración*

En el proceso concursal se exige al deudor una conducta leal para que el concurso llegue a producir los efectos pretendidos. Así se infiere de diversos preceptos de la LC. A este respecto, podemos citar, a título ejemplificativo, los siguientes supuestos. De una parte, el contemplado en el art. 42 de la LC que le obliga a comparecer ante el juez del concurso y ante los administradores concursales tantas veces fuese llamado y a facilitarles toda la información requerida. De otra parte, la hipótesis prevista en el art. 21 donde se establece que el deudor deberá presentar los documentos relativos a la memoria expresiva de su historia económica y jurídica, el inventario de bienes y la relación de acreedores. De otra parte, el caso recogido en el art. 45 que impone al deudor poner a disposición de la administración concursal los libros, documentos y registros sobre su patrimonio y actividad profesional o empresarial. Y finalmente, el que se desprende del art. 117 de la LC, que recoge el deber de asistir, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

En el supuesto que ahora nos ocupa se trata, por lo tanto, de infracciones del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, que surgen a cargo del deudor, como consecuencia de la declaración del concurso, y que consisten en facilitar cuanta información sea necesaria o conveniente para el interés del concurso<sup>7</sup>.

### *C. Falta de formulación en plazo de cuentas, omisión de auditoria y falta de depósito registral*

Respecto al primer supuesto, importa destacar que no estamos en presencia de un empresario que no lleve contabilidad de su empresa, sino de que no la hubiere formulado dentro del plazo previsto en la norma correspondiente, es decir, que la presunción queda limitada a la falta de formulación en plazo de las cuentas anuales.

En cuanto al segundo supuesto, el legislador concursal presume que el deudor ha actuado con dolo o culpa grave cuando incumple el deber de auditar las cuentas. Y todo ello teniendo muy presente la finalidad de protección de la transparencia contable y la fiabilidad de la información financiera que puede deducirse de la correspondiente auditoría. Indicar, por otro lado, que el Texto Refundido de 1 de julio de 2011 la Ley de Auditoria de Cuentas de 12 de septiembre de 1998 y su Reglamento de 31 de octubre de 2011, obligan a auditar las cuentas anuales y el informe de gestión a determinadas sociedades.

Y, en último lugar, la norma concursal comentada se refiere al incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales. Si se analiza este precepto, parece que no se está refiriendo el legislador a una actuación del deudor generadora de la situación de insolvencia o de su agravamiento, sino del mero incumplimiento de estos deberes que, objetivamente, conllevarían la presunción de dolo o culpa.

---

<sup>7</sup> De Ángel Yagüez, R., Comentario al art. 165 LC, en Prendes Carril, P. (Dir.), *Tratado Práctico Concursal*, T. IV, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 115.

Esta transparencia financiera se mantiene durante todo el proceso concursal, como lo atestiguan los artículos. 6, 46 y 75 de la LC que imponen al deudor presentar estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas; o la subsistencia de formular y someter a auditoria las cuentas anuales por parte de los administradores de la sociedad, si bien bajo la supervisión de los administradores concursales; o cuando se dice que el informe de la administración concursal deberá contener un estado de la contabilidad del deudor.

#### **4. La complicidad**

La situación de insolvencia del concursado, en muchas ocasiones, supone la colaboración de otras personas distintas del deudor que han ayudado a conformar su voluntad y sus actuaciones.

La complicidad se regula en el art. 166 de la LC, condicionándola a la concurrencia de dolo o culpa grave en un tercero que coopere en cualquier acto generador o agravante de la insolvencia. Por lo tanto, se exigen dos circunstancias; a saber: la primera, de tintes objetivos, se refiere a que el cómplice realice acciones u omisiones cooperando con el deudor o sus representantes; y la segunda, de carácter subjetivo, afecta a la culpabilidad del agente en la generación o agravación de la insolvencia.

El cómplice, por lo tanto, es una persona ajena al concursado y a sus representantes y para que su acción u omisión sea considerada de colaboración es suficiente con que encaje en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 de la LC y se de una relación de causalidad entre el acto realizado y la creación o agravamiento de la situación de insolvencia del deudor.

La consecuencia de esta participación no es otra que la devolución de lo defraudado, al margen de otras posibles responsabilidades civiles que pudieran surgir como, por ejemplo, las indicadas en los arts. 1295 y 1298 del Cc.

Al margen de lo anterior, no debemos olvidar que la utilización por el deudor de personas ajenas para ponerse en situación de insolvencia o para su agravación sólo generará responsabilidad si el cómplice actúa con dolo o culpa grave, no cuando actúa sin consentimiento o conocimiento de tal circunstancia<sup>8</sup>.

