

La calificación en el concurso de acreedores

Presupuestos, tramitación y efectos

2ª Edición

Carlos Romero Sanz de Madrid

■ BOSCH



La calificación en el concurso de acreedores

Presupuestos, tramitación y efectos

2ª Edición

Carlos Romero Sanz de Madrid

© Carlos Romero Sanz de Madrid, 2020

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Segunda edición: Marzo 2020

Primera edición: Noviembre 2014

Depósito Legal: M-5463-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-431-2

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-432-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, SA, se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, SA**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

3. EL CONCURSO CULPABLE

3.1. Consideración general

Nuestra Ley Concursal establece una cláusula general para determinar cuándo el concurso merece la calificación de culpable (art. 164.1 LC), y una enumeración de ilícitos concursales, mediante una relación de hechos base de unas presunciones *iuris et de iure* (art. 164.2 LC) y *iuris tantum* (art. 165 LC), cuya concurrencia determina o facilita la prueba de la calificación culpable de concurso⁴. Con ello se cerraría el sistema de calificación del concurso. Pero mientras las presunciones *iuris et de iure* no están para completar el art. 164.1 LC, pues su concurrencia determina sin más la calificación del concurso como culpable. Las del art. 165 LC aparecían pensadas para acreditar el elemento subjetivo —el dolo o culpa grave— de la cláusula general. Machado⁵, sin embargo, excluía la interpretación integradora, esto es, aplicar los criterios del art. 164.1 a los arts. 164.2 y 165 LC. Pero a partir de la reforma del art. 165.1 LC por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, las presunciones de dolo o culpa grave se transforman en presunciones de culpabilidad, aunque siguen siendo presunciones *iuris tantum*.

Frente a las presunciones legales que determinan la calificación de culpable o, antes de la reforma del art. 165.1, la concurrencia del elemento subjetivo, la cláusula general amplía la discrecionalidad del juez para incluir conductas no contempladas en la enumeración de las presunciones. Sin que pueda objetarse que el art. 164.1 LC vulnera el principio de legalidad punitiva del art. 25 CE que prohíbe la condena o sanción por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, al tratarse de ilícitos civiles los sancionados por el juez del concurso⁶.

3.2. La cláusula general del concurso culpable

El criterio general para determinar cuándo el concurso merece la calificación de culpable (como dice la Exposición de Motivos, VIII) aparece en el art. 164.1 LC, que dice:

«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 su 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

4. También Machado, *El concurso...*, Ob. cit., pág. 83; Ferrer, A., en Sagrera, J.M., Sala, A., y Ferrer Barriendos, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, 2004, tomo III, págs. 1.681 y 1.682, para quien ante la dificultad de prueba de la concurrencia o no del dolo y culpa lata, o de la concreción de la relación de causalidad entre la conducta de las personas responsables y la generación o agravación de la insolvencia, también ofrece los hechos base de unas presunciones para verificar tal calificación.

5. Machado, *El concurso...*, Ob. cit., pág. 86.

6. *Vid.* Machado, *El concurso...*, Ob. cit., pág. 87, nota 21, y los AATC 588/1984, de 10 de octubre, 365/1990, de 15 de octubre y 151/1992, de 25 de mayo.

a la fecha de declaración del concurso⁷, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2».

La cláusula general exige la concurrencia cumulativa de tres requisitos legales: el dolo o la culpa grave (elemento subjetivo); el daño por la generación o agravación de la insolvencia (elemento objetivo); la relación de causalidad entre la conducta imputable al deudor o sus representantes legales, y en caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, socios del art. 165.2, y la generación o agravación de la insolvencia. La falta de cualquiera de los mismos producirá el efecto de no hacer posible la aplicación del criterio o cláusula general.

