



# *Cuestiones prácticas de la sección de calificación del concurso desde la perspectiva de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Autor/a

**Ana Armijo Pliego**

*Asociada Senior de Garrigues, Departamento Procesal de Málaga.*

**REVISTA LEX  
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

RLM nº5 | Año 2017

Artículo nº 1

Páginas 1-5

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

## *1. Introducción.*

La sección de calificación del concurso de acreedores plantea numerosas cuestiones prácticas que, en mayor o menor medida, venían siendo controvertidas para los Juzgados y Audiencias, si bien, el Tribunal Supremo –en sus últimas resoluciones- está centrando estas cuestiones y definiendo con mayor claridad los límites de la sección de calificación.

Esta casuística abarca diferentes ámbitos como son –entre otros- los motivos que deben concurrir para declarar un concurso culpable, las personas a las que puede afectar el pronunciamiento relativo a la culpabilidad del concurso y, en su caso, las sanciones que se derivarían de dichas actuaciones.

En el presente artículo vamos a analizar, desde una perspectiva práctica, las cues-

tiones indicadas en el párrafo anterior en el marco de la última doctrina de nuestro Alto Tribunal.

## 2. Diferenciación entre responsabilidad objetiva y subjetiva en la culpabilidad del concurso.

1.- Según lo previsto en el artículo 164.1 de la Ley Concursal la calificación culpable del concurso afectará al deudor o, si los tuviera, a sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales; la declaración de culpabilidad respecto de éstos terceros exige, además, que concurra un elemento temporal, por cuanto que deben haber tenido la citada condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

La reforma operada en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, modificó el apartado primero del artículo 164, a fin de incorporar como personas afectadas por la calificación culpable a los socios del deudor que se hubiesen “*negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos*”.

2.- Dicho lo anterior, debemos recordar que los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal establecen las causas de culpabilidad del concurso de acreedores, pudiendo diferenciarse entre presunciones *iuris et de iure* e *irus tantum* que, a su vez, permiten considerar regímenes distintos de responsabilidad al distin-

guirse, por un lado, hechos que implicarán directamente la calificación del concurso como culpable –sin que sea preceptiva la concurrencia de ninguna circunstancia adicional- y, por otro, otros hechos que exigen un elemento intencional adicional para poder derivar en una calificación culpable.

El artículo 164, en su apartado segundo, comienza afirmando “*En todo caso*” lo que implica la tipificación de una serie de conductas del deudor –objetivas- que su materialización conlleva per se la calificación del concurso como culpable, sin que sea preceptiva para la imputación de la culpabilidad que dichas conductas hubieran generado o agravado la insolvencia ni que, en su realización, el deudor –sus administradores o liquidadores- hubieran incurrido en dolo o culpa grave, por lo que cabe entender que apunta a una responsabilidad objetiva.

A este respecto, cabe manifestar que el Tribunal Supremo, en su sentencia 490/2016 de 14 de julio (RJ\2016\3561), determinó que las causas de culpabilidad recogidas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal no admiten exención de responsabilidad, por cuanto que su mera realización implica una negligencia grave que deberá conllevar la imposición de las sanciones previstas en la Ley Concursal.

Por su parte, las conductas tipificadas por el artículo 165 de la Ley Concursal exigen para la imposición de las referidas sanciones, además del acaecimiento de un hecho objetivo –realización de una actuación concreta de las sancionadas por el precitado artículo 165 de la Ley Concursal-, la concurrencia de un elemento subjetivo, esto es, que se haya actuado con dolo o culpa grave por dicho tercero, lo que determinan un régimen de responsabilidad subjetiva.

### 3. *La figura del cómplice en el concurso de acreedores.*

La figura del cómplice está regulada en el artículo 166 de la Ley Concursal, que permite extender la culpabilidad respecto de terceros que hayan cooperado –obrado conjuntamente- de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores, liquidadores del deudor persona jurídica en la realización de los actos que hubieran servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; siempre que la cooperación de este tercero se haya realizado con dolo o culpa grave.

Es decir, la intervención del cómplice –al igual que sucede en un procedimiento penal debe venir precedida, necesariamente, por la actuación de un tercero vinculado al deudor concursado en los términos previstos en el artículo 164.1 de la Ley Concursal y, por ende, la condena al cómplice vendrá determinada, en todo caso, por la condena a dicho tercero.

A este respecto, cabe manifestar que el Tribunal Supremo –en su sentencia 5/2016 de 27 de enero (RJ\2016\25)- realizó una exégesis de la complicidad en sede concursal fijando, como elementos determinantes y generadores de responsabilidad, la existencia de *“una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto declarado cómplice y los concretos actos –de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la LC”*.

En este sentido, debemos llamar la atención sobre el hecho de que nuestro Alto Tribunal consideró en la precitada sentencia que los actos de cooperación sancionables no

debían ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso del deudor, sino que podían ser anteriores o, incluso, posteriores a dicha declaración.

### 4. *De las sanciones derivadas de la declaración de culpabilidad del concurso. El carácter resarcitorio de la condena a cubrir el déficit patrimonial.*

El artículo 172 de la Ley Concursal establece las sanciones que pueden imponerse a las personas –físicas o jurídicas- que se encuentren afectadas por la calificación culpable del concurso y a las declaradas cómplices.