#### **5. Consecuencias jurídicas de la calificación**

##### **5.1. Aspectos generales**

Como ha quedado apuntado, en la sentencia de calificación, se debe declarar el concurso como fortuito o como culpable con carácter necesario. Mientras en el primer supuesto se archiva el expediente sin ninguna consecuencia, en el segundo sí se producen

---

<sup>8</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002, *RJ* 10850.

consecuencias, en cuanto que el juez del concurso debe valorar el comportamiento del deudor, de sus representantes y de los cooperadores.

La sentencia de calificación, al margen de su contenido declarativo, tiene también naturaleza constitutiva por cuanto habrá de extenderse a las personas afectadas por la calificación, a la inhabilitación de personas para administrar bienes ajenos o a la pérdida de derechos de las personas declaradas cómplices.

De cualquier forma, la finalidad inmediata perseguida por el legislador no es tanto determinar la situación patrimonial del deudor, sino valorar la conducta observada por éste en la generación o agravamiento de su insolvencia y el posible incumplimiento de sus obligaciones, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores.

Pues bien, los extremos más arriba mencionados están regulados en el art. 172 de la LC y de ellos nos ocupamos a continuación.

## **5.2. Sentencia que califica el concurso como fortuito**

La sentencia ha de calificar el concurso bien como fortuito o bien como culpable, no existen otras alternativas.

El juez de lo mercantil ha de fundamentar y motivar la calificación. Este requisito, a nuestro juicio, está fuera de lugar en cuanto que toda sentencia judicial ha de estar motivada, ser congruente y guardar exhaustividad en los términos que indica el art. 218 de la LEC.

## **5.3. Sentencia que califica el concurso como culpable**

Si la sentencia califica el concurso como culpable deberá contener, además, los siguientes pronunciamientos:

### **5.3.1. Determinación de las personas afectadas y las declaradas cómplices**

La reforma introducida por la Ley 38/2011 ha añadido que, en el caso de personas jurídicas, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Es decir, la relación incluye a todas aquellas personas cuya conducta generó o agravó la insolvencia del deudor o que hubiesen realizado cualquiera de los actos integrantes de las presunciones de los arts. 164 y 165 de la LC, anteriormente citados.

Sin embargo, la norma no se está refiriendo a las personas especialmente relacionadas con el deudor en los términos que indica el art. 93 de la LC (cónyuge, ascendientes, hermanos, socios del quebrado, etc.), por cuanto, respecto de estos, la ley solo establece que sus créditos tengan la consideración de subordinados (art. 92 de la LC).

Con la reforma última de la ley concursal no existe inconveniente alguno en que personas como directores generales, gerentes u otras personas que, sin ser administradores del

concurrido persona jurídica, hayan participado en funciones propias de ellos, sean llamados al ámbito de las personas afectadas por la calificación del concurso. Por lo tanto, la responsabilidad establecida en la norma alcanza a los administradores de derecho y de hecho, es decir, los ocultos o aparentes que dirigen y controlan la gestión de la sociedad pero que no figuran como tales.

Esta normativa ha supuesto un avance esencial en la regulación de la citada responsabilidad, puesto que, por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico, se establece la misma responsabilidad para los administradores de derecho y para aquellos que realicen servicios de gestión de la empresa, pero sin estar nombrados formalmente para ello, siempre que lógicamente cumplan con el requisito de que su actuación pueda equipararse al administrador de derecho.

A pesar de la controversia existente sobre si, necesariamente, ha de declararse como persona afectada al deudor o si, por el contrario, existe una línea divisoria entre la persona del deudor y las demás personas que puedan resultar afectadas por la calificación, nosotros pensamos que si bien es cierto que en el concurso pueden declararse como personas afectadas otras distintas del deudor, éste es el primer afectado por su propia declaración de concurso.

### 5.3.2 Inhabilitación para administrar bienes ajenos

El art. 172.2, 2º de la LC declara que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá entre sus pronunciamientos la inhabilitación de los afectados para administrar bienes ajenos, por un plazo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración culpable en otros concursos.

La norma establece, como sanción necesaria e ineludible, que en la sentencia de calificación se inhabilite a los condenados para la gestión y administración de bienes ajenos, ya sea por disposición legal o por voluntad del titular, durante el plazo indicado.