3.2.1. El dolo y la culpa grave

La cláusula general excluye la culpa leve, esto es, el comportamiento meramente culposo o negligente. Y la diferencia entre la actuación dolosa y la culposa grave radica en la intención específica de las personas a quienes afecta la calificación. Estaremos en presencia de una conducta dolosa cuando la intención sea defraudar a la masa de acreedores (*animus nocendi*). La finalidad no es sino conseguir un beneficio para sí o para otras personas próximas o cercanas pero un beneficio injusto, pues perjudica a la masa de acreedores. La culpa grave ha sido conceptuada como el «apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible: no prever o no evitar lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado»⁸. Diligencia exigible en la conservación adecuada de su patrimonio⁹. Es el comportamiento que denota una negligencia extrema de la persona física o del ordenado empresario y representante leal (persona jurídica). Pero es en la voluntariedad o involuntariedad en relación al resultado dañoso donde parece encontrarse la diferencia esencial entre el dolo y la culpa lata o grave: se quiere el resultado dañoso (dolo), o no se quiere pero se produce por el actuar sin la mínima diligencia del sujeto causante del perjuicio¹⁰.

7. Para Machado, *El concurso...*, Ob. cit., págs. 89 y 90, la cláusula general cumple también la función de terminar con el criterio histórico de que los hechos ilícitos concursales constituían un *numerus clausus*.

8. Pantaleón, «Culpa», en *Estudios Jurídicos Broseta*, II, Madrid, 1995.

9. Sobre la culpa y el dolo en el cumplimiento de la obligación civil la bibliografía es extensa; puede verse básicamente: Albaladejo, *Derecho civil*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 169 y ss.; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 198 y ss.; Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 109 y ss.; Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987; Pantaleón, «Culpa», Ob. cit.; Cámara, M^a. P., «EL dolo o la culpa grave como criterios para calificar el concurso como culpable», en Bercovitz (Coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, tomo II, pág. 1.754.

10. Ideas que ya expusimos en nuestro *Derecho Concursal*, Navarra, 2005, págs. 268 y 269, y 2ª edición, 2012, págs. 374 y 375.

3.2.2. El daño

El segundo de los requisitos de la definición general es el daño por el que se ha generado o agravado la insolvencia. Insolvencia constatada tras el auto que declara el concurso, por cumplimiento del presupuesto objetivo del art. 2 LC:

«Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles».

3.2.3. La relación de causalidad

El último de los presupuestos legales es la existencia de un nexo causal entre la conducta del deudor y la generación o agravamiento del estado de insolvencia. El deudor o sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubiesen tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como los socios conforme al art. 165.2, han tenido que dar origen o agravar la insolvencia por su comportamiento doloso o con culpa grave. La agravación de la insolvencia no presenta distinguos en el texto del art. 164.1 LC, por lo que no debemos distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Cualquier agravación, con independencia de su entidad, arrastraría la calificación de culpable¹¹. Sin embargo, no ha faltado la opinión contraria de que si la agravación es irrelevante no se debería aplicar la presunción¹².

11. Machado, *El concurso...*, Ob. cit., pág. 92, «Sin perjuicio de que el juez pueda, en atención a la relevancia o entidad del comportamiento, moderar la medida de las sanciones civiles contempladas en el art. 172 LC».

12. García-Cruces, *La calificación del concurso*, Ob. cit., págs. 40 y 41, quien en un razonamiento que olvida que las presunciones *iuris et de iure* no precisan demostración de la relación de causalidad, dice: «Sin embargo, y a reserva de cuanto pudiera afirmarse de la previsión del art. 164.2.1º LC, parece razonable concluir que esa relación de causalidad forma parte necesaria del supuesto de hecho que aparece considerado en cualquier de las otras presunciones acogidas en esta norma. La razón es clara. En estos últimos supuestos viene a requerirse, como uno más de los hechos contemplados en cada caso, un resultado perjudicial derivado de la conducta considerada en la norma (falsedad e inexactitud documental grave, incumplimiento del convenio imputable al deudor común, alzamiento en perjuicio de los acreedores, disposiciones fraudulentas del patrimonio, simulación de la situación patrimonial). Si la calificación del concurso como culpable descansa en el dolo o culpa grave con que el deudor común —o, en su caso, sus administradores o liquidadores— ha participado en la causación o agravamiento del estado de insolvencia. Por ello, esta precisión pudiera tener también una consecuencia práctica importante, ya que el juicio de reproche al deudor común quedará excluido —y la presunción devendrá inaplicable— si el resultado exigido en cada caso resulta irrelevante, pues no se estará ocasionando o, en todo caso, empeorando el estado de insolvencia del deudor común. Así, una inexactitud documental de limitada transcendencia, el alzamiento no consumado o de limitadas consecuencias perjudiciales, entre otros muchos ejemplos, no conformará el supuesto de hecho contemplado en las distintas presunciones recogidas en los diferentes apartados del art. 164 LC». En el mismo sentido de irrelevancia, pero aplicado a la cláusula general, Ávila De La Torre, A. «La calificación del concurso como culpable: criterios de calificación y régimen de presunciones», en García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra, 2012, pág. 33, quien en determinados supuestos de irrelevancia, no cree necesaria la calificación del concurso como culpable.

