

TURNO DE ACTUACIÓN PROFESIONAL

**AUDITORES**  
AGRUPACIÓN TERRITORIAL DEL PAÍS VASCO - EUSKADIKO LURRALDE EKARTEA  
INSTITUTO DE CENSORES JURADOS DE CUENTAS DE ESPAÑA

**E** ekonomistak  
Euskal Elkargoa - Colegio Vasco



## CALIFICACION CONCURSAL

**Carlos Nieto Delgado, Magistrado-Juez del JM núm. 1 de Madrid**

**Bilbao, 13.12.2019**

## APERTURA DE LA SECCIÓN: SUPUESTOS DE APERTURA EN CASO DE CONVENIOS GRAVOSOS

- La redacción del art. 167 LC resultante de la reforma operada por la L. 38/2011 modificó por un más que probable error gramatical los supuestos de apertura de la Sección de calificación en caso de aprobación de convenios “gravosos”: no se abre si la quita no supera el tercio de los créditos o la espera no supera los tres años, para los acreedores de “una o varias clases”
- La reforma operada por la L. 9/2015 matizó para las clases: “entendiendo *igualmente* por tales las establecidas en el artículo 94.2” (públicos, laborales, financieros, otros)
- Proliferan los convenios con “trato singular” para grupos de pequeños acreedores (p. ej. inferiores a 1000 EUR) a los que se dispensa un trato no gravoso para evitar la formación de la sección sexta (p. ej. pago al contado). El monto total es pequeño y los grandes acreedores no condicionan su voto de apoyo por esas estipulaciones
- La STS de 31.1.2019 ha validado esta operativa (clases laborales, inferiores a 1000 EUR y acreedores estratégicos con avales de personas relacionadas). Razonamiento: las sucesivas reformas no han rectificado la L 38/2011 y la remisión a las clases del art. 94.2 LC es ejemplificativa

# EL PROYECTO DE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

- En el caso del convenio gravoso, se subsana el lapsus derivado de la L 38/2011 y vuelve a abrirse la Sexta con la aprobación del convenio salvo que la quita sea inferior al 1/3 de los créditos “y” la espera sea inferior a 3 a. (nuevo art. 445)
- El Informe del Consejo Fiscal de 20.6.2019 al PTRLC (conclusión octava) sostiene que la sustitución de la disyuntiva «o» por la copulativa «y» modifica el sentido del artículo 167.1 LC, en contra a la interpretación que ha dado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia 61/2019, de 31 de enero e incurre en “ultra vires”
- Extrañamente, el informe del CGPJ aprobado por el Pleno el 26.9.2019, tras admitir que la “modificación es sustancial”, entiende que la misma tendría encaje o acomodo dentro del mandato recibido, toda vez que debe considerarse como la consecuencia natural interpretativa extraída del análisis del propio iter legislativo del precepto; pudiendo entenderse la modificación proyectada, asimismo, como derivada del pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal, recogido en la reciente sentencia de 31 de enero de 2019
- Crítica: dejando al margen el problema “ultra vires”, es dudoso que tenga interés incrementar el número de calificaciones cuando llega a aprobarse un convenio

## LA CLÁUSULA GENERAL DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO (ART. 164.1): LA LIMITACION DE DOS AÑOS

- Situación anterior a la Reforma de 2011: únicamente el art. 172.3 LC establecía limitación temporal de 2 años en la condición de administrador/liquidador en sede de responsabilidad concursal
- El art. 164.1 LC establece que “El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso”
- La norma no parece fijar un límite temporal a la fecha de la comisión de la conducta que genera o agrava la insolvencia, sino que viene a exigir, como elemento subjetivo de la misma, que la haya ejecutado quien ostente, en el caso de la persona jurídica, la condición de administrador, liquidador o apoderado general
- Relevancia de la cuestión: el art. 165.3 LC se refiere a las cuentas de los 3 años anteriores a la declaración de concurso

