

La calificación del concurso

Autora: Inés Fernández Fernández
Profesora propia adjunta UPCO

I. Introducción

La Ley Concursal recientemente aprobada sigue la línea marcada por nuestra tradición legislativa¹ de proceder en el seno del procedimiento colectivo a enjuiciar y, en su caso, sancionar la conducta del deudor insolvente, para lo cual prevé la apertura de la denominada Sección de Calificación del Concurso.

Mas, a diferencia de lo que sucedía bajo el régimen anterior en que la finalidad de la calificación era servir de presupuesto para exigir al deudor la responsabilidad criminal², la Ley Concursal establece una clara separación entre las consecuencias civiles y penales vinculadas a la declaración del concurso. Con ello, no hace más que

¹ Sobre estos antecedentes, vid. entre otros, J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, 2ª ed., Barcelona, 1998, Tomo III, p. 2071 y 2072 y A. PÉREZ DE LA CRUZ, “Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal”, en el libro *Homenaje a Olivencia*, en prensa.

² Vid. artículo 895 del Código de Comercio en que expresamente se dice que “La calificación de la quiebra, para exigir al deudor la responsabilidad criminal, se hará siempre en ramo separado.....” y el 896: “En ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente”. Un estudio detallado sobre la calificación de la quiebra en el Código de comercio en J. A. RAMÍREZ, op. cit., p. 2071 y ss.

seguir la tendencia iniciada ya por la jurisprudencia³, y posteriormente consagrada por el Código Penal de 1995, que al regular los denominados delitos de insolvencia punible de una forma autónoma, declara contundentemente en el artículo 260.4 que “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”. Esta es también la posición adoptada por la nueva Ley Concursal cuando en el artículo 163.2 establece: “La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”.

Por lo tanto, el legislador concursal se limitará exclusivamente en la pieza de calificación a determinar las eventuales responsabilidades civiles derivadas del concurso culpable, que son tres: inhabilitación, pérdida de derechos patrimoniales y responsabilidad de administradores y liquidadores frente a los acreedores.

Otra de las novedades de la Ley es que se reducen las categorías de concurso, en función de la calificación que proceda, a concurso fortuito y concurso culpable⁴. Frente a las tres clases de quiebra, fortuita, culpable y fraudulenta del Código de comercio, la Ley refunde bajo la categoría de concurso culpable, los supuestos de conductas culpables y fraudulentas del Código de comercio. Esta reducción tiene pleno sentido dado que, por un lado, las sanciones civiles anudadas al concurso culpable son las mismas en uno y otro caso. Y, por otro, la Ley prevé la posibilidad de graduar la intensidad de dos de las sanciones previstas en función del mayor o menor grado de culpabilidad del deudor. En efecto, el Juez tiene facultades para moderar o agravar, en su caso, tanto la inhabilitación para administrar bienes ajenos (172.1.2), como la responsabilidad de administradores y liquidadores por las deudas de la masa (172.3)⁵.

II. Apertura de la Calificación

Otro cambio importante de la Ley en esta materia es que la apertura de la Sección de Calificación del Concurso no procederá en todo caso, sino sólo en los dos supuestos tasados del artículo 163, a saber:

1. Cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.
- 2.- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

³ Esta línea jurisprudencial entendía que en caso de quiebra culpable o fraudulenta, el juez penal no debía limitarse a imponer determinada pena sobre la base de una conducta enjuiciada por el juez civil, sino que la calificación de la quiebra como culpable o fraudulenta por éste no pasaba de ser una mera condición de prejudicialidad para que aquél enjuiciara de nuevo la conducta del quebrado sin estar vinculado por la previa calificación civil. Vid. G. ALCOVER GARAU, “La calificación del concurso”, en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid, 2002, p. 241.

⁴ Vid. artículo 163.2.

⁵ Vid., A. PÉREZ DE LA CRUZ, op. cit.

La razón de estas limitaciones obedece al cambio de mentalidad experimentado por el legislador concursal que no busca con la calificación tanto sancionar la conducta del deudor insolvente, como sobre todo reparar el daño sufrido por los acreedores en los casos de insolvencia. Así las cosas, está perfectamente justificado que el expediente de calificación se abra sólo en aquellos casos de insolvencias agudas en que los intereses de los acreedores se van a ver más gravemente afectados como sucede en los supuestos previstos. En efecto, es evidente que cuando el convenio prevea una quita superior a un tercio, ello comportará una lesión importante de los créditos afectados, sean todos o los de una clase, al verse reducidos en su importe. Lo mismo sucederá si el contenido del convenio consistiera en una espera superior a tres años, con independencia de que se aminore el perjuicio de la moratoria a través de un pacto de devengo de intereses. El riesgo de perjuicio para los acreedores es aún mayor cuando la satisfacción de sus créditos vaya a tener lugar a través de la liquidación concursal⁶.

Esta opción legislativa ha merecido críticas tanto por parte de aquellos que consideran demasiado limitados los supuestos de apertura contemplados por la norma como por quienes la consideran demasiado amplia. Los primeros, a fin de evitar que queden fuera de la calificación supuestos no recogidos en la norma y que, sin embargo acarrear un perjuicio para los acreedores debido a la conducta reprochable del deudor, hubieran preferido una regla general que ordenase la apertura de la calificación en todo procedimiento concursal seguida de una serie de excepciones en las que fuera clara la falta de perjuicio para los acreedores⁷. Los segundos, partidarios de limitar la calificación concursal a los supuestos de apertura de liquidación, por entender que las consecuencias de la calificación y, en concreto, la inhabilitación del deudor culpable es incompatible con el cumplimiento del convenio⁸.