Para el Tribunal Supremo (a partir de la sentencia de 6 de octubre de 2011, reiterada en las de 17 de noviembre de 2011, 16 de enero de 2012, 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 19 de julio de 2012, que pueden verse en el epígrafe «La calificación concursal en la doctrina del Tribunal Supremo»), la cláusula general del art. 164.1 LC es el primer criterio de calificación culpable del concurso contenido en la Ley Concursal. El cumplimiento de los tres elementos del precepto supone la calificación culpable del concurso. Pero se tienen que cumplir todos y cada uno: el dolo o culpa grave; la generación o agravación de la insolvencia; y la relación causal entre la conducta del deudor y la generación o agravación de la insolvencia.

La cláusula general no suele aplicarse en solitario, sino acompañada de alguna de las presunciones legales, por lo que la examinaremos al ver las sentencias de las Audiencias sobre dicha cláusula al tratar de las citadas presunciones.

No obstante, las Audiencias sí han declarado el concurso culpable en base a la concurrencia aislada de la cláusula general; como en las sentencias señaladas a continuación:

— La SAP de Madrid de 5 de febrero de 2008 no apreciaba la presunción *iuris tantum* del art. 165.1 LC, pero sí la cláusula general (aunque también concurría el supuesto del art. 164.2.1 LC). La culpa grave consiste en la conducta omisiva del administrador que ha producido la agravación de la insolvencia. Se fija la sentencia en los fondos propios negativos, la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones sociales, así como de la práctica totalidad de las deudas de la sociedad, y los desbalances desde 1997 hasta unos meses después de la entrada en vigor de la Ley Concursal, con el aumento del déficit de 200.000 € de ejercicios anteriores hasta superar el millón de euros en el informe definitivo.

SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008, nº Resolución 31/2008, ROJ: 1417/2008 (Pte. Rafael Saraza Jimena)

FUNDAMENTOS DE DERECHO. «TERCERO.- Respecto de la primera conducta, el concurso no ha sido declarado culpable, como parece entender el recurrente, por aplicación de presunción *iuris tantum* relativa a que el administrador incumplió el deber de solicitar la declaración del concurso del art. 165.1 de la Ley Concursal, sino que la calificación del concurso como culpable se ha realizado, en una primera causa apreciada por el Juzgado, sin necesidad de aplicar presunción alguna: dado que el administrador permitió que la sociedad siguiera funcionando cuando los fondos propios negativos eran muy abultados (multiplicaban por aproximadamente 66 veces el importe del capital social), sin disolver la sociedad o solicitar la declaración en concurso, ha provocado el aumento exponencial del desbalance patrimonial de la sociedad concursada hasta situar el déficit patrimonial en los 1.681.868,05 euros fijados en los textos definitivos del informe de la Administración Concursal.

No comparte la Sala la distinción que realiza el recurrente entre la insolvencia de la sociedad desde un punto de vista teórico y desde un punto de vista técnico. La absoluta desproporción entre el capital social y las reservas de la concursada (3.005,06 euros de capital social más 601,01 euros de reservas, si no se tiene en cuenta la ficticia compensación de los supuestos préstamos a la sociedad por parte de los socios mediante aumento del capital social y aumento de las reservas realizada en el ejercicio 2003), de un lado, y los

fondos propios negativos (215.300,89 euros en el ejercicio 2002 y 208.381,37 euros en el ejercicio 2003, sin computar la operación antes referida realizada en este ejercicio social), de otro, impide admitir tal disquisición, teóricamente más que discutible.