A este respecto, debemos realizar las siguientes matizaciones respecto de las referidas sanciones:

1.- Las personas afectadas por la calificación culpable serán sancionadas, en todo caso, con la prohibición de administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante dicho periodo –el alcance de esta sanción dependerá, a criterio del Juzgador, del grado de gravedad de la conducta realizada-.

En este sentido, y si tomamos en consideración la redacción literal del artículo 172.2 de la Ley Concursal, esta sanción se limitaría a las personas afectadas por la declaración de culpabilidad sin que proceda su extensión a los denominados cómplices; no obstante, la jurisprudencia menor sí ha ampliado esta sanción a los referidos cómplices –a modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Burgos 229/2016 de 20 de junio (AC 2016\1587)-.

2.- Asimismo, las personas afectas por la calificación culpable y las declaradas cómplices, serán sancionadas con la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y condenados a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

3.- Por lo que respecta a la sanción relativa a la cobertura del déficit patrimonial – sanción que puede afectar a las personas afectas por la culpabilidad y a los cómplices-, cabe manifestar que, con carácter previo a la reforma operada en virtud del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, el régimen sancionador previsto en el antiguo artículo 172.3 de la Ley Concursal no exigía una relación de causalidad entre la conducta del administrador, liquidador, apoderado o cómplice que hubiera conllevado la declaración del concurso como culpable y el déficit patrimonial del que se le hacía responder. Así, si el concurso se declaraba culpable en base a una actuación de las sancionadas por los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal el Juez podía imputar el déficit patrimonial –total o parcial a dichas personas –sentencias del Tribunal Supremo 772/2014 de 12 de enero (RJ 2015\609) y 45/2015 de 5 de enero (RJ 2015\1041)-, sin necesidad de razonamientos adicionales a la mera declaración de culpabilidad, en tanto que la responsabilidad concursal se configuraba con carácter sancionador.

No obstante, el meritado Real Decreto 4/2014 modificó el régimen de responsabilidad en relación con la cobertura del déficit patrimonial del deudor concursado, en la medida en que condicionó la imposición de la referida sanción a que la conducta de la persona afectada hubiera generado o agravado la insolvencia del deudor –artículo 172.2 bis de la Ley Con-

cursal-, es decir, se introdujo un régimen de responsabilidad de carácter resarcitorio.

En esta misma línea se han encuadrado las últimas resoluciones del Tribunal Supremo que han venido condicionando la condena a los administradores sociales, liquidadores, apoderados y cómplices a la cobertura –total o parcial del déficit patrimonial a la concurrencia de una “*justificación añadida*”, de modo que la mera declaración de culpabilidad del concurso no conlleva, siempre, y en todo caso, un pronunciamiento condenatorio en tales términos.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 650/2016 de 3 de noviembre (RJ\2016\5199) - tomando como base las sentencias 395/2016 de 9 de junio (RJ\2016\2335) y 490/2016 de 14 de julio (RJ\2016\3561)- determinó que la imposición de la meritada sanción pecuniaria debía sustentarse en la valoración de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento del administrador, liquidador, apoderado y cómplice respecto de la actuación que habría determinado que el concurso fuera calificado como culpable; y, si dicho comportamiento hubiera sido suficientemente grave y, además, hubiera generado o agravado la insolvencia del deudor, procedía establecer la sanción pecuniaria de la cobertura del déficit.

Finalmente, y por lo que respecta a la cobertura del déficit patrimonial que, en su caso, debe asumir el cómplice, la jurisprudencia menor ha delimitado dicha responsabilidad a las cantidades recibidas fraudulentamente por el mismo –entre otras, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 23/2016 de 4 de febrero (AC 2016\917).

*5. La apertura de la sección de calificación como consecuencia del incumplimiento del convenio o de la imposibilidad de cumplir el mismo.*

Puede suceder que, una vez aprobado el convenio, se abra la sección de calificación como consecuencia de su incumplimiento o de la imposibilidad de cumplir el mismo; la problemática que se ha venido planteado en estos supuestos ha sido la determinación de las causas que pueden ser objeto de enjuiciamiento en este momento, tanto si ya se tramitó una sección de calificación (porque el convenio excedía de los límites de quita y espera), como si no.

En este sentido, debemos destacar que se venían manteniendo dos posturas diferenciadas, por un lado, los que entendían que cabía enjuiciar todas las causas de calificación previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y, por otro, aquellos que consideraban que el ámbito de cognición debía limitarse a las causas que hubieran conllevado el incumplimiento del convenio o la imposibilidad de su cumplimiento –artículos 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal-.

Esta cuestión ya ha sido zanjada por el Tribunal Supremo en su sentencia 246/2016 de 13 de abril (RJ\2016\1493) en la que se resolvió que en los casos de apertura de la sección de calificación, como consecuencia del incumplimiento del convenio, única y exclusivamente podrían ser objeto de enjuiciamiento las causas determinantes del citado incumplimiento.

Nuestro Alto Tribunal justifica dicha limitación en que, en caso contrario, se dejaría en peor situación a aquel deudor que intenta –por todos los medios- cumplir el convenio y que

insta la liquidación cuándo es plenamente consciente de que no puede cumplirlo, respecto de aquel deudor que se anticipa a solicitar la liquidación para evitar el incumplimiento del convenio.