



RAFAEL MOLERO PRIETO.

Doctor en Economía.
Abogado.
Auditor-Censor Jurado de Cuentas.
Profesor Asociado de la Universidad Politécnica de Valencia.
Administrador Concursal.

Cuestiones prácticas en la sección de calificación del concurso.

Especial referencia a los supuestos contables.

"De lo que aconteció a un castellano y comunero en el seno de la sección sexta de calificación"

Comisión de actuaciones forenses.

Desayuno de trabajo.

9 de julio de 2013

La sección de calificación

La Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, cuyo apartado VIII expresivamente comienza con la justificación de que **"una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de la calificación del concurso"**, y concluye afirmando que **"los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil**, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos.

El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo -polémica norma que reforma en profundidad aspectos sensibles de la regulación del concurso, en sus planos sustantivo y procesal-, tan sólo retocó un precepto en materia de calificación del concurso, el art. 168, en sus apartados primero y segundo, destinado a clarificar la **posición procesal de los acreedores intervinientes**.

Ley 38/2011 - **armonizar** los diferentes **sistemas de responsabilidad** de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales.

La sección de calificación

La sección de calificación **supone realizar un examen de la gestión y dirección de la empresa** que ha sido declarada en concurso, con el fin de apreciar si el concurso es **culpable o fortuito**, esto es, si se debe a la **incorrecta** -más bien habría que decir **fraudulenta- gestión** de la empresa o si la situación de insolvencia se debe a otras causas, podríamos decir que **exógenas**, es decir, situación del mercado, bajada más o menos permanente de las ventas, escaso éxito comercial de productos y servicios, coyuntura económica general, etc.

▶ 3

ramopr@upv.es

Novedades en la calificación del concurso

- ▶ La **desaparición del carácter prejudicial** de la sentencia de calificación con respecto a las eventuales actuaciones que pudieran seguirse en el orden jurisdiccional penal, con una neta **separación de ilícitos civiles y penales**.
- ▶ La calificación del concurso en **tan solo dos categorías: fortuito y culpable**.
- ▶ La estructura procedimental por la que se resuelven las pretensiones de las partes
- ▶ La denominada <<**responsabilidad concursal (172 bis)**>>, que permite al Juez, previa acreditación de determinados requisitos, **condenar a los administradores (de hecho o de derecho) y a los apoderados generales de la persona jurídica concursada** ~~(a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no perciban en el proceso de liquidación.)~~ **a la cobertura, total o parcial, del déficit.**

▶ 4

ramopr@upv.es

Actuaciones procesales

- ▶ **Formación** de la sección de calificación
- ▶ Los interesados podrán **personarse y ser parte** (añadido éste último en la modificación del RDL 3/2009).
- ▶ **Informe** de la administración concursal (DEMANDA) – **art. 399 LEC**
- ▶ **Dictamen** del Ministerio Fiscal, en su caso.
- ▶ **Emplazamiento** a las personas afectadas y posibles cómplices
- ▶ **Alegaciones** de los mismos y, en caso de oposición, **incidente concursal**.
- ▶ **Sentencia** que contendrá los pronunciamientos personales y de carácter patrimonial inherentes a la calificación culpable del concurso.

▶ 5

ramopr@upv.es

Formación de la sección

- ▶ Sólo en dos casos:
- ▶ Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un **convenio** en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una **quita IGUAL O SUPERIOR a un tercio** del importe de sus créditos o una **espera IGUAL O SUPERIOR a tres años**.
- ▶ En todos los supuestos de **liquidación**.
 - ▶ **Aprobación** del plan de liquidación
 - ▶ **Se ordene** la liquidación (art. 149 reglas supletorias)
- ▶ **Rasgo común:** existencia de un daño efectivo al interés de los acreedores en orden a la satisfacción de sus créditos.

▶ 6

ramopr@upv.es

Opiniones doctrinales

- ▶ Puede suceder que **determinadas conductas** realizadas por el concursado, en claro perjuicio de los intereses de los acreedores, **queden al margen de la calificación** (por ejemplo convenios menos gravosos, cuando también exista daño para los acreedores y sea posible la culpabilidad en la insolvencia)
- ▶ Que sea **necesario calificar** el concurso en todos los supuestos de liquidación, aun cuando resulte que la masa activa puede satisfacer la totalidad de los créditos.
- ▶ El **límite de dos años**, aun siendo necesariamente arbitrario, dota al sistema de una innegable seguridad jurídica
- ▶ Ventaja de que, al haber concluido ya la fase común del concurso, el Juez dispondrá de los **elementos de juicio suficientes**, tanto antes del auto como posteriores al mismo.