En tales circunstancias, ha de admitirse que el aumento exponencial del déficit patrimonial de la sociedad concursada que agravó severamente su insolvencia fue debido a la actuación del administrador concursal, que puede calificarse, como hace la sentencia apelada como gravemente culposa, pues no procedió a la disolución y liquidación de la sociedad pese a que necesariamente había de ser consciente de la gravísima situación patrimonial y financiera que arrastraba la sociedad y que provocaba la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones sociales y el incremento del desbalance de la sociedad hasta imposibilitar la satisfacción de la práctica totalidad de las abultadas deudas de la sociedad, como efectivamente ocurrió.

Dado que dicha conducta omisiva del administrador determinante de la severa agravación del desbalance de la sociedad, relativa a una situación arrastrada desde el ejercicio 1997, se prolongó durante varios meses posteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal, correspondientes al ejercicio social en el que aumentó el déficit patrimonial desde los aproximadamente 200.000 euros a que venía ascendiendo en los ejercicios anteriores hasta superar ampliamente el millón de euros. Por ello, al haberse mantenido tal conducta durante un periodo de varios meses, muy relevantes a efectos del alcance de la insolvencia y del déficit patrimonial de la sociedad concursada, procede apreciarla como determinante de la calificación del concurso como culpable sin que ello constituya una aplicación retroactiva de las previsiones sustantivas de las normas reguladoras de la sección de calificación del concurso».

— La SAP de Madrid de 29 de junio de 2010 aplica la cláusula general, no el art. 164.2 LC, como había hecho el órgano a *quo*, dada la asunción de deuda de otra sociedad subcontratante por importe de 550.129 €, al tratarse de una operación manifiestamente contraria a los intereses de la concursada, que generó, o al menos agravó, su insolvencia; conducta analizada que sólo permitiría excluir el dolo, pero no la culpa grave.

SAP de Madrid, Sección 28ª, 29 de junio de 2010, nº Resolución 158/2010, ROJ: 12296/2010 (Pte. Pedro María Gómez Sánchez)

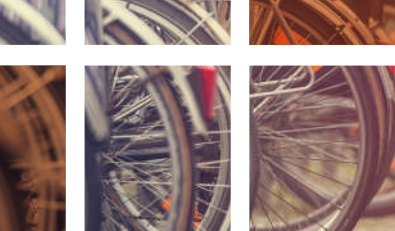
FUNDAMENTOS DE DERECHO. «TERCERO.- En el informe de calificación de la Administración Concursal se informó de la existencia de una serie de operaciones por cuya virtud DAMA REFORMAS, S.L., bajo la administración del hoy apelante, habría asumido buena parte de la deuda que la sociedad MÁRMOLES LA GUARDESA, S.L. (que subcontrataba a dicha concursada obras para cuya ejecución ella era, a su vez, subcontratada por empresas principales como FERROVIAL, NECSO, etc.) mantenía con terceros. Sin necesidad de descender al detalle, DAMA REFORMAS, S.L. habría asumido deuda de dicha sociedad por importe total de 550.129 €.

Habiendo llegado a la conclusión de que se trató de operaciones ficticias o inexistentes, la sentencia apelada incardinó dicha conducta tanto en el terreno de las irregularidades contables relevantes (art. 164-2,1º LC) como en el de las inexactitudes graves de la documentación concursal (art. 164-2,2º). Lo cierto, sin embargo, es que, al desarrollar esta problemática en el Hecho Segundo de su informe de calificación, la Administración Concursal no calificó esta conducta como susceptible de integración en los referidos

preceptos sino en preceptos distintos (págs. 16 *in fine* y 28 y 29), concretamente, por un lado, en el art. 164-1 de la Ley Concursal que a modo de cláusula general 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 derecho o de hecho", y, por otro lado, en el art. 164-2, 6º conforme al cual, "en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: 6º. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia...". Como quiera, pues, que en su escrito de oposición al recurso la Administración Concursal efectúa mediante la técnica del reenvío una remisión a la totalidad de los argumentos vertidos en su informe de calificación, dicha cuestión deberá ser examinada —cual se adelantó al inicio de la presente resolución— en esta segunda instancia de conformidad con el art. 465-5 LEC.