Esta inhabilitación no reduce la capacidad jurídica del concursado ni su estado civil, por cuanto sólo supone una limitación temporal de las facultades de gestión en nombre de un tercero, respecto de actos que sean posteriores a la fecha de la sentencia de calificación. Se trataría de las llamadas interdicciones legales que establecía el derogado art. 922 del CdC. Por lo tanto, hemos de considerar que los condenados no podrán, por ejemplo, administrar bienes de menores e incapacitados, ni de la sociedad de gananciales, ni ejercer las funciones propias del mandato, etc.

En cuanto a la individualización de la sanción, el juez del concurso debe fijar la inhabilitación no de forma arbitraria, sino teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y el perjuicio causado a los acreedores, es decir, de acuerdo con aquellas circunstancias que permitan fundamentar y graduar temporalmente la sanción en cada caso concreto.

La Ley 38/2011 ha introducido varias modificaciones al contenido del art. 172 estableciendo que, para determinar el plazo de inhabilitación, el juez ha de tener

también en cuenta la declaración de culpable en otros concursos; que si una misma persona es inhabilitada en varios concursos el periodo de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos; y que, excepcionalmente, en caso de que lo solicite la administración concursal, la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En este sentido, conviene traer a colación que el régimen sobre las inhabilitaciones se complementa con el art. 13.2 del CdC, reformado por la LC. Según este precepto no pueden ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención administrativa o económica en compañías las personas inhabilitadas conforme a la legislación concursal y durante el periodo de inhabilitación.

### 5.3.3. Pérdida de derechos

En virtud del art. 172.2, 3º de la LC la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá entre sus pronunciamientos “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”.

Es decir, el legislador prevé la pérdida de los derechos de las personas afectadas como acreedores concursales o de la masa y, en su caso, la condena restitutoria y de indemnizar los daños y perjuicios causados. Según el tenor literal de la norma todos los afectados por la calificación del concurso perderán, sin excepción, cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales, es decir, sobre los bienes o los derechos adquiridos antes de la declaración de concurso, y como acreedores de la masa, o sea los derechos generados durante la tramitación del procedimiento concursal. Por lo tanto, como se sostiene por la doctrina<sup>9</sup>, en el primer supuesto, nos encontramos ante una especie de retroacción encubierta y, en el segundo, se trata de la pérdida de bienes o derechos obtenidos de la masa, que puede tener como fundamento la infracción de deberes esenciales para todo empresario o comerciante.

Por lo demás, la Ley 38/2011 ha aplicado la extensión de la sentencia de calificación concursal a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores. Respecto a la indemnización por daños y perjuicios hay que hacer notar que es consecuencia lógica de la restitución y de la pérdida de derechos. Con todo, dichos daños y perjuicios deben estar probados, por cuanto no se presumen, por ejemplo, en los supuestos en que los bienes hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

### 5.3.4. Responsabilidad de los administradores sociales

La característica esencial del régimen de responsabilidad de los administradores es que estos ponen en juego su patrimonio personal y que deben responder con todos sus bienes y de forma ilimitada si incumplen con sus obligaciones y no actúan con la

---

<sup>9</sup> Vid. Quecedo Aracil, Pablo, *ob. cit.*, p. Comentario al artículo 164 LC, en *Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, La Ley/ Iurgium, Madrid, 2004, p. 749.

diligencia exigible a todo buen comerciante. Y ello sin olvidar que, además, su reputación o su libertad, pueden verse implicados en un proceso penal por delitos societarios y de carácter fiscal.

La Ley 38/2011 ha introducido el art. 172 bis relativo a la responsabilidad concursal, estableciendo que, en caso de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar o todos o a algunos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, siempre que esas personas hubiesen sido declaradas afectadas por la calificación, a la cobertura total o parcial del déficit del concurso. Es la llamada responsabilidad de suplemento de la masa activa.

Con esta norma se pretende, fundamentalmente, proteger el convenio y hacerlo cumplir, exigiéndose que se den los dos requisitos siguientes: primero, que se abra la fase de liquidación; y, segundo, que el concurso sea declarado culpable, quedando pues excluidos los calificados de fortuitos y culpables cuando el convenio fuera cumplido en todos sus extremos.

Debe consignarse, a este propósito, que esta responsabilidad concursal, a la que acabamos de referirnos, no es automática, y que no ha de darse en todos los supuestos, por cuanto el legislador utiliza la expresión “podrá”. Ello significa que el juez goza de un amplio margen de discrecionalidad a estos efectos, si bien es cierto que si se cumplen todos los presupuestos necesarios la condena de estas personas deberá ser obligatoria, puesto que lo contrario podría suponer un indirecto beneficio del deudor y, correlativamente, un perjuicio para los acreedores.