▶ 7

ramopr@upv.es

La sección de calificación – Personación de los acreedores

Art. 168 LC

Dentro de los **diez días siguientes** al de la última publicación de la resolución que determine la **apertura de la sección** (bien la sentencia aprobatoria del convenio, bien el auto de aprobado el plan de liquidación), **cualquier acreedor o persona con interés legítimo** podrá personarse, para hacer **alegaciones (relevantes)** relativas a la procedencia de la declaración del **concurso como culpable**.

- **Cualquier acreedor**
- **Persona con interés legítimo**

▶ 8

ramopr@upv.es

La sección de calificación – Personación de los acreedores

Reforma RDL 3/2009 del art. 168 LC

-Podrán personarse y “**ser parte**”

-**Sus alegaciones no sostienen una pretensión**

-Sólo **son parte:**

-**Ministerio fiscal**

-**Administración concursal**

-**El deudor**

-**Las personas afectadas**

-**Interpretación:**

-la configuración de las posibilidades procesales de actuación de estos acreedores e interesados no se identifican como partes principales, en sentido estricto, sino como **partes subordinadas o meros litisconsortes facultativos** y puramente voluntarios de la administración concursal

La sección de calificación – Personación de los acreedores

Reforma RDL 3/2009 del art. 168 LC – JUSTIFICACIÓN

- Medida en interés de la masa, no de un derecho subjetivo del acreedor

- No conveniente dejarlo a su iniciativa:

-Pluralidad de demandas contra diversas personas no coincidentes

-Pretensiones diferentes

-Alegan sin conocer el informe de la administración concursal

-Economía procesal

-No puede desplazar ni solapar otros mecanismos de responsabilidad que mantienen su autonomía (acción social, individual y responsabilidad por deudas)

Podrán:

-Proponer prueba

-Provocar celebración de vista

-Interponer recurso de apelación y oponerse a la apelación de otro

La sección de calificación – Informe de la administración concursal

INFORME vs DEMANDA

Por aplicación supletoria de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** (disposición final quinta de la LC), las alegaciones iniciales de las partes enfrentadas han de responder a la naturaleza propia de los **actos de demanda y de contestación**.

El **informe** habrá de ser **razonado y documentado** sobre los **hechos relevantes** para la calificación del concurso, **con propuesta de resolución**, y por su identificación como demanda le será **de aplicación el art. 399 de la LEC** respecto del modo de presentación del escrito.

La sección de calificación – Demanda del Ministerio Fiscal

DEMANDA

Es razonable entender que tendrá el mismo alcance que el informe de la administración concursal, esto es, se pronunciará sobre la **calificación del concurso**, como fortuito o culpable, determinando también, en este último caso, la identidad de las **personas que resulten afectadas** por la calificación, así como las **consecuencias** anudadas a dicha calificación.

Art. 164 de la Ley concursal

- ▶ **Artículo 164.** Concurso culpable.
- ▶ 1. 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.**
- ▶ 2. **En todo caso**, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos:
 1. Cuando el deudor legalmente obligado a la **llevarza de contabilidad incumpliera sustancialmente** esta obligación, llevara **doble contabilidad** o hubiera cometido **irregularidad relevante** para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.
 2. 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.
 3. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
 4. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
 5. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
 6. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.
- ▶ 3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el [artículo 198](#).

▶ 13

ramopr@upv.es

Art. 165 de la Ley concursal

- ▶ **Artículo 165.** Presunciones de dolo o culpa grave.
- ▶ Se **presume** la existencia de **dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario**, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:
 - ▶ Hubieran **incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.**
 - ▶ Hubieran **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.
 - ▶ Si el deudor obligado legalmente a la llevarza 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.