Lo primero que debe indicarse al respecto es que la asunción de deuda es una declaración de voluntad unilateral (art. 1205 del Código Civil) que, caso de ser consentida por el acreedor, faculta a este para exigir el pago de su crédito de aquel que la ha emitido aun cuando lo haya hecho no ya sin el consentimiento sino incluso sin el conocimiento del deudor genuino. Por lo tanto, esa declaración de voluntad es *per se* generadora de pasivo para quien la emite (o cuando menos de la obligación de dotar la deuda asumida ante la relevante probabilidad de que el acreedor decida exigirle su cumplimiento), de manera que, no habiéndose cuestionado en el presente litigio la realidad de la emisión de esa declaración de voluntad, nunca podría considerarse que la contabilización de la deuda asumida constituya un apunte indebido. Y es esa misma consideración la que nos impide ver en la asunción de deuda protagonizada por la concursada un "acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia..." (art. 164-2, 6º invocado por la Administración Concursal), pues, por las razones apuntadas, el incremento de pasivo que nace del simple acto de asunción es, por definición, un incremento real. Si la finalidad perseguida por dicho negocio jurídico fuera la de provocar intencionalmente el vaciado patrimonial de la empresa o cualquier otro objetivo inconfesable, la operación sería ilegítima o anti-jurídica pero eso no le privaría de realidad; contrariamente, puede afirmarse que sólo a partir de la consideración de que el negocio es real y no ficticio cabe atribuirle eficacia pragmática en relación con la consecución de aquél objetivo ilegítimo. Y que ello es así nos lo evidencia la propia Administración Concursal cuando en la página 15 *in fine* de su informe de calificación nos asegura que hasta la fecha en que se declara la suspensión de pagos de la hoy concursada DAMA REFORMAS, S.L. (30 de julio de 2004) esta había pagado de manera efectiva a terceros, por cuenta de la mencionada MÁRMOLES LA GUARDESA, S.L. y en virtud de la deuda asumida, la nada despreciable cantidad de 550.129 €.

Con mayores probabilidades de acierto cuenta, en cambio, la incardinación de dicha conducta dentro de la cláusula general del art. 164-1 de la Ley Concursal ("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 efecto, carece de explicación razonable que en tan solo siete meses una sociedad como DAMA REFORMAS, S.L., que sólo a duras penas y con serias dificultades conseguía cobrar de su principal y acaso único cliente —MÁRMOLES LA GUARDESA, S.L.— las obras que esta le subcontrataba, decidiera asumir las deudas que dicha



La calificación del concurso de acreedores, como una de las piezas fundamentales del mismo, por las importantes consecuencias económicas que puede tener para los empresarios insolventes, se analiza de manera exhaustiva, rigurosa y sistemática.

Se estudian los motivos de calificación culpable del concurso, esto es, el criterio general del art. 164.1 LC y las presunciones *iuris et de iure* (art. 164.2) y *iuris tantum* (art. 165). A continuación, se examinan los aspectos procesales de la calificación. Y finalmente, se abordan los efectos de la sentencia de calificación del concurso culpable.

La segunda edición de este libro viene justificada por el caudaloso flujo de sentencias dictadas por los juzgados de lo Mercantil, Audiencia Provinciales y Tribunal Supremo, así como las aportaciones de algunos ilustres autores desde la publicación de la edición anterior en 2014, con el acervo de conocimientos que ello ha supuesto para comprender y mejor interpretar la institución, y que me ha llevado al continuo replanteamiento en la búsqueda de nuevas posibles soluciones que hagan más justa la institución de la calificación, para así ofrecérsela a mis queridos lectores.

ISBN: 978-84-9090-431-2



9

788490

904312



3652K28925