# LA CLÁUSULA GENERAL DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO (ART. 164.1): LA LIMITACION DE DOS AÑOS

- **PRIMERA INCOHERENCIA DE LA NORMA:** la misma conducta puede dar pie a la calificación del concurso como culpable o no en función de si el autor ha cesado o no en la condición de administrador, liquidador o apoderado general con una antelación de más de dos años respecto a la fecha de declaración de concurso (tensión principio de igualdad)
- **SEGUNDA INCOHERENCIA DE LA NORMA:** algunas de las presunciones de culpabilidad expresamente vienen referidas a hechos acaecidos con una antelación de más de dos años respecto a la fecha de la declaración de concurso (p. ej. art. 165.3 LC: “Si 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”)
- **TERCERA INCOHERENCIA DE LA NORMA:** por referencia a la determinación de las personas afectadas (art. 172.1.1º LC), puede haber concursos culpables sin personas afectadas. SJM de Pontevedra de 25.5.2012: aplicación unificada del plazo de 2 años

# LA CLÁUSULA GENERAL DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO (ART. 164.1): LA LIMITACION DE DOS AÑOS TRAS LA STS DE 24.10.2017

- **Antecedentes:** Calificación culpable de la sociedad Colocaciones Ruiz, S.L. ante el JM núm. 1 de Zaragoza. Se condena al administrador a una responsabilidad por el déficit concursal de aprox. 480 mil euros e inhabilitación de 7 años. La A.P. desestima el recurso. Los hechos determinantes de la culpabilidad son facturas falsas de los ejercicios 2008-2009-2010 y el concurso se declara en 2013 (irregularidad contable grave). El Administrador ha sido el mismo en todos los ejercicios. Se plantea por fin como *thema decidendi* la cuestión de si existe o no limitación de dos años en cuanto a los hechos que pueden ser enjuiciados en la calificación.
- **Doctrina del Tribunal Supremo:** a) No hay limitación temporal en cuanto a la fecha de las conductas que determinan la calificación culpable; b) Sí hay limitación en las personas que pueden ser afectadas por la calificación; c) La limitación de las personas no entraña ninguna limitación de las conductas. A lo sumo el tiempo puede ser considerado, por ejemplo en la irregularidad contable, para valorar su gravedad (lo que dista por ejemplo 10 años difícilmente habrá de ser calificado como grave)

## PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE*: LA SALIDA FRAUDULENTA DE BIENES Y LAS ACCIONES RESCISORIAS

- En el apartado 5º del artículo 164.2 LC se contempla como presunción *iuris et de iure* de culpabilidad “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 plantea la cuestión de cuál es el engarce de esta presunción con las acciones rescisorias concursales prevenidas en el artículo 71 LC con relación a actos perjudiciales para la masa activa “incluso sin intención fraudulenta”
- Resoluciones de referencia: SAP de Barcelona de 12.2.2015, SAP de Madrid de 15.7.2016 y SsTS de 27.3.2014 y 22.4.2016. En esta última resolución se enjuiciaba un supuesto en que se había ejercitado con éxito una acción de reintegración pero no se había declarado la mala fe de la contraparte del concursado. El Tribunal Supremo estima que **ES CONTRADICTORIO APRECIAR QUE EN UN MISMO NEGOCIO JURÍDICO NO HAY MALA FE Y AL MISMO TIEMPO ES FRAUDULENTO**

# PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE: LA SALIDA FRAUDULENTA DE BIENES Y LAS ACCIONES RESCISORIAS

## □ Posibles escenarios:

- Acción rescisoria no ejercitada (ni anunciada en el informe) y calificación culpable ex art. 164.2.5º: el efectivo y previo ejercicio de la acción de reintegración (o su anuncio) no es un requisito para sostener la calificación culpable por ese motivo (STS 22.4.2016). La falta de ejercicio puede obedecer a razones estratégicas (imposibilidad de retrotraer el intercambio de prestaciones si no se declara la mala fe, etc.)
- Acción rescisoria ejercitada y en trámite y sección de calificación: la sección de calificación no puede suspenderse por litispendencia, no existe perfecta identidad entre partes, objeto y causa de pedir (SAP de Madrid de 15.7.2016)
- Acción rescisoria sustanciada y resuelta y posterior sección de calificación: a) ¿Cabe la posibilidad de desestimación de la acción rescisoria y estimación de la culpabilidad? Teóricamente sí. Ejemplo: actos que en el momento en que realizaron eran dañosos pero el perjuicio ha desaparecido posteriormente (por recaer sobre los bienes o derechos transmitidos importantes cargas sobrevenidas). La desestimación de la acción de reintegración no impide que se valore el fraude de la operación; b) ¿Cabe la posibilidad de estimación de la acción rescisoria y desestimación de la culpabilidad? Sí. El éxito de la acción rescisoria se basa en el perjuicio objetivo incluso cuando no hubiera ánimo de defraudar. Sin embargo, para la culpabilidad se precisa el ánimo de defraudar. La STS 22.2.2016 sólo aprecia contradicción en declarar que no hay mala fe en la rescisoria y sí hay fraude a efectos de culpabilidad (¿y en caso de hechos nuevos o de nueva noticia en la Sección de calificación?); c) Si se ha recuperado a través de la acción rescisoria los bienes que salieron fraudulentamente, ¿se puede imponer la cobertura del déficit igualmente a la persona afectada? No: SAP Barcelona de 5.12.2018, si la acción rescisoria ha sido estimada por sentencia ejecutable, “absorbe” la responsabilidad concursal

## PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE*: DOCUMENTOS FALSOS O INEXACTOS

- El tenor de la presunción del artículo 164.2.2º: “Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”
- Sentencia del TS de 3.11.2016: (faltaba con la solicitud inventario, lista acreedores y cuentas anuales): a) la inexactitud es falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido, tanto intencional como por infracción de la diligencia debida e incluso aunque lo haya confeccionado un tercero por delegación. b) cede en caso de aplicación de regla especial (por ejemplo, inexactitud contable); c) se precisa “trascendencia informativa relevante” para el concurso (operaciones masa activa-pasiva, calificación o convenio); d) en consecuencia, no se puede cometer inexactitud grave por falta de presentación, para la cual la LC prevé un trámite de subsanación
- Debate: SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 15.9.2016: inexactitud “por omisión” (no se menciona un procedimiento de desahucio)

# PRESUNCIones IURIS TANTUM: RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO Y RESPONSABILIDAD CONCURSAL

- Determinación del *dies a quo* y cómputo del plazo para solicitar el concurso: SsTS de 1 de abril de 2014, 12 de enero de 2015 y 22 de abril de 2016
- Cronograma del plazo “teórico” para pedir el concurso: a) No puede partirse de la fecha desde la que se verifica un desbalance patrimonial o fondos propios negativos: la situación de pérdidas cualificadas es compatible con un mantenimiento de los pagos acudiendo a financiación externa y a la inversa, puede existir insolvencia con un balance saneado por falta de tesorería; b) No debe partirse necesariamente de la fecha en que se acredita un hecho revelador de la insolvencia (art. 2.4 LC): el mero impago de deudas tributarias o de S.S. no es una guía segura pues el art. 18.2 LC en los casos de concurso necesario permite enervar el hecho revelador probando la solvencia (dudoso si el hecho revelador es el sobreseimiento generalizado)
- Cálculo de la responsabilidad concursal “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”: insuficiencia del enfoque comparativo simplista entre el pasivo existente “en la fecha teórica” y la “fecha real de la solicitud” (SJM núm. 12 de Madrid 31.7.2017)