Una solución distinta a las anteriores era la propugnada por el Consejo Económico y Social en su Dictamen 4/01 sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal. El Dictamen criticaba la fijación taxativa de los supuestos en que procede la apertura de la Sección de calificación dada la multiplicidad de situaciones que pueden darse en la práctica, y proponía que fuese el Juez el que pondere, en atención a las circunstancias del caso, la oportunidad o no de la calificación del concurso. Esta solución si bien dotaba de mayor flexibilidad al procedimiento, iba en detrimento de la seguridad jurídica.

⁶ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, "El problema de la represión de la conducta del deudor", en *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, p. 251 y ss.

⁷ Vid. Esta es la solución propugnada por el artículo 208 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal que elaborara el profesor ROJO que establecía el carácter necesario de la apertura de la Sección de calificación en todo caso, señalando como excepciones a tal regla general los supuestos en que el concurso fuera voluntario y aquellos en que se hubiera aprobado un convenio que permitiera la íntegra satisfacción de los créditos concursales en un plazo no superior a tres años o, en caso de liquidación, que de lo actuado resultara la suficiencia de los medios propios del deudor común para satisfacer todas las obligaciones. Esta misma solución es la que propone J.A. GARCÍA-CRUCES, "El problema de la represión de la conducta del deudor", op. cit., p. 254.

⁸ Vid. G. ALCOVER GARAU, op.cit., p. 248 y ss. y 261, que considera incluso la conveniencia de hacer desaparecer tal Sección para configurarla como un trámite mas de la fase de liquidación concursal.

III. Concurso culpable

La Ley dedica dos preceptos a determinar cuándo el concurso se calificará culpable. El artículo 164 comienza con una cláusula general según la cual “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”. En ella, aparecen recogidos los elementos típicos definitorios de la responsabilidad por culpa, sea contractual o extracontractual: Una conducta dolosa o culposa de los sujetos mencionados; un evento dañoso: la producción o el agravamiento del estado de insolvencia; y un nexo causal, elemento implícito en la expresión “hubiera mediado”. Por lo que respecta al elemento intencional hay que diferenciar dos tipos de comportamientos culpables. El primero tendrá lugar cuando el deudor haya actuado con mala fe, malicia o voluntariedad respecto al resultado dañoso. Pero también tendrá la calificación de culpable el concurso cuando la conducta del deudor pueda ser calificada de culpa grave, esto es, cuando en su actuar se dé negligencia, o la falta de la diligencia exigible.

A continuación y, dada la dificultad de probar el dolo o la culpa grave en la conducta del deudor, se enumeran una serie de supuestos que, de acreditarse su concurrencia, determinarán la calificación del concurso como culpable, ya sea en todo caso (supuestos del artículo 164.2), ya sea, salvo prueba en contrario (supuestos del artículo 165).

IV. Presunciones de concurso culpable

Con respecto a estas presunciones, el juez no entra a enjuiciar la conducta del deudor en orden a la producción o agravamiento de su estado de insolvencia, sino que acreditado el hecho tipificado en la Ley, el concurso se calificará como culpable por ministerio de la ley, con independencia de la culpabilidad del concursado y con independencia de la relación de causalidad entre los expresados hechos y la producción o empeoramiento de la insolvencia, siendo indiferente que el deudor haya llegado a tal situación como consecuencia de aquellos o de otros actos. Estos supuestos no son, por tanto, concreciones de la cláusula general, que, como hemos visto, prevé la concurrencia de un triple elemento: objetivo, subjetivo y causal, sino que bastará la concurrencia del elemento objetivo para que el concurso se califique de culpable, con independencia de la intencionalidad del deudor, y sea o no el hecho previsto causante de la generación o agravación del estado de insolvencia⁹.

⁹ En este sentido, A. PÉREZ DE LA CRUZ, *op. cit.* De la misma opinión en la legislación anterior, R. URÍA, A. MENÉNDEZ, E. BELTRÁN, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, II, p. 917.

El artículo 164.2 declara que en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra alguno de los supuestos enunciados¹⁰. La labor judicial se limitará a constatar la concurrencia de cualquiera de los supuestos contemplados en la norma, sin que se le permita al deudor, a diferencia de los supuestos del 165, destruir la presunción probando la falta del elemento intencional, y/o la falta de nexo causal entre la conducta tipificada y la generación o agravación de la insolvencia. Cosa bien distinta es que el deudor pruebe que los hechos constitutivos de la presunción no pueden serle imputados, por deberse a causa fortuita¹¹.

A) La primera presunción de concurso culpable está constituida por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber legal de contabilidad. En concreto, el artículo 164.2.1^o se refiere a los supuestos de incumplimiento sustancial de esta obligación, a la llevanza de doble contabilidad o a la comisión de cualquier tipo de irregularidad en su llevanza que resulte relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Se trata de tres conductas distintas pero todas ellas relativas al deber de llevanza de una ordenada contabilidad y que producen como resultado la falta de información necesaria para la comprobación de las operaciones contables del deudor. Obsérvese que en los tres casos no bastará cualquier tipo de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sino que habrá de tratarse de un incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso sustancial o relevante en orden a hacerse una idea exacta del estado contable del concursado, con independencia del resultado perjudicial para tercero. Es el juez el que, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, habrá de determinar cuándo la falta o defectuoso cumplimiento del deber de llevanza de una contabilidad ordenada es merecedora de un juicio de reproche por redundar en un déficit informativo importante. La falta de cumplimiento del deber de contabilidad o su llevanza de forma irregular por parte del deudor vendrían a mostrar la intencionalidad o conducta culpable a fin de ocultar o manipular la información contable necesaria para apreciar las operaciones del deudor, sin que sea necesario acreditar la realidad de perjuicio alguno para los acreedores¹².