▶ 14

ramopr@upv.es

Criterios CONCURSO CULPABLE

(art. 164.1) Contiene una definición legal de lo que ha de entenderse por concurso culpable, reservando dicha calificación para aquellos supuestos en los que **en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave**

(art. 164.2) Contiene una tipificación de **supuestos** que, al margen de la concurrencia o no de dolo o culpa grave, **merecen por sí mismos la calificación de culpable** → **PRESUNCIÓN *ius et de iure***

(art. 165) Contempla tres **supuestos concretos en los que se presume *ius tantum* el dolo o la culpa grave**

Apertura de la fase de liquidación a solicitud del deudor

- ▶ Con independencia del momento (**cualquiera**) en que la solicitud del deudor tenga lugar, la apertura de la fase de liquidación **sólo se producirá tras la correspondiente resolución judicial** (art. 142.1) .
- ▶ Mientras no se produzca la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación, **el deudor podrá desistir de su petición** de abrir la liquidación, optando por presentar una propuesta de convenio
- ▶ El art. 142.2 prevé la **obligación al deudor de pedir la liquidación cuando conozca la posibilidad de incumplir el convenio**, supuesto en que el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Coincide parte de la doctrina que, a pesar de no prever una sanción específica de ese **incumplimiento**, el concursado se calificará como **culpable**.

Apertura de la fase de liquidación a solicitud de los acreedores

- ▶ Se contempla la **posibilidad, de forma excepcional**, condicionado a que, de un lado el deudor no haya solicitado la liquidación durante la vigencia del convenio y, de otro, a que alguno/s de los acreedores **acrediten la existencia de alguno de los hechos reveladores de la situación de insolvencia**
- ▶ Se prevé asimismo, la posibilidad de solicitar al juez la declaración de **incumplimiento del convenio**, lo que determinará la apertura de oficio de la liquidación. Siendo legitimado sólo el acreedor que estime incumplido el convenio.

▶ 17

ramopr@upv.es

Apertura de la fase de liquidación a solicitud de la administración concursal

- ▶ (142.3) Se contempla la **posibilidad**, condicionada a que se haya cesado la actividad profesional o empresarial.

▶ 18

ramopr@upv.es

Apertura de la fase de liquidación de oficio

- ▶ Procederá:
- ▶ Cuando **no se haya presentado**, dentro del plazo, **propuesta alguna de convenio** por parte del deudor o de los acreedores, o no haya sido admitida a trámite las que se hubieren presentado.
- ▶ Cuando, de haberse presentado alguna **propuesta de convenio, no haya sido aceptada** en junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio (art. 115 bis de la LC).
- ▶ Cuando haya sido **rechazado por resolución judicial firme el convenio** aceptado en junta de acreedores, sin que proceda acordar nueva convocatoria.
- ▶ Cuando se haya **declarado por resolución judicial firme la nulidad o el incumplimiento del convenio aprobado por el Juez**.

▶ 19

ramopr@upv.es

Apertura de la fase de liquidación de forma extraordinaria

- ▶ Puede suceder que un **convenio lesivo**, con un contenido que hubiera motivado ya la apertura de la sección, sea **incumplido** y, por tanto, haya de proceder a la apertura de la fase de liquidación, lo que determinará, al mismo tiempo, que se proceda a la apertura de la sección de calificación.
- ▶ La justificación procedimental de ello, estriba en la necesidad de arbitrar el **mecanismo que permita valorar las causas de incumplimiento del convenio y depurar las posibles responsabilidades a que hubiera lugar**.

▶ 20

ramopr@upv.es

Doctrina de la calificación dual del concurso

- ▶ Parte de la doctrina ha criticado la clasificación bipartita de la calificación concursal por entenderla **simplista**, optando por la clásica en nuestro derecho anterior (**fortuita, culpable y fraudulenta**), en atención a mención de <<culpa grave>> empleada por el legislador.
- ▶ Sin embargo otra parte de la doctrina no lo entiende así, considerando que no se está equiparando las consecuencias de la conducta dolosa o fraudulenta a la conducta meramente negligente, sino que torna, en principio, **irrelevante a los efectos de la calificación la leve negligencia**, incluyéndose únicamente dentro de los supuestos del concurso culpable la culpa grave.