Por lo que se refiere al importe de la condena, el precepto comentado nos dice que puede ser total o parcial en cuanto al déficit del concurso, lo cual no parece tener mucho sentido por cuanto, de existir un déficit concursal, quizás el beneficio de los acreedores hubiese requerido por el legislador una mayor protección de sus derechos. Muy posiblemente lo que la norma ha querido es dejar en manos del juez del concurso la determinación de qué parte de déficit concursal debe responder cada uno de los administradores, atendiendo a su propia responsabilidad y la participación tenida en la generación o agravación del estado de insolvencia; los daños y perjuicios causados a los acreedores; e, incluso, las ganancias obtenidas por cada administrador. Prueba de ello es que la modificación legislativa que analizamos no establece la responsabilidad solidaria de los administradores, sino que obliga al juez del concurso a individualizar esta responsabilidad.

Por lo demás, el legislador no establece criterios para determinar su procedencia y su montante, por lo que se deberá estar a cada caso concreto, en función de la participación de cada uno de los administradores en la generación o agravación del estado de insolvencia del concursado.

Respecto al juicio que nos merece esta extensión de la responsabilidad de los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, que lo hubiesen sido durante los

dos años anteriores a la declaración de concurso, cabe señalar –como aspecto positivo– que puede ser razonable para evitar así posibles manejos y sustituciones de administradores cuando comienza a vislumbrarse un concurso. Ahora bien, como aspectos críticos que cabe reseñar, pueden mencionarse, de una parte, que la norma parece excesivamente ambigua para ser de contenido sancionador, por lo que podría entrar en colisión con algunos de los derechos que contempla el art. 24 de la CE. De otra, que ha supuesto un endurecimiento de la responsabilidad de los administradores en relación con la legislación mercantil paralela e, incluso, con el Derecho comparado. Finalmente, hay que destacar que la indeterminación de la norma puede plantear el serio problema de suscitar el riesgo de confusión entre la acción social por responsabilidad de los administradores que regula la legislación mercantil y el sistema de responsabilidad concursal.

Amén de lo expuesto, no hay que ignorar que la responsabilidad de los administradores no es solidaria, por cuanto, en el caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos dependiendo de su participación en los hechos, integrándose las cantidades así obtenidas en la masa activa del concurso.

Con independencia de lo anterior, conviene recordar que la LC, en su art. 48 ter, también autoriza al juez a ordenar el embargo preventivo de bienes del patrimonio personal de los administradores de la sociedad en concurso cuando considere que el patrimonio de la sociedad no es suficiente para hacer frente a todas las deudas de la sociedad.

## 6. La sustitución de los inhabilitados

Es en el art. 173 de la LC donde se dice que los administradores y los liquidadores del concursado persona jurídica que sean inhabilitados cesarán en sus cargos y que, si este cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal deberá convocar Junta o Asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

Un análisis de este precepto nos lleva a la consideración de su difícil aplicación en supuestos como el de las sociedades unipersonales, o de administrador único, o cuando el número de socios sea tan reducido que todos ellos integren ya la administración, o en el caso de que los estatutos de la sociedad exijan que el administrador sea necesariamente un accionista o, imaginemos, el supuesto de renuncia o de no aceptación de los nuevos administradores nombrados. En todos estos supuestos, es claro que el cese de los administradores puede impedir el funcionamiento del órgano de administración e, incluso, la convocatoria y la celebración de junta para la designación de otros administradores, en cuyo supuesto podríamos estar ante una causa necesaria de disolución. Por lo tanto, veremos como en cada caso concreto y en cada concurso, se van resolviendo estos interrogantes u otros similares.

Con todo, la sustitución no procederá cuando el concurso finalice en liquidación por cuanto, en este caso, será de aplicación el contenido del art. 145.3 de la LC, según el



cual en la misma resolución se ordenará la disolución de la sociedad y el cese de los administradores o liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal.

## **7. La calificación del concurso y la intervención administrativa**

En el art. 174 de la LC se regula una especie de paraconcurso administrativo<sup>10</sup>. Así es, el legislador parte de la base de la existencia de entidades con una situación muy especial y sometidas a normas también especiales respecto de la legislación concursal.

Según se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LC, se trata de entidades sometidas a control e intervención de la administración supervisora y con competencia para decidir sobre su disolución y liquidación, pero en el bien entendido caso de que dichas entidades no tienen la posibilidad de declarar su propio concurso. Este supuesto vendría referido a entidades financieras, a entidades aseguradoras y a otras asimiladas, como, por ejemplo, las empresas de servicios de inversión, sociedades y fondos de inversión, sociedades de garantía recíproca, etc.