B) La segunda presunción de concurso culpable acogida por el artículo 164.2.2 se refiere a la falsedad y la inexactitud grave en la documentación aportada por el deudor común. Con esta presunción se sanciona con la calificación de concurso culpable el incumplimiento por parte del deudor común de una serie de deberes que la Ley le impone. En este sentido, el artículo 5 enumera los documentos que el deudor

¹⁰ Acerca de la posible incompatibilidad de esta regla presuntiva y la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de nuestra Constitución, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra. Vid. entre otras, STS 10 de diciembre de 1985 (Art. 6432) y 22 de noviembre de 1985 (Art. 5627)

¹¹ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 258 y ss., trayendo en apoyo de su tesis las SSTs de 10 de diciembre de 1985 (Ar. 6432) y 18 de marzo de 1990 (Ar. 2730)

¹² Sobre esta presunción, J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 260 y ss.

debe aportar en el caso de instar su propia declaración de concurso, debiendo expresar la causa que motivare la falta de alguno ellos. Por su parte, el artículo 44 en relación con el 41 impone al deudor el deber de entregar cualquier documentación relativa a los aspectos patrimoniales de su actividad empresarial o profesional.

En el caso de que el deudor aporte documentos falsos es evidente la intencionalidad del deudor en orden a falsear la información patrimonial que debe extraerse de la documentación exigida, por lo que está plenamente justificada la presunción de concurso culpable. Caso distinto es el de inexactitud documental, pues aquí falta el elemento intencional o engaño por parte del deudor, tratándose de un error causado por la negligencia del deudor. En todo caso, para que actúe la presunción de concurso culpable, el error o inexactitud habrá de ser grave o de cierta relevancia ocasionando una discordancia importante entre la información suministrada y la realidad¹³.

C) La tercera presunción de concurso culpable se refiere al hecho de que la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado. En mi opinión bastará con que se produzca el incumplimiento y que el mismo sea imputable al deudor para que se califique el concurso como culpable, siendo indiferente la intencionalidad del deudor¹⁴.

D) La siguiente presunción de concurso culpable acoge dos conductas distintas: el alzamiento del deudor y el impedimento o retraso causado en la eficacia de un embargo trabado o por practicar sobre sus bienes. Con respecto a la primera conducta, el artículo 164.2.4 exige que el alzamiento se haya hecho en perjuicio de sus acreedores, de ahí que para que actúe la presunción será necesario probar no sólo que ha habido ocultamiento o sustracción de bienes a la masa de la quiebra sino también el consiguiente perjuicio para los acreedores¹⁵. En este sentido, dentro del concepto de alzamiento se incluiría todo acto de disposición del deudor, también la alteración en el orden de los créditos, que si bien desde el punto de vista de la técnica penal no pueda ser calificado como delito de alzamiento¹⁶, entra de lleno en la presunción del artículo 164.2.4, por cuanto constituye un perjuicio evidente para el resto de los acreedores¹⁷.

La segunda conducta que contempla el artículo 164.2.4 hace referencia a que el deudor común “hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”. Hay que puntualizar que para que actúe la presunción de concurso culpable

¹³ IDEM, p. 266 y ss.

¹⁴ J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 272, propone una interpretación matizada que dulcifica la dureza de esta presunción como ya lo hacía el artículo 216.1 del PAPLC de 1995 que limitaba la calificación de concurso culpable a los supuestos de incumplimiento del convenio en los que hubiera existido dolo o culpa del deudor

¹⁵ STS 10 de marzo de 1985.

¹⁶ Vid. la STS de 3 de mayo de 2001 que considera que la infracción del orden de prelación de créditos no constituye en sí misma el comportamiento típico del delito de alzamiento de bienes.

¹⁷ En este sentido, J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 269 y 270.

será necesario que el acto en cuestión exceda de lo que podría ser considerado como una conducta de defensa legítima de los propios intereses del deudor y persiga exclusivamente y de forma defraudatoria retrasar o hacer impracticable el posible embargo¹⁸.

E) La quinta regla presuntiva del artículo 164.2 se refiere al hecho en que “durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.

El supuesto cumple con todos los presupuestos de la regla general de calificación de concurso culpable, en cuanto supone una conducta dolosa del deudor que provoca o empeora su estado de insolvencia. De producirse el supuesto de hecho no sólo determinaría la calificación de concurso culpable, sino que sería posible la impugnación del correspondiente acto de disposición a través de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 de la Ley.

F) La última presunción de concurso culpable contempla el supuesto de hecho en que el deudor, antes de la fecha de la declaración del concurso, hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular su situación patrimonial. Para que opere la presunción tendrá que tratarse de una simulación de cierta relevancia que impida apreciar la verdadera situación patrimonial del concursado.

Es un hecho que en la práctica se pueden dar otras conductas irregulares por parte del concursado merecedoras de la calificación de concurso culpable y que, sin embargo, no están expresamente recogidas entre las presunciones del artículo 164.2. En estos casos, bastará subsumirlas en la regla general del artículo 164.1, para poder calificar el concurso como culpable¹⁹.