▶ 21

ramopr@upv.es

Concurso fortuito

- ▶ **La ley no contiene una definición del concurso fortuito**, ni tipifica supuestos concretos del mismo, a diferencia de lo previsto para el concurso culpable. En la LC se concibe el **concurso fortuito** como aquel que supone **tanto ausencia absoluta de intención dolosa y gravemente culposa, cuanto la concurrencia de culpa leve**
- ▶ Es un **concepto negativo o por exclusión, de carácter residual**, entendiendo que el concurso se declarará fortuito **cuando no proceda la calificación como culpable**. Habrà que probar, por tanto, la concurrencia de los presupuestos, causas y requisitos para calificar el concurso como culpable, ya que, en caso contrario procede la declaración de concurso fortuito, concepción acorde con el **derecho fundamental a la presunción de inocencia**, aplicable en materia sancionadora.
- ▶ Ello no obstante, en el caso de concurso de persona jurídica, **la calificación del mismo como fortuito no libera de responsabilidad a sus administradores, que quedarán expuestos al ejercicio de las acciones societarias**.

▶ 22

ramopr@upv.es

Concurso culpable

- ▶ La ley atiende a un **triple criterio** para su determinación:
- ▶ **Primero.**- Contiene una definición legal (art. 164.1) que hace las veces de concepto o cláusula general.
- ▶ **Segundo.**- Una tipificación de **supuestos (ilícitos)** que, al margen de la concurrencia o no de culpa, merecen por sí mismos la calificación de culpable (art. 164.2). Estos ilícitos se someten a reglas concretas de **prueba**, en virtud de las cuales corresponderá a la parte demandante (Administración concursal y Ministerio Fiscal) **acreditar la comisión** de esos ilícitos.
- ▶ **Tercero.**- Tres casos que reflejan un catálogo de conductas que hacen referencia a deberes concursales y deberes relacionados con las cuentas anuales, en los que **se presume iuris tantum** el dolo o culpa grave, permitiendo la articulación de prueba en contrario para eludir la concurrencia de dicha culpabilidad (art. 165).

▶ 23

ramopr@upv.es

Concurso culpable. Art. 164.1

- ▶ Requisitos:
- ▶ **Comportamiento activo u omisivo** del deudor o de sus representantes legales y tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho y apoderados generales.
- ▶ **Generación o agravación del estado de insolvencia**
- ▶ Que sea **imputable** a dichas personas **a título de dolo o culpa grave**, por lo que queda excluida la culpa leve.
- ▶ **Nexo causal** entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.

▶ 24

ramopr@upv.es

Concurso culpable. Art. 164.1

- ▶ Por el sistema general de culpa, **el objeto de calificación es la conducta del empresario que genera o agrava el estado de insolvencia**. Por tanto no gira en torno a la situación de insolvencia aisladamente considerada (que constituye, eso sí, presupuesto de la calificación), sino en la **conducta del deudor cuando dicho estado se produce**, exigiéndose la concurrencia de un **elemento intencional (subjetivo) en su proceder (activo u omisivo)**, en virtud del cual el sujeto haya infringido, a título de dolo o culpa grave, sus deberes más elementales, que se orientan, precisamente, a evitar la producción el estado de insolvencia o su agravamiento.

▶ 25

ramopr@upv.es

El dolo y la culpa grave

- ▶ En lo que nos atañe, el dolo encierra **intencionalidad** del deudor de **ocasionar o agravar la insolvencia** con su conducta, que engloba tanto los supuestos en los que se busca directamente ese efecto, como aquellos que constituye un efecto secundario, aunque aceptado y, por tanto, querido. Cabe **la acción y la omisión** (falta de realización de aquello sin lo que, necesariamente, se producirá la situación buscada de insolvencia), que puede ser **anterior a la insolvencia (generación), coetánea e, incluso, posterior a la misma (agravación)**.
- ▶ La culpa grave o lata representa una conducta que no puede ser definida en abstracto. **La esencia de la culpa está en la falta de diligencia y previsión** que supone en el autor del acto, es decir, infringiendo los deberes más básicos.