# LA CONDENA POR RESPONSABILIDAD CONCURSAL EN SUPUESTOS DE IRREGULARIDADES CONTABLES

- Con anterioridad a la reforma del artículo 172 bis LC por la L 17/2014, se venía considerando que la inexistencia de contabilidad o el incumplimiento esencial en la llevanza de la misma justificaba imponer a los administradores una condena al pago del 100% del déficit:
- SAP de Barcelona de 27.3.2014: “la causa del artículo 164.2.1.<sup>a</sup> LC , particularmente cuando consista en el incumplimiento sustancial del deber de llevar la contabilidad, autoriza por sí misma la posibilidad de que pueda ser impuesta a las administradoras de la sociedad la totalidad del déficit, como con corrección argumentara el AC en su informe. La escasa fiabilidad de las cuentas de la sociedad, que impide conocer su situación contable, financiera y patrimonial de forma segura, ha determinado un déficit de información que impide conocer cuáles han sido las causas a las que resulta imputable el déficit concursal, razón que habilita a imponerlo en su integridad a los sujetos que con su conducta han propiciado que se hubiera producido.”
- La redacción del art. 172 bis LC tras la reforma de 2014: los incumplimientos contables *per se* ni generan ni agravan la insolvencia por lo que no pueden dar lugar a ninguna responsabilidad

# LA CONDENA POR RESPONSABILIDAD CONCURSAL EN SUPUESTOS DE IRREGULARIDADES CONTABLES

- La STS de 22.5.2019 confirma el nuevo paradigma que en materia de responsabilidad concursal deriva del éxito de la tesis culpabilista en la reforma de 2014
- Supuesto de hecho: concurso de Refinerías Sangroniz, S.L., ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. La AC pide calificación culpable por: i) irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado ( art. 164.2.1º LC ), al haber incluido créditos por deudores varios sin justificación (1.606.899,67 euros en el balance de 2012 y 440.000 en el de 2013); ii) e inexactitudes graves en los documentos acompañados con la solicitud de concurso ( art. 164.2.2º LC ), pues aparecen incluidos los créditos de dos acreedores que ya habían sido pagados con anterioridad a la apertura del concurso. El JM núm. 1 de Bilbao declara culpable el concurso únicamente a partir del primer motivo y la AP lo confirma. El TS revoca la Sentencia de la AP de Bizkaia de 4.2.2016
- Razonamiento de la Sala Primera: “no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insistimos, no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia”

# EL DERECHO DE LA CALIFICACIÓN QUE VIENE: ANTEPROYECTO DE TEXTO REFUNDIDO

- Nuevos problemas: El concepto de déficit
- El tenor de la nueva definición: “se considerará que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.”
- Nuevo valor del inventario que en principio es de carácter meramente informativo: cobra importancia la impugnación del avalúo porque puede resultar determinante del déficit concursal
- No hay previsión de solución para el caso en que finalmente se pueda recuperar un mayor valor que el que figura en el inventario de la masa activa (déficit menor del previsto), resulta injusto en el caso opuesto (déficit mayor del previsto: se pierde la oportunidad de pedir el resarcimiento íntegro por un inventario excesivamente “optimista”).
- Propuesta de solución: sin necesidad de recurrir a una condena con “reserva de liquidación”, cabría diferir la cuantificación al informe de rendición de cuentas y conclusión del concurso e iniciar en ese punto la ejecución

# EL DERECHO DE LA CALIFICACIÓN QUE VIENE: ANTEPROYECTO DE TEXTO REFUNDIDO

- Nuevos problemas: la condena “con o sin solidaridad”. La redacción hoy vigente establece que “en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. La nueva redacción proyectada del artículo 455 TRLC mantiene esa misma formulación pero en su primer inciso (aparente contradicción), se permite al Juez condenar “con o sin solidaridad”.
- En el derecho general de daños, el principio de protección de la víctima y salvaguarda del interés social habitualmente ya conduce, en supuestos en que la participación de los autores no puede ser individualizada, a la condena solidaria de todos los autores
- Positivo: se traslada al ámbito concursal una habilitación parecida a la del art. 237 LSC (todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente)
- Negativo: dejando de nuevo al margen los problemas ultra vires, el PTRLC no traslada la posibilidad de condena solidaria al art. 701 LC para el concurso consecutivo donde (probablemente por olvido) se ha omitido esta mención

**GRACIAS POR SU ATENCION**