V. Presunciones de dolo o culpabilidad del deudor

En cuanto al grupo de supuestos del artículo 165, se trata de hechos cuya concurrencia hace presumir la existencia de dolo o culpa grave en el deudor, presunción que podrá destruirse mediante prueba en contrario. A diferencia de las conductas del artículo 164, que por sí mismas determinan la calificación del concurso como culpable, las presunciones del artículo que comentamos tienen el carácter de *iuris tantum* y, por lo tanto, el deudor que incurra en alguno de los comportamientos previstos podrá eludir el efecto presuntivo, si demuestra que su conducta fue diligente y justificada. Las presunciones en cuestión presentan la nota común de constituir

¹⁸ Mas claro resultaba el texto del PAPLC de 1995, cuyo artículo 205.3.1º declaraba, que se calificaría el concurso como culpable cuando el deudor “hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con la finalidad de retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución que se hubiera iniciado o fuera de previsible iniciación”.

¹⁹ J.A. GARCÍA- CRUCES, op. cit., p. 274, echa en falta entre las presunciones de concurso culpable una expresa referencia a la infracapitalización, como hacía el artículo 205.2.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, aunque no duda en subsumir el supuesto de infracapitalización en la regla general del artículo 164.1.

incumplimientos de deberes que pesan sobre el deudor, y tratan de asegurar el cumplimiento de los mismos anudando al incumplimiento una presunción de culpabilidad. La ley Concursal presume que el deudor que omite la conducta debida incurre en un comportamiento doloso o culposo. No creemos, sin embargo, que para que opere la presunción dicho incumplimiento haya de ser precisamente el medio o causa para la generación o agravamiento del estado de insolvencia, teniendo en cuenta que alguna de las obligaciones referidas (apartado 2) se produce una vez declarado el concurso, lo que descarta que el incumplimiento de la obligación haya sido causa, medio o agravante de dicha situación. Por ello, salvo que se pruebe por el concursado su falta de culpabilidad en la conducta, procederá la calificación culpable del concurso, sin necesidad de que concurra de que concurra ningún otro elemento.

A) La primera presunción se refiere al hecho de que el deudor hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Con ello, la Ley concursal sanciona de forma expresa el deber que el artículo 5 impone al deudor que conozca o debiera conocer su situación de insolvencia de instar en el plazo señalado la declaración de concurso. Me parece acertada la opción que ha tomado el legislador, primero en obligar al deudor a tomar esta iniciativa que contribuirá a paliar las consecuencias perjudiciales que conlleva toda insolvencia, y segundo en sancionar de forma expresa el incumplimiento de este deber con la calificación del concurso como culpable. En todo caso, por tratarse de una presunción *iuris tantum*, si el deudor acredita que el incumplimiento de ese deber se debe a alguna causa suficiente y justificada, podrá evitar la aplicación de la presunción.

B) La segunda presunción del artículo 165 se refiere al hecho de que el deudor hubiera 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. Se trata, por un lado, de sancionar la falta de colaboración del deudor con los órganos del concurso explícitamente exigido en el artículo 42 de la Ley, y, por otro lado, el deber de asistencia a la Junta de acreedores, cuyo incumplimiento pone de manifiesto la mala fe o, cuando menos, la falta de diligencia del deudor en el procedimiento concursal, comportamiento que es considerado por la Ley como merecedor de la calificación de concurso culpable. No obstante, el deudor, siempre que justifique de forma suficiente el incumplimiento de tales deberes, podrá evitar el efecto anudado a la presunción.

C) Finalmente el artículo 165 presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando 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 en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. La norma no hace más que sancionar con la calificación de concurso culpable

el incumplimiento no justificado por parte del deudor de una serie de obligaciones exigibles por las leyes societarias en materia de publicidad y auditoría de cuentas. La Ley presume que el deudor que omite el cumplimiento de estos deberes incurre en un comportamiento doloso o negligente que además va a privar a los acreedores de la información y garantías necesarias acerca de la situación financiera del deudor.

VI. Tramitación de la Sección de Calificación

La Ley Concursal dota a la calificación de un procedimiento ágil y con garantías. En él serán parte el Ministerio fiscal, la administración concursal y los sujetos cuyas conductas se enjuician. La intervención del Ministerio fiscal se justifica en la medida en que las consecuencias de la calificación van más allá de la satisfacción de un interés particular, dado que puede afectar a la situación jurídica de un sujeto limitando su capacidad de obrar²⁰.

El expediente se plantea como un incidente contradictorio en el que se ha de dar ocasión de defenderse a los sujetos afectados y de oír a cualquier acreedor interesado.

La formación de la Sección sexta se acordará por el juez en la resolución que aprueba un convenio con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del artículo 163, o en la que ordene la liquidación a que se refiere el número 2º del apartado 1 del mismo artículo. Comenzará con un informe de la administración concursal del que se dará traslado al Ministerio fiscal para que dictamine. Si la administración concursal y el Ministerio fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, concluirá el incidente con esta calificación. Si no fuera así, el juez dará audiencia al deudor y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices a fin de que comparezcan en la Sección. A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que aleguen cuanto convenga a su derecho. Los acreedores podrán coadyuvar a la solicitud de calificación o a la oposición a la misma. En caso de formularse oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal. El incidente concluirá con la sentencia del juez.