▶ 26

ramopr@upv.es

El dolo y la culpa grave

- ▶ **El dolo:** equivalente a mala fe o malicia, exige la conciencia y voluntariedad en la causación o agravamiento del estado de insolvencia
- ▶ **La culpa lata .**
 1. supone la **infracción de las pautas de diligencia exigibles** impuestas por las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar (art 1104CC)
 2. estándar de conducta exigible: un **ordenado empresario y representante legal**, en el caso de los administradores sociales
 3. lata o grave: **quiebra de los deberes más básicos o elementales** o como decían los clásicos, de la diligencia que hominum communis natura desident, o sea, 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; en este caso, cualquier empresario ordenado y leal**
 4. La equiparación de la culpa lata al dolo (sin perjuicio de la importancia que pueda tener en cuanto al alcance de los efectos de la declaración de culpabilidad) **provoca que revista menos trascendencia el análisis de los supuestos de dolo eventual** , referidos a aquellos actos que conocidamente pueden causar o agravar la insolvencia, pero cuyos **resultados no aparecen como directamente queridos**

▶ 27

ramopr@upv.es

La sentencia de calificación

La sentencia que declare el concurso culpable, obviamente, habrá de **motivar su calificación**, determinando y declarando **probada la conducta** objeto de enjuiciamiento y su subsunción en alguna de las **hipótesis de los arts. 164 o 165** de la Ley Concursal, **con respecto a todos y cada uno de los legitimados pasivos**, frente a los cuales se haya ejercitado la pretensión de calificación. **Los efectos** de la sentencia de condena pueden ser **personales**, y lo serán en todo caso al resultar preceptiva la imposición de la sanción de **inhabilitación**, o **patrimoniales**.

▶ 28

ramopr@upv.es

La sentencia de calificación – sujetos afectados

En el caso de **deudor persona física**, el afectado será **el propio deudor**. En el caso de **deudor persona jurídica**, los afectados serán los **administradores, de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados generales actuales o los que lo hayan sido en los dos años anteriores**

La declaración de **complicidad** podrá afectar a personas físicas o jurídicas que con dolo o con culpa grave hubieran **cooperado con el deudor** a la realización de cualquier acto que haya determinado la declaración de culpabilidad del concurso.

La sentencia de calificación – efectos personales

Como contenido **imperativo** de la sentencia de calificación contempla la **inhabilitación** de las personas afectadas por la calificación, **-no de los cómplices-**. En su previsión como sanción imperativa se pone de manifiesto el **carácter público** que subyace bajo la regulación de la sección de calificación en el concurso.

Inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para **administrar los bienes ajenos**, así como para **representar o administrar a cualquier persona** (art. 172.2.2 o LC), con la consecuencia adicional mientras dure la inhabilitación de que **tampoco podrán ejercer el comercio** (art. 13.2º Código de comercio)

“los administradores de las personas jurídicas que sean inhabilitados cesarán en sus cargos”

La sentencia de calificación – efectos patrimoniales

1. La **pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores** concursales o de la masa.
2. La condena a **devolver los bienes o derechos** que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.
3. **Indemnización de los daños y perjuicios causados.**
4. **Cobertura del déficit (responsabilidad concursal)**

La sentencia de calificación – La responsabilidad concursal

El **art. 172.bis** de la Ley Concursal incluye la que se ha denominado “responsabilidad concursal”, al permitir al juez la **condena a los administradores, liquidadores y apoderados** de la persona jurídica concursada **a cubrir, total o parcialmente, el déficit.**

Opción de política legislativa, al añadirse, sobre el régimen general de acciones tendentes a la exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales, **una acción más**, que presenta sus **propias características**, y que se ejercita en el concreto marco del proceso concursal.

La sentencia de calificación – La responsabilidad concursal

TESIS CULPABILÍSTICA

Donde la responsabilidad exige **prueba del daño y del nexo causal**, que defiende la Audiencia Provincial de Barcelona y que suaviza la condena a los administradores, puesto que al exigirse la prueba hay más posibilidades de que la condena se aminore.

Es un supuesto de **responsabilidad subjetiva, por daño o culpa**, parte de la consideración de que la norma trata de **compensar el daño causado al patrimonio de los acreedores**, insatisfechos ante una liquidación infructuosa, a consecuencia de una conducta dolosa o culposa de los administradores de la persona jurídica deudora.

▶ 33

ramopr@upv.es

La sentencia de calificación – La responsabilidad concursal

TESIS SANCIONADORA

Liderada por la Audiencia Provincial de Madrid, donde **la responsabilidad no exige la prueba del daño y del nexo causal**, sino la incursión en algunos de los **supuestos “objetivos” legales a los que se llega por la vía de las presunciones**. Esta doctrina suele tener un efecto más perjudicial porque aumenta la posibilidad de obtener una condena por todo el déficit concursal.