En estos casos, es un órgano administrativo quien interviene cuando estas entidades se encuentran en un estado de insolvencia y él tiene encomendada la función de disolución y liquidación de la entidad, pero con la exclusión de la posibilidad de declararlas en concurso. Véase, por ejemplo, la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros en relación con las entidades aseguradoras.

Con todo, como quiera que el legislador, aún en estos supuestos, desea que se depuren las responsabilidades correspondientes a que hubiere lugar, respecto de las personas responsables de esa situación, y se examine por el juez civil las circunstancias concurrentes en la generación o agravación de la insolvencia, es por lo que la autoridad administrativa supervisora que hubiese acordado la intervención deberá ponerlo en conocimiento del juez que hubiera sido competente para la declaración de concurso de dicha entidad. Y todo ello, sin duda, por la transcendencia que tiene la inhabilitación o la responsabilidad de suplemento patrimonial de los administradores.

Se trata, por lo tanto, de calificar no un concurso que no se declara, sino la conducta de los administradores o liquidadores de esas entidades sujetas a supervisión administrativa.

El juez debe acordar, ya de oficio, ya a petición del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa, y sin previa declaración de concurso, la formación de la sección de calificación, que será autónoma y a la que se dará la publicidad prevista para la declaración de concurso.

En cuanto a la tramitación de la calificación, la legislación concursal establece ciertas especialidades en relación con el curso de la calificación ordinaria. Así, cabe citar, a título ilustrativo, de una parte, que la sección se encabeza con la resolución administrativa que

---

<sup>10</sup> Véase Herrera Cuevas, E., *Manual de la Ley Concursal*, Europea de Derecho, Editorial Jurídica, Madrid, 2004, p. 614.

hubiere acordado las medidas, en vez de con la resolución judicial aprobando el convenio u ordenando la liquidación. De otra parte, que el plazo para la personación de los interesados, y ser parte en la sección, desde la última publicación del auto de formación, es de quince días y no de diez. Y, por último, y quizás de más transcendencia, que el informe que los administradores concursales deben emitir en los concursos, debe ser sustituido por un informe elaborado por la autoridad supervisora que hubiera ordenado la intervención de la entidad. Ello, por lo demás, parece comprensible, ya que esta autoridad supervisora es quien ha intervenido y conocido la situación financiera de la entidad disuelta y la actuación legal, contractual y financiera de sus responsables.

## **8. Tramitación de la sección de calificación**

### **8.1. La formación de la sección de calificación**

La Ley 38/2011 ha modificado el art. 167 de la LC que regula la formación de la sección de calificación. El legislador, en este sentido, no deja al amparo de la petición de las partes la formación de la sección de calificación, por cuanto ordena al juez del concurso el deber inexcusable, sin más trámites, de ordenar la formación de la sección sexta, de calificación, en la resolución donde se indique: a) la aprobación del convenio (salvo que se establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años para todos los acreedores o para los de una o varias clases); b) el plan de liquidación; o c) cuando se ordene la liquidación conforme a normas legales supletorias.

Debemos tener en cuenta, asimismo, que el art. 167.2 de la LC, según redacción dada por la Ley 38/2011, establece que en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio se deberán tener en cuenta dos situaciones. La primera tendrá lugar cuando se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en cuyo caso "en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución". Y la segunda abarca cualquier otro supuesto, y entonces "la referida resolución judicial 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 capítulo que le sean de aplicación".

Como puede observarse el legislador, por todos los medios, pretende que el convenio se cumpla y, en caso contrario, lo sanciona con mucha dureza porque, sin tener en cuenta cuál haya sido la actuación del concursado, con carácter objetivo y sin ningún tipo de defensa y de posibilidad de justificación, establece que se ha formar la sección de calificación. Es más, aún en el supuesto de que el convenio contemplase una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, en caso de incumplimiento también se ha de formar esta sección, es decir, que afecta a cualquier tipo de convenio.

Quizás, una de las cuestiones que plantea mayor discusión, en la interpretación del precepto citado, es el supuesto de un concurso calificado como fortuito y que, con posterioridad, el convenio resulta incumplido con lo cual nos podríamos encontrar con

dos resoluciones contradictorias, una sentencia que califica el convenio de fortuito y otra que lo podría calificar de culpable. Así las cosas, parece que lo más lógico es atender al contenido de la sentencia de resolución del convenio por incumplimiento para fundar la posible culpabilidad del concursado, por tratarse de una resolución que incorpora hechos nuevos no previstos en la sentencia que, con anterioridad, declaró el concurso como fortuito<sup>11</sup>.