VII. Efectos jurídicos de la sentencia que declara el concurso como culpable

La sentencia de calificación deberá declarar el concurso como fortuito o como culpable, expresando en este último caso la causa o causas en que se fundamente. Dado que la presunción general de la Ley es que el concurso es fortuito, para que el concurso sea declarado culpable, deberá acreditarse por la administración concursal y/o el Ministerio fiscal, la concurrencia del dolo o culpa grave en el deudor o perso-

²⁰G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 246, considera que la intervención del ministerio fiscal en un procedimiento que ya sólo tiene efectos civiles debe considerarse “un puro y prescindible residuo histórico”.

nas que lo representen, que hayan generado o agravado la situación de insolvencia, o bien la concurrencia de alguno de los supuestos en los que dicho dolo o culpa grave se presume iuris et de iure o iuris tantum, y en este último caso siempre que el deudor o los afectados por la calificación no pudieren probar la falta del necesario dolo.

Además, la sentencia que declare el concurso culpable deberá contener los siguientes pronunciamientos:

VII.1. Determinación de las personas afectadas por la calificación

El hecho de que la Ley no señale quiénes son las personas afectadas por la calificación, limitándose a decir en el artículo 172.2.1º, que pueden verse afectados por la calificación los administradores y liquidadores de hecho de la persona jurídica deudora, ha generado ciertas dudas acerca de si entre las personas afectadas por la calificación debe incluirse al deudor²¹. En principio parecería lógico contestar afirmativamente, pero de hecho, como señala **ALCOVER GARAU**²², sólo en el supuesto de que se declare culpable un concurso de un deudor persona física en el que previamente se haya acordado la liquidación tendría sentido la procedencia de tal afectación. En efecto, siendo una de las consecuencias de la calificación culpable del concurso la inhabilitación de las personas afectadas por la misma, cuando en el concurso de una persona física se logre un convenio, habría que concluir que, o bien el deudor no podrá quedar afectado por la calificación, o bien dicha calificación no conllevaría la inhabilitación, dado que si así fuera, el deudor no tendría capacidad para cumplir el convenio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 172.2.2º, en relación con el artículo 13.2 del Código de comercio, que prohíbe el ejercicio del comercio a las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso. Tampoco en el supuesto en que se declare culpable el concurso de un deudor persona jurídica en el que previamente se haya acordado la liquidación, tiene mucho sentido determinar que la persona afectada por el concurso es la persona jurídica, por cuanto el artículo 145.3 establece que “si el concursado fuere persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviera acordada”.

Además del concursado, con las salvedades y problemas indicados, podrán verse afectadas por la calificación del concurso culpable otras personas. Aunque el artículo

²¹En contra de la inclusión del concursado entre las personas afectadas por la calificación, vid. J.A.GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 295 que apoya su tesis en que la Ley Concursal en ocasiones diferencia entre el concursado y las personas afectadas por la calificación, como sucede en el artículo 170.2º, y en el hecho de que la consideración como persona afectada por la calificación tiene unas consecuencias patrimoniales que obliga a excluir al concursado bajo tal noción dada la vinculación total de su patrimonio a las consecuencias del concurso.

²² Vid. op. cit., p. 248 y 249.

172.2.1º aluda sólo a los administradores y liquidadores de hecho es lógico deducir de este artículo y del artículo 164.1º, que también, y con mayor motivo, se pueden verse afectados por la calificación del concurso los administradores y liquidadores de derecho que con su actuación dolosa o gravemente culposa hayan producido o agravado el estado de insolvencia del deudor y, por razones análogas, los representantes legales de las personas físicas deudoras.

La extensión de las consecuencias de la calificación del concurso culpable a estos sujetos supone un avance importante con respecto a la legislación anterior que, por girar en torno al empresario persona física, limitaba los efectos de la declaración del concurso culpable a la persona del deudor. La legislación recientemente aprobada, tomando conciencia de la realidad, no podía pasar por alto el hecho de que en la actualidad la gran mayoría de los deudores concursados son personas jurídicas y que limitar los efectos del mismo a ellas era desconocer que la actuación del concursado en todos esos casos se lleva a cabo a través de sus representantes legales, de manera que es preciso entrar a valorar la conducta de esos terceros en la producción o agravamiento del estado de insolvencia. La conducta dolosa o gravemente culposa de éstos no puede quedar impune y de ahí que la Ley prevea una extensión de las consecuencias de la calificación de concurso culpable del deudor persona jurídica a sus representantes legales²³.

La Ley va aún más allá al extender los efectos de la declaración del concurso culpable a los administradores o liquidadores de hecho, es decir, a aquellas personas que, aún careciendo formalmente del nombramiento como administradores o liquidadores, actúan como tales²⁴. Es perfectamente justo, que la conducta de estos administradores y liquidadores de hecho sea sometida a valoración en orden a determinar su posible responsabilidad en el concurso de la persona jurídica que se califica y que sufran las consecuencias tradicionalmente reservadas al deudor persona jurídica. En todo caso, y según previene el precepto comentado, cuando las personas afectadas lo fueran como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la

²³ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 279 y ss.