Se está en presencia de una **responsabilidad-sanción**, que procede imponer tan pronto como conste la **conurrencia de los requisitos** que la norma establece. No se trata de una responsabilidad por dolo o culpa, sino de un tipo de **norma sancionadora**.

▶ 34

ramopr@upv.es

La sentencia de calificación – La responsabilidad concursal

CARACTERÍSTICAS

1. Se trata de una **responsabilidad personal**, pues, aunque se responda de deudas ajenas, los administradores, apoderados o liquidadores responsables, quedan obligados a cumplir con la **condena dineraria**, esto es, a realizar los pagos con todos los bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil).
2. Se trata de una **responsabilidad limitada**, conforme al presupuesto objetivo cuantitativo legal, eso es, el importe global de los créditos concursales y contra la masa que no se satisfagan con la liquidación de la masa activa (déficit). Significa que **es subsidiaria**, se limita al déficit que se mantiene tras la liquidación.

▶ 35

ramopr@upv.es

La sentencia de calificación – La responsabilidad concursal

CARACTERÍSTICAS

3. Es una **responsabilidad autónoma**. El legislador no vincula esta responsabilidad a los mecanismos indemnizatorios, esto es, a las acciones de responsabilidad por daños, ni a otros mecanismos sancionadores. Esta **compatibilidad** queda expresada en el art. 48.BIS de LC, que prevé expresamente el ejercicio de la **acción social** durante el concurso, o con la **acción individual**, o con la **acción por incumplimiento de disolución**, pues su ejercicio no es excluye ni se limita, ni expresa ni tácitamente.
4. Es una **sanción acumulativa**: al administrador se le condena a un conjunto de sanciones por su conducta infractora y **“además” a la cobertura del déficit** patrimonial, una vez efectuada la liquidación concursal.

▶ 36

ramopr@upv.es

Condena a la cobertura del déficit.

Naturaleza de la responsabilidad.

Posiciones de las Audiencias:

A) Responsabilidad por daños (naturaleza indemnizatoria).

AP Barcelona, Secc 15ª, Auto 6/02/2006; St. 28/01/2010

AP La Rioja 17/102008,; AP Jaén 10 /3/2008

B) Responsabilidad objetiva. (naturaleza sancionadora).

AP Pontevedra (s. 1ª) 25/01/2011; AP Madrid (Sec 28) 6/3/2.009; AP Palma de Mallorca (s. 5ª) 16/2/2011; AP Cáceres 29/4/2010; AP Lleida 4/1/2010, AP Oviedo 13/11/09; AP La Coruña 26/06/09; AP León (s. 1ª) de 17/11/2010; AP Zaragoza (s. 5ª) 18/10/2010; AP Málaga (s. 6ª) 9/2/2010.

▶ 37

ramopr@upv.es

Reforma ley 38/2011

1. Atribución de todas las competencias en esta materia de responsabilidad al juez del concurso.
2. Legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y de la acción de responsabilidad por no promoción de la disolución.
3. La sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

▶ 38

ramopr@upv.es

Conclusiones

1. La regulación procesal de la sección de calificación es deficiente, apenas mejorada.
2. Interpretaciones dispares tanto en la doctrina como en los tribunales. La falta de definición de las partes o el contenido de sus pretensiones son una parte representativa de aquellas.
3. Los variados planteamientos del ejercicio y coordinación de acciones suelen estar orientados hacia la solución de los problemas específicos del resarcimiento de daños y la satisfacción de créditos propiamente dichos, y por tanto en la perspectiva del interés de los acreedores, dejando en segundo plano la función reintegradora de la masa activa que puede cumplir.
4. Se ha favorecido en apariencia una excesiva promiscuidad de los mecanismos de respuesta, entre los concursales y especialmente los societarios.