## 8.2. Personación de los interesados

Nos encontramos en la fase de preparación de la propuesta de calificación. Es obvio que en esta sede los intereses que resultan principalmente afectados por la conducta del deudor común son los acreedores.

Así las cosas, la legitimación activa corresponde a los acreedores incluidos en la lista definitiva aprobada por el juez o en el convenio aprobado y ha de hacerse dentro de los diez días siguientes a la última publicación de la resolución aprobando el convenio o la apertura de la liquidación.

Además, el art. 168 de la LC señala que tienen legitimación las personas que acrediten interés legítimo, alegando lo relevante para la calificación del concurso como culpable. En efecto, en contra de lo tradicionalmente previsto por nuestra legislación mercantil, tanto en el art. 895 del CdC como en el art. 1382 de la LEC, el legislador concursal no sólo permite la personación de los acreedores sino también de cualquier sujeto que acredite tener interés legítimo. Nada dice la norma sobre qué personas pueden considerarse como "interesados", pero entendemos que el legislador se está refiriendo a personas con interés en el concurso y con una sola finalidad, cual es obtener la calificación del concurso como culpable. Entre estas personas podemos citar, por ejemplo, a aquellos acreedores ordinarios o subordinados que, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos como tales; los socios o partícipes de la persona jurídica a la que pertenecen y cuya declaración concursal se discute; los trabajadores y los representantes de la misma; o el cónyuge, en el caso de concurso de una persona casada.

Aparte de lo expuesto, cabe reseñar que, el art. 168.2 declara que cuando la reapertura de la sección de calificación se hace por incumplimiento del convenio, los interesados podrán personarse pero limitando su pretensión a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado. Se trata, en definitiva, de dar a los acreedores la posibilidad de perseguir al concursado que no ha cumplido con lo pactado en el convenio.

## 8.3. Informe de la administración concursal

Conforme al art. 169.1 de la LC, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de personación para los interesados, la administración concursal debe presentar un

---

<sup>11</sup> Vid. Quecedo Aracil, Pablo, Comentario al artículo 167 LC, en Fernández Ballesteros, M. Á. (coord.), *Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la Nueva Ley Concursal, La Ley/Lurgium*, Madrid, 2004, p. 763.

informe razonado y documentado sobre los hechos que resulten relevantes para la calificación del concurso, incluyendo una propuesta de resolución. Así pues la única finalidad del informe es formular una pretensión de calificación del concurso y acompañar una propuesta de resolución.

Según este mismo precepto, si esta propuesta fuera de calificar el concurso como culpable, en el informe se deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación, así como, en su caso, la de los considerados cómplices, justificando la causa, debiendo figurar también en el mismo la determinación de los eventuales daños y perjuicios causados.

En realidad, lo que la administración debe cumplimentar guarda relación con lo dispuesto en el art. 172 de la LC sobre los pronunciamientos de la sentencia que califique el concurso como culpable, tales como si se han cumplido los deberes contables; si se ha llevado doble contabilidad; si han salido fraudulentamente bienes de su patrimonio; o si se han depositado las cuentas anuales.

En definitiva, lo que pretende el legislador es que tanto el informe de la administración concursal, como el informe del Ministerio Fiscal, contengan los hechos que sean relevantes para la calificación, así como el reconocimiento de los libros obligatorios y de la contabilidad del deudor y su contenido<sup>12</sup>. Por supuesto, esta propuesta no es vinculante para el juez, excepto en el supuesto de que la calificación sea de fortuito y, este criterio, coincida con el Ministerio Fiscal.

#### **8.4. Dictamen del Ministerio Fiscal**

El art. 169.2 de la LC establece la intervención del Ministerio Fiscal en el concurso. Se trata de que por el Ministerio Fiscal, visto el contenido del informe de la administración concursal, emita el correspondiente dictamen sobre la calificación del concurso en un plazo de 10 días. Atendidas las circunstancias que puedan hacerlo necesario, el juez podrá prorrogar este plazo hasta un máximo de otros diez días.