²⁴ G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 250 y 251, señala “que tanto la doctrina como la jurisprudencia han englobado bajo el concepto de administrador de hecho toda una serie de situaciones que presentan en común el que una persona ejerza de forma continuada con relación a una sociedad anónima o de responsabilidad limitada funciones propias del cargo de administrador careciendo de tal condición, lo que suele suceder bien porque se ha cesado ya del cargo pero se siguen desempeñando sus funciones, bien porque teniendo con la sociedad una relación distinta a la que se deriva de ser titular del órgano administrativo, las concretas funciones que se ejercen exceden a las que corresponderían en virtud de esta relación y se equiparan a las de los administradores, por lo que hay un elemento que puede calificarse de simulatorio”. Pone como ejemplos típicos el del apoderado general, o incluso particular con amplios poderes, que no se comporta en realidad como tal, como una persona que debe obedecer las instrucciones de su representante, sino que por su especial posición, por ejemplo es un socio mayoritario, actúa de hecho como un administrador sin sujetarse a ningún tipo de instrucciones, e incluso dándolas él a los administradores de derecho; o el de la persona física representante de una persona jurídica que por razones análogas a las anteriores, no se comporta en realidad como representante de un administrador, sino que actúa de hecho como un administrador sin sujetarse a las instrucciones de la persona jurídica administradora de derecho.

sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. Deberá ser el juez el que determine si existen personas en esa situación y su grado de participación en el concurso²⁵.

En todo caso, para que la sentencia pueda determinar que cualquier persona concreta puede estar afectada por la calificación del concurso como culpable, es imprescindible que la persona en cuestión haya tenido la posibilidad de ser parte en el procedimiento, porque haya sido objeto de emplazamiento a que se refiere el artículo 170.2º. Otra cosa sería contrariar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; máxime cuando la condena comporta, al menos en el ámbito patrimonial, tan rigurosas consecuencias como las que la Ley establece²⁶.

VII.1.1. Los cómplices en el concurso

La sentencia que declare el concurso culpable determinará no sólo las personas afectadas por la calificación, sino, también, las declaradas cómplices, en su caso. Una importante novedad en esta materia es la del artículo 170.2º y 3º que expresamente prevé la previa audiencia de los terceros para los que se solicite su calificación como cómplices del concurso culpable, con la posibilidad de formular las alegaciones que a su derecho convenga, poniendo fin de esta manera a la situación de indefensión que suponía bajo la legislación anterior el hecho de que el Tribunal Supremo en algunas sentencias hubiera sostenido que no era requisito esencial en la pieza de calificación del concurso la previa audiencia del sospechoso de complicidad²⁷.

En cuanto a la noción de cómplice acogida por la Ley Concursal, el artículo 166 dispone que: “Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”²⁸. Según esto, es necesario la presencia de dos elementos para que un sujeto pueda ser considerado cómplice. En primer lugar, la cooperación con el deudor, sus representantes legales, o con sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, en el caso de persona jurídica, en la realización de cualquiera de los actos que fundamentaron la calificación del concurso como culpable; y en segundo lugar, acreditar que la colaboración del tercero fue con dolo o culpa grave²⁹.

²⁵ G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 250, considera criticable el que una norma sancionadora como ésta no defina qué se entiende por tales administradores y se limite a establecer que la sentencia motive tal atribución.

²⁶ A. PÉREZ DE LA CRUZ, op. cit., en prensa.

²⁷ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 285.

²⁸ Estos actos serán fundamentalmente los descritos en el artículo 164.2, 4º, 5º y 6º.

²⁹ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 282.

En todo caso, hay que decir que, como ya sucedía en la legislación anterior, la noción de cómplice es más amplia y no coincide exactamente con la propia del ordenamiento penal³⁰. En efecto, en el derecho penal cómplice es el que colabora de forma no esencial en la ejecución del hecho punible³¹, mientras que en los supuestos de complicidad que enumerara el artículo 893 del Código de Comercio existen casos en los que la cooperación es absolutamente esencial, otros que son de apropiación indebida (893.6) y otros que según la técnica penal habrían de ser calificados de encubrimiento (893, 4,5,6 y 9). Aunque el artículo 166 de la Ley Concursal no contiene una enumeración de supuestos equivalente a la que hacía el Código de Comercio, los términos en que aparece descrita la noción de complicidad nos llevan a aplicar la misma conclusión y entender comprendida en la noción de cómplice cualquier tipo de colaboración dolosa o culposa en la causación y agravamiento del estado de insolvencia³².

Por otro lado, la declaración de complicidad resultado de la pieza de calificación sólo producirá efectos civiles. En concreto, y tal como previene el artículo 172.2.3º, quienes fueren declarados cómplices de concurso culpable perderán cualquier derecho que tuvieran en el concurso, debiendo reintegrar los bienes y derechos que hubieren recibido indebidamente del patrimonio del deudor o con cargo a la masa activa, y serán condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados³³.

VII.2. Efectos personales derivados de la calificación del concurso como culpable

En el Código de Comercio se sancionaba a todo quebrado con una serie de interdicciones legales, siendo las más importantes la prohibición de ejercer el comercio, ser administrador social y poder representar a un menor o incapaz. El fin de las mismas era tanto sancionar al quebrado como proteger a los terceros y al tráfico contra futuras actividades empresariales del quebrado; se imponían desde que era declarada la quiebra y, por regla general, no cesaban hasta la rehabilitación³⁴. Distinta de las interdicciones del artículo 13.2º del Código de Comercio, era la inhabilitación del quebrado del artículo 878.1º: “Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”. El fin de esta medida era garantizar el derecho de los acreedores al cobro de sus crédi-

³⁰ Sobre el concepto mercantil de la complicidad en el Código de Comercio, vid. J.A RAMÍREZ, op. cit., p. 2150 y ss.

³¹ Vid. artículo 29 Código Penal.