▶ 39

ramopr@upv.es

Conductas culpables. Art. 164.1

3.1. Procedencia
3.1.1 No adopción de medidas ante la situación de insolvencia
3.1.2 Distracción de fondos u otros bienes
3.1.3 Negocio estructuralmente ruinoso e inviable
3.1.4 Derivación de la producción a otra sociedad
3.1.5 Afianzamiento descuento de letras colutorias
3.1.6 Vaciamiento de la concursada a favor de su matriz
3.1.7 Ventas a clientes insolventes cuyo impago desemboca en el concurso
3.1.8 Por no exigir los dividendos pasivos
3.1.9 Falta de afiliación y alta de tres trabajadoras en la Seguridad Social
3.1.10 Despido de toda la plantilla sin basarlo -putiendo- en causas objetivas
3.1.11 Acometer una nueva obra sin autorización de la AC
3.1.12 Asunción injustificada de deudas ajenas
3.1.13 Pérdida negligente del derecho a la deducción del IVA soportado
3.1.14 Negligencia por no instar despido colectivo objetivo
3.1.15 Transvase de fondos a sociedad vinculada, mediante incremento de la renta arrendaticia, agravando la insolvencia
3.1.16 No instar la liquidación ante el incumplimiento del convenio y deudas posteriores

▶ 40

ramopr@upv.es

Conductas culpables. Art. 164.2

Supuestos relativos a la contabilidad

- ▶ El **fundamento de la calificación culpable** del concurso, en este caso, es triple:
- ▶ Supone una **obstaculización al normal desarrollo del procedimiento concursal**, repercutiendo sobre el desempeño de las funciones de los órganos concursales (dificultades en la elaboración del informe, ex art. 75)
- ▶ El incumplimiento sustancial de los deberes contables puede ser causa de la generación del estado de insolvencia o de su agravación. **La correcta llevanza de la contabilidad es esencial en la vida de la empresa.**
- ▶ La contabilidad constituye una garantía de los intereses de quienes con él se relacionan y evita que **sea imposible**, en caso necesario, **conocer su verdadera situación económica.**

▶ 41

ramopr@upv.es

Conductas culpables. Art. 164.2

Supuestos relativos a la contabilidad

- ▶ Nos encontramos ante situaciones de **infracción de la contabilidad entendida en su aspecto material (con vulneración de los principios contables generalmente aceptados)**, frente a supuestos que suponen incumplimientos meramente formales (constitutivos de presunciones relativas), debiendo ser objeto de interpretación a la luz de la normativa contable.
- ▶ El precepto recoge **tres conductas distintas**:
- ▶ Incumplir **sustancialmente** la obligación de llevanza de la contabilidad
- ▶ Llevar **dobles contabilidad**
- ▶ Haber cometido irregularidad **relevante** para la comprensión de su situación patrimonial y financiera en la que llevara.

▶ 42

ramopr@upv.es

Conductas culpables. Art. 164.2

Supuestos relativos a la contabilidad

- ▶ El incumplimiento de las obligaciones ha de ser **sustancial (grave)**, lo que significa que no toda infracción del deber da lugar a la declaración de culpabilidad del concurso. Incumplimiento sustancial será no llevar a cabo, en general, aquellos que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. Ello no obstante, **tratándose de una cuestión de hecho, que debe examinarse en cada caso concreto, no es posible determinar reglas.**
- ▶ La llevanza de **doble contabilidad** encierra un ánimo defraudatorio, una voluntad de engaño y ocultación que justifica la tipificación del supuesto., el sólo hecho de su existencia supone un claro incumplimiento de los deberes legales en materia de contabilidad. **Comprende tanto los supuestos de doble llevanza de documentos contables, como aquellos en los que se refleja una situación irreal de modo formal y se oculta la situación real.**
- ▶ Las **irregularidades contables deben ser relevantes**, esto es, que impida a quien examine la contabilidad hacerse una idea correcta de dicha situación, será importante ponderar los importes a los que afecte. Será una cuestión de hecho sujeta, necesariamente, a la discrecionalidad judicial, directamente dependiente de la prueba practicada, entre la que ocupará un lugar destacado el informe de la administración concursal.