No obstante, en virtud de este mismo precepto, si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en dicho plazo se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación de la administración y, en consecuencia, el proceso seguirá su curso. Así las cosas, la intervención del Ministerio Fiscal parece haber perdido importancia en relación con la legislación anterior. En efecto, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la LC se habla de la intervención del Ministerio Fiscal como parte, es lo cierto que el precepto que comentamos sólo le encomienda la función de emitir el oportuno dictamen. En este sentido, no es que el legislador faculte al juez del concurso para prescindir del dictamen del Ministerio Fiscal, muy al contrario tiene el deber de solicitarlo, siendo la única consecuencia de la no presentación la prosecución del proceso, entendiéndose que no se opone a la propuesta de calificación de la administración concursal.

---

<sup>12</sup> Oliver Barceló, S., Comentario al art. 169 LC, en Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcocer Garau, G., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Registradores de España/Dykinson, Madrid, 2004, T. II, p. 1424.

Al margen de lo señalado, conviene destacar que cuando se trate de la resolución del convenio por incumplimiento del concursado, tanto el informe de la administración concursal como del Ministerio Fiscal sólo podrán referirse a la determinación de las causas de incumplimiento o a si el concurso debe calificarse como culpable.

### **8.5. Tramitación de la sección**

Según dispone el art. 170.1 de la LC, si el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal consideran que el concurso debe calificarse como fortuito el juez del concurso está vinculado por tal coincidencia y, por lo tanto, debe dictar sentencia de calificación de conformidad con ella y archivar las actuaciones sin la posibilidad de recurso alguno.

El legislador ha cambiado sustancialmente el sistema anterior en base a considerar que si tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal son dos órganos independientes, por cuanto la administración concursal no defiende ni representa a los acreedores, ni al deudor, sino que sólo actúa en aplicación de la ley y con sometimiento al juez de lo mercantil, mientras que el Ministerio Fiscal interviene en defensa exclusiva de la legalidad, en caso de que ambos organismos consideren que el concurso debe calificarse como fortuito, al juez del concurso se le reducen las facultades de disposición y queda vinculado por ello. Esta solución es susceptible de serias dudas, por cuanto la calificación del concurso como fortuito, en tales circunstancias, se debe adoptar de forma imperativa y sin que el juez pueda dictar otra resolución al respecto y sin que otras personas interesadas, como por ejemplo los acreedores, puedan ser oídos sobre la cuestión suscitada.

De conformidad con el art. 170.2 de la LC, cuando no se produzca esa coincidencia en la calificación del concurso como fortuito por parte de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, el juez dará audiencia al deudor por un plazo de diez días, ordenando emplazar a todas las personas interesadas, que pudieran resultar afectadas por la calificación del concurso o ser declaradas cómplices, para que puedan comparecer en las actuaciones en el plazo de cinco días, siempre que no lo hubiesen hecho anteriormente. Ateniéndonos a la redacción del precepto y teniendo en cuenta la filosofía de la normativa estudiada, parece desprenderse que el juez del concurso no puede emplazar de oficio a las personas que considere interesadas en la calificación, por cuanto se dice en tal precepto que el emplazamiento se realizará "según resulte de lo actuado". Ello parece conducirnos a la conclusión de que sólo se deberá emplazar a las personas designadas en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Ministerio Fiscal.

Merced al art. 170.3 de la LC a quienes comparezcan en plazo el Secretario judicial les dará vista del contenido de la sección, para que puedan alegar lo que a su derecho convenga. Según este mismo precepto si alguno de los interesados emplazados no compareciera el procedimiento continuará adelante y se les declarará en rebeldía, sin que se les vuelva a citar.

## 8.6. Oposición a la calificación

El art. 171 de la LC permite que tanto el deudor, como los comparecidos, puedan formular oposición, que se sustanciará por los trámites del incidente concursal. Y añade que si fuesen varias las oposiciones habrían de sustanciarse juntas en el mismo incidente.

Se entiende que esta oposición es a la propuesta de calificación de concurso culpable, por cuanto si la petición fuese de concurso fortuito, como antes hemos indicado, el juez de lo mercantil está vinculado por ello.

No cabe duda de que el deudor, las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación o quienes pudieran ser declarados como cómplices, tienen todo el derecho a oponerse a que el concurso se declare como culpable, de acuerdo con el art. 24 de la CE. Lo que ya no está tan claro es que los acreedores personados y otros legitimados puedan actuar en beneficio del deudor y oponerse a la declaración de concurso culpable, por cuanto, tradicionalmente en nuestro derecho, los acreedores actúan en el procedimiento como perseguidores del deudor.