³² En este mismo sentido, J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 283 y A. PÉREZ DE LA CRUZ, op. cit.

³³ G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 255 y ss. y 259 y 260, duda de la necesidad de que se haya incorporado a la Ley Concursal un régimen propio para la complicidad, ya que, según este autor, a los mismos resultados se llegaría mediante el ejercicio de las acciones de reintegración.

³⁴ Vid. artículos 920 a 922 del Código de Comercio.

tos sobre los bienes del deudor. De ahí que la inhabilitación cesara cuando la quiebra terminase con el íntegro pago de las deudas y costas procesales. Por el contrario, las interdicciones al tener como finalidad sancionar al quebrado y evitar que siguiera ejerciendo el comercio en perjuicio del tráfico, subsistían después de este momento y sólo cesaban con la rehabilitación que podía no llegar a producirse. Este era el caso del quebrado fraudulento que no podía ser rehabilitado. Si pagaba sus deudas y costas procesales, se le devolvía el sobrante de sus bienes que podía seguir administrando, pero no podía, en tanto sujeto a interdicción, ejercer con ellos el comercio³⁵.

En la nueva Ley Concursal, el artículo 172.2.2 dispone que la sentencia de calificación contendrá: “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio”. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 13.2º del Código de Comercio que, tras su nueva redacción por la disposición final 2ª.1 de la Ley Concursal declara: “No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 2º Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso”.

El fin de todas estas medidas no es, como en el régimen anterior, sancionar al concursado, sino proteger los intereses del tráfico y de los posibles representados, de ahí los cambios tan importantes que se han introducido: la inhabilitación no se enlaza a la declaración del concurso, sino que procede sólo en el caso de concurso culpable; se limita en cuanto al contenido, conservando el concursado y las personas afectadas por la calificación la posibilidad de administrar los bienes propios³⁶; se limita la sanción en el tiempo de dos a quince años, eliminándose el procedimiento de rehabilitación; y finalmente, alcanza, no sólo al concursado, sino a todas las personas afectadas por la calificación del concurso culpable.

En el caso de inhabilitación de los administradores y liquidadores sociales, el artículo 173 prevé lo siguiente: “Los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados cesarán en sus cargos. Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración, la administración judicial convocará Junta o Asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados”.

³⁵ Sobre el fin de las interdicciones legales en el Código de Comercio, vid. G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 243 y 244.

³⁶ Las críticas que recibió el Proyecto de la Ley Concursal que extendía la inhabilitación también a la administración de los bienes propios hizo que finalmente se suprimiese esta prohibición por considerarla innecesaria a los fines de la calificación.

VII.3 Efectos patrimoniales de la calificación del concurso culpable

La calificación del concurso como culpable tiene también anudadas consecuencias de orden patrimonial que se producen tanto para los afectados por la calificación como para los considerados cómplices. Se prevén en el artículo 172.2.3º y consistirán en :

A) La pérdida de los derechos que las personas afectada por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa. La pérdida se referirá no sólo a los derechos que tengan su origen en la actuación merecedora de reproche, sino que la administración concursal podrá negar a las personas afectadas por la declaración de concurso culpable y a los cómplices cualquier derecho que tuvieran en la masa, tanto en su calidad de acreedores concursales como de la masa³⁷.

B) La condena a devolver a la masa activa los bienes y derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o los que hubieran recibido de la misma. Esta previsión diferencia dos supuestos, según los desplazamientos patrimoniales tengan su origen en el patrimonio del deudor o bien se hayan producido con cargo a la masa activa. En el primer caso, habrá obligación de devolver a la masa activa los bienes y derechos entregados por el deudor antes de ser declarado en concurso. Para que surja la obligación de restituir será necesario que el desplazamiento patrimonial haya sido indebido o injustificado, para lo cual habrá que estar a lo establecido en el artículo 71 sobre los presupuestos de ejercicio de las acciones de reintegración.

En el segundo supuesto, se obliga a devolver a la masa activa los bienes y derechos recibidos de la misma por los sujetos afectados por la declaración del concurso culpable y por los declarados cómplices. A diferencia del supuesto anterior, la obligación de restituir surgirá en todo caso, siendo indiferente que el desplazamiento haya sido debido o no. Bastará con que se haya producido con posterioridad a la declaración del concurso y a favor de sujetos que participaron o colaboraron dolosamente o con culpa grave en el origen o empeoramiento del estado de insolvencia³⁸.

Se ha planteado el problema del posible solapamiento entre esta norma que sanciona el comportamiento de las personas afectadas por la calificación y de los cómplices y lo previsto en materia de acciones de reintegración de la masa activa³⁹. Sin embargo, la sanción prevista en el artículo 172.2.3º va más allá de las consecuencias de las acciones rescisorias. En efecto, si triunfa la acción rescisoria se procederá por las partes a la devolución a la masa de las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses. A cambio, la contraparte en el negocio rescindido adquirirá un crédito contra la masa si actuó de buena fe o un crédito concursal subordinado si actuó de

³⁷ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 301.

³⁸ IBIDEM, p. 302 y 303.