▶ 43

ramopr@upv.es

Concepto de “irregularidad relevante”

- 3.1 Irregularidades relevantes en el activo
 - 3.1.1 Caja, clientes, crédito fiscal
 - 3.1.2 Activación indebida gastos de explotación
 - 3.1.3 Inclusión en el activo de créditos ficticios o no justificados
 - 3.1.4 Inclusión de activos y gastos de otras sociedades del grupo
 - 3.1.5 Irregularidades relevantes, en particular en la partida de clientes y deudores
 - 3.1.6 Activo ficticio por no contabilización correcta de gastos.
 - 3.1.7 Relevante sobrevaloración de las existencias
 - 3.1.8 Eliminación indebida de parte de los créditos contra terceros
 - 3.1.9 Créditos de dudoso cobro no provisionados
 - 3.1.10 Ampliaciones/reducciones de capital irregulares
 - 3.1.11 Falta de control y sobrevaloración de las existencias
 - 3.1.12 Contabilización de facturas ficticias
 - 3.1.13 Indebida activación de créditos fiscales
 - 3.1.14 Omisión de la contabilización de la amortización de la maquinaria

▶ 44

ramopr@upv.es

Concepto de “irregularidad relevante”

- 3.2 Omisiones relevantes en el pasivo
 - 3.2.1 Falta de contabilización de importante garantía prestada a filial extranjera
 - 3.2.2. No contabilización liquidaciones inspección tributaria. No provisión créditos impagados
 - 3.2.3 Omisión de deuda con la TGSS
 - 3.2.4 Omisión de deuda por sentencia de condena no firme
 - 3.2.5 No contabilización del riesgo en curso por efectos descontados aún no vencidos

▶ 45

ramopr@upv.es

Concepto de “irregularidad relevante”

- 3.3 Omisión en el balance y en la memoria recientes disposiciones por 1.750.000 euros a favor del accionista mayoritario
- 3.4 Fondos propios irreales: resultados positivos “hinchados” y negativos “desinflados”
- 3.5 El cambio de sistema informático no justifica las irregularidades
- 3.6 Irregularidades contables que distorsionan la realidad
- 3.7 Incrementos injustificados de activo y pasivo, estando la sociedad inactiva
- 3.8 La falta de personal no justifica las irregularidades contables
- 3.9 Contabilización de operaciones ficticias creando una apariencia de solvencia
- 3.10 Apariencia de menor endeudamiento: contabilizar dentro de las deudas con proveedores, pero con signo contrario, una partida correspondiente a préstamos participativos
- 3.11 Libros no legalizados cuyo contenido diverge de la contabilidad digital
- 3.12 Irregularidades en inventarios, Diario, cuentas anuales, tesorería
- 3.13 Diferencias notorias entre las cifras de activo y pasivo presentadas por la deudora y las que han resultado del informe definitivo de la AC
- 3.14 Anomalías en la cuenta con socios
- 3.15 Omisión íntegra de la contabilidad de un ejercicio
- 3.16 Múltiples irregularidades que impiden la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la deudora

▶ 46

ramopr@upv.es

Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad

- 4. Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad
 - 4.0 Doctrina general
 - 4.1 Libros de contabilidad no legalizados
 - 4.2 Omisión parcial y temporal. Sobre el carácter "relevante" del incumplimiento de la obligación
 - 4.3 Incumplimiento del deber de formular cuentas consolidadas
 - 4.4 No formulación de cuentas durante los últimos ejercicios
 - 4.5 Subsistencia de las obligaciones contables tras la integración en una UTE
 - 4.6 Falta de la contabilidad del ejercicio anterior o en curso
 - 4.7 No llevanza de ninguno de los libros obligatorios. No es contabilidad mero acúmulo de documentos.
 - 4.8 Falta de aportación de libros obligatorios
 - 4.9 Subsistencia de las obligaciones contables pese al cese de la actividad

▶ 47

ramopr@upv.es

Supuestos relativos a la inexactitud o falsedad de los documentos presentados

- 1.1.1 Omisión de acreedores
- 1.1.2 Omisión en balance y Memoria de una retirada de fondos por 1.750.000 € a favor del accionista mayoritario
- 1.1.3 Inclusión de activos inexistentes a fecha de solicitud del concurso o sobrevaloración de los existentes
- 1.1.4 Inmueble y deuda no contabilizados como tales
- 1.1.5 Omisión de activos
- 1.1.6 Autónomo que actúa como si no estuviera en concurso y además expide facturas falsas
- 1.1.7 Descuento de efectos de colusión
- 1.1.8 Omisión de participaciones y créditos contra empresas vinculadas

▶ 48

ramopr@upv.es

Muchas gracias
!!! utreia !!!