Con todo, no se puede desconocer que el art. 193.2 de la LC establece una actuación totalmente independiente de los acreedores en el concurso, al indicar que cualquier persona comparecida podrá intervenir con plena autonomía coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria. Ahora bien, también se debe señalar que existen autores<sup>13</sup>, que sostienen que la legitimación para formular oposición a la calificación de la administración concursal o del Ministerio Fiscal no puede extenderse ni a los acreedores, ni a las personas que pueden personarse en las actuaciones, mediante la acreditación de su interés legítimo. Precisamente esta tesis la sustentan en lo dispuesto en el art. 168 de la LC, ya que estas personas parecen estar excluidas de la posibilidad de formular oposición, de acuerdo con el art. 170 de la misma ley.

El legislador concursal, cambiando nuestro precedente más inmediato sobre la declaración de quiebra, dispone en el apartado 2 del art. 171 de la LC que, si no se hubiese formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Una prudente lectura del contenido de esta disposición nos conduce a afirmar que tal situación sólo puede producirse cuando ni el deudor, ni ninguno de los que hubieran comparecido, formulan oposición, ya que si alguno de ellos sostiene la calificación como culpable el juez debe dictar sentencia sobre lo procedente.

Por supuesto, el juez del concurso no está vinculado ni por el informe de la administración, ni por el dictamen del Ministerio Fiscal, ni por la oposición o por la falta de oposición de las partes intervinientes, debiendo dictar en cada caso concreto la resolución que proceda y con absoluta libertad.

---

<sup>13</sup> Véase Mambrilla Rivera, V., *Comentario al artículo 171 LC*, en Sánchez Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2828.

Frente a la sentencia del juez de lo mercantil cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y de casación y extraordinario por infracción procesal en los términos previstos en la LEC.

## 9. Conclusión

La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 es ciertamente loable, por cuanto ha supuesto un avance en la clarificación de dudas existentes en la normativa anterior, incorporando diferentes soluciones que ya habían sido acogidas por distintas sentencias dictadas por los órganos judiciales.

Entre las novedades más significativas podemos citar, en lo que se refiere a la declaración de concurso culpable, la modificación del art. 164.1 de la LC, al incluir también a los apoderados generales y a quienes hubieran tenido cualquiera de las condiciones previstas en dicho precepto, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Asimismo cabe resaltar la modificación del art. 167 de la LC, en cuanto a la formación de la sección de calificación, al indicarse que no procederá la formación de dicha sección cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en los términos señalados en dicho precepto.

Igualmente hemos de resaltar, como relevante, la novedad introducida en el art. 172 de la LC, donde en lo relativo a la determinación del periodo de inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos, se establece que uno de los factores que han de tenerse en cuenta es la declaración de culpable en otros concursos.

Finalmente, importa reseñar la modificación legal introducida mediante el nuevo art. 172 bis de la LC respecto a la responsabilidad concursal de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada, al proclamar que, en el caso de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto en la fase de liquidación, se podrá condenar a alguno o a todos los administradores o liquidadores o apoderados de la persona jurídica concursada a la cobertura total o parcial del déficit, siempre que dichas personas hubieran sido declaradas afectadas por la calificación.

## Referencias

- De Ángel Yagüez, R. (2009). Comentario al art. 165 LC. En P. Prendes Carril (Dir.), *Tratado práctico Concursal* (t. IV, pp. 100 y ss.). Pamplona: Aranzadi.
- Fernández-Ballesteros, M.A. (2004). Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso. En J.F. Garnica Martín (Dir.), *La nueva Ley Concursal* (pp. 21 y ss.). *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII- 2003. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

- García-Cruces, J.A. (2004). Comentario al art. 164 LC. En A. Rojo/E. Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal* (t. II, pp. 2522 y ss.). Madrid: Thomson/Cívitas.
- Garnica Martín, J.F. (Dir.) (2003). *La nueva Ley Concursal*. Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII.
- Herrera Cuevas, E. (2004). *Manual de la Ley Concursal*. Madrid: Europea de Derecho, Editorial Jurídica.
- Mambrilla Rivera, V. (2004). Comentario al artículo 171 LC. En J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la Legislación Concursal* (t. III, p. 2828). Valladolid: Lex Nova.
- Oliver Barceló, S. (2004). Comentario al art. 169 LC. En J. Pulgar Ezquerro, C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Alcocer Garau, *Comentarios a la Legislación Concursal* (t. II, pp. 1423 y ss.). Madrid: Registradores de España/Dykinson.
- Quecedo Aracil, P. (2004). Comentarios a los artículos 164 y 167 LC. En M.Á. Fernández-Ballesteros (Coord.) *Derecho Concursal Práctico, comentarios a la nueva Ley Concursal* (pp. 741 y ss. y 761 y ss.). Madrid: La Ley/lurgium.