³⁹ Vid., G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 254 y ss. , para quien no sólo existe solapamiento entre las acciones de reintegración y la complicidad, sino incluso contradicción.

mala fe. Mientras que si el concurso se declara culpable por haber salido de forma fraudulenta de la masa durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración bienes o derechos (artículo 164.2.5^o), la contraparte en el negocio que provoca la salida del bien, que será declarada cómplice, queda obligado a la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses, pierde todo derecho que le pudiera corresponder en el concurso, y queda sujeto al deber de indemnizar los daños y perjuicios causados. Este mayor agravamiento de la sanción está totalmente justificado dado que en la norma sobre complicidad se parte de un comportamiento fraudulento de los cómplices y su calificación como tales supone un juicio de reproche acerca de su conducta. Incluso en los casos en que en el ejercicio de la rescisoria por reintegración, el tercero fuera calificado de mala fe, este elemento intencional se referirá al acto o contrato rescindido y no como en el caso del cómplice a aquellas actuaciones que han permitido la calificación del concurso como culpable por la incidencia en la causación o agravamiento del estado de insolvencia del deudor⁴⁰.

C) Finalmente las personas afectadas por la calificación y los cómplices deberán indemnizar los daños y perjuicios causados, determinando en la propia sentencia su cuantía o las bases para su cuantificación. Esta condena habrá de ser expresamente solicitada y estará legitimado para ello cualquier acreedor del concursado que hubiera sufrido el daño cuya reparación se solicita.

E) La condena al pago de los créditos concursales. Un último efecto económico del concurso culpable, aunque circunscrito a aquellos casos en que, bien en primera instancia o bien por incumplimiento del convenio, el expediente hubiera tenido como desenlace la apertura de la fase de liquidación, será la eventual condena a contribuir a la satisfacción de los acreedores, mediante el abono a los mismos de la totalidad o parte de la deuda que no hubieran podido saldarse con los recursos obtenidos de la liquidación del activo concursal. La Ley declara que los posibles afectados por la sanción son los administradores y liquidadores de hecho o de derecho de las personas jurídicas y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Esta norma se completa con lo dispuesto en el artículo 48.3 que establece que “desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito”.

⁴⁰ Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 286 y ss.

Esta drástica medida, que no conoce parangón en nuestro anterior Derecho concursal, ha sido objeto de numerosas críticas no exentas de razón. Por un lado, la norma es criticable por su indeterminación en materias tan importantes como: no determinar en virtud de qué razones o causas puede el juez aplicar tan grave sanción a los sujetos señalados en la misma. Tampoco se justifica por qué son condenadas personas no afectadas por la calificación del concurso culpable, como es el caso de quienes hayan ostentado la condición de administradores o liquidadores de derecho o de hecho en los dos años anteriores a la declaración del concurso. No se establece ningún criterio acerca de cuando el juez ha de condenar al pago total o parcial de las deudas, ni tampoco acerca del carácter solidario o mancomunado de esa responsabilidad cuando haya pluralidad de responsables⁴¹. Temas tan cruciales como los indicados se dejan al arbitrio judicial en detrimento de la seguridad jurídica y con el peligro de que esa discrecionalidad reconocida al juez “más le induzca a soslayarla que a utilizarla”⁴².

Por otro lado, la responsabilidad concursal prevista en el artículo se solapa con el régimen de la responsabilidad de los administradores previsto en las leyes societarias, por lo que en la mayoría de los casos resultará superflua. En efecto, la conducta sancionada por el artículo 172.3 de la Ley concursal es perfectamente subsumible en el artículo 133 LSA, ya que no parece posible condenar a los administradores al pago total o parcial de las deudas sociales no satisfechas con el patrimonio social si no ha habido por su parte una conducta dolosa o culposa que haya dañado el patrimonio social⁴³. De ahí que no tenga mucho sentido la responsabilidad concursal del artículo 172.3, habida cuenta de que el resultado a que conduce tal responsabilidad puede lograrse mediante el ejercicio de las acciones generales de responsabilidad previstas en la LSA (artículo 133) y LSRL (artículo 69.1), para cuyo ejercicio está legitimada la administración concursal (artículo 48.2 de la Ley Concursal), correspondiendo al juez del concurso la competencia para conocer de las mismas.

Resumen

En el presente trabajo se apuntan las novedades introducidas por la Ley Concursal en lo que a la calificación del concurso se refiere. La Ley establece una clara

⁴¹ Vid. G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 257.

⁴² A. PÉREZ DE LA CRUZ, op. cit.

⁴³ En este sentido, G. ALCOVER GARAU, op. cit., p. 257 y ss. En contra, J. A. GARCÍA-CRUCES, op. cit., p. 313 para quien se trata de acciones de distinta naturaleza, resarcitoria, en el caso de la acción social de responsabilidad, y sancionatoria, en el caso de la responsabilidad concursal. Tampoco hay coincidencia en sus presupuestos, “pues la causación o el agravamiento del estado de insolvencia vendría a constituir el daño que ha de ser objeto de reparación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad, mientras que en la responsabilidad concursal ese origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores, procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal”.

separación entre las consecuencias civiles y penales vinculadas a la declaración del concurso. Se analizan los efectos de la calificación del concurso como culpable con especial referencia a las personas afectadas por la calificación y los efectos personales y patrimoniales derivados de dicha calificación.

Palabras clave: Calificación del concurso, consecuencias civiles y penales, concurso fortuito y concurso culpable.

Summary

This study presents the new elements introduced by the new Insolvency Act as regards the description of insolvency. The Act draws a clear distinction between the civil and criminal consequences of a bankruptcy declaration. In the new law the description is circumscribed to non-culpable bankruptcy and culpable bankruptcy.

Key words: Description of insolvency, civil and criminal consequences, non-culpable and culpable bankruptcy.