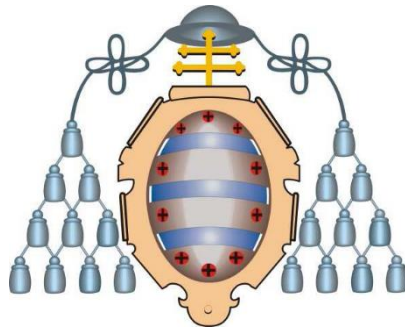


LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES



Universidad de Oviedo

Máster Universitario en Abogacía

Curso 2013/2014

Trabajo Fin de Máster

CARLOS PÉREZ LÓPEZ

Índice

1. INTRODUCCIÓN.
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
3. ASPECTOS PROCESALES EN LA TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.
 - A) Resolución vehicular
 - B) Supuestos de apertura de la sección sexta
 - a) Liquidación
 - b) Convenio sin quita o espera favorable
 - c) Incumplimiento de convenio
 - i. Limitación al ámbito de cognición del Juez Mercantil
 - A iniciativa del deudor concursado
 - A iniciativa de los acreedores
 - Según el 140 LC
 - ii. Limitación del ámbito objetivo del informe de la Administración Concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal o de los escritos de alegaciones de los interesados.
4. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA SECCIÓN SEXTA
 - A) Legitimación de la Administración Concursal y características de su informe
 - B) Legitimación del Ministerio Fiscal y características de su dictamen.
 - C) Legitimación del acreedor y su problemática.
 - a) Planteamiento de la problemática y antecedentes normativos recientes
 - b) Argumentos a favor de plenas facultades de actuación procesal de los acreedores
 - c) Argumentos a favor de las facultades procesales limitadas por imperativo legal
 - d) Argumentos a favor de la falta de legitimación.
5. CAUSAS DE CULPABILIDAD.
 - A) EXAMEN DE LA DEMORA EN LA SOLICITUD
 - a) Características
 - b) Requisitos
 - i. Exigencia de solicitar el concurso ¿desde cuándo?
 - ii. Agravación de la insolvencia ¿Implícita?
 - iii. Presunción iuris tantum, posibilidad de prueba en contrario
 - B) EXAMEN DE LAS PRESUNCIONES SOBRE IRREGULARIDADES CONTABLES
6. CONCLUSIÓN
7. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La sección de calificación, o pieza sexta, es una de las seis secciones del concurso, la última de ellas. A diferencia de otras tiene un carácter contingente, es decir, se abre exclusivamente en determinados casos, concretamente en que hay liquidación o en los que hay uno de los denominados convenios lesivos o especialmente gravosos. Está destinada a sancionar civilmente aquellas conductas del concursado, de sus representantes legales, de sus administradores o liquidadores, e incluso de terceros que hubieran provocado o agravado el estado de insolvencia que determina la declaración de concurso. La calificación del concurso tiene sólo efectos civiles, hasta el punto de que se declara legalmente su independencia de las actuaciones penales que procedan por actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

La calificación tiene un carácter colectivo, persigue la tutela de todos los acreedores por lo que en definitiva, lo que en esta sección se ventila son intereses colectivos de todos los acreedores afectados por el concurso. Esta cuestión, como se desarrollará, tiene consecuencias notables, primero en relación a las que se derivan de la sección, que afectarán a todos los acreedores, y segundo y más importante por el problema que alrededor de esto se plantea y del que se va hablar aquí: las consecuencias respecto a la **legitimación del acreedor** para determinadas solicitudes en esta pieza.

De igual forma, y respecto a las concretas causas de culpabilidad, si bien existen múltiples causas y presunciones, el examen de las mismas se centrará en la demora en la solicitud de concurso, por plantear igualmente problemas prácticos, y en las presunciones relativas a las irregularidades contables, tanto *iuris tantum* como *iuris et de iure*.

2. Antecedentes históricos

Nuestro Derecho Concursal codificado tradicionalmente no vinculaba las privaciones de derechos que obligaban al deudor común, con el hecho de haber desarrollado una conducta que se juzgase incorrecta e, incluso, con una concreta situación económica (insolvencia) sino

que se adoptaba un criterio puramente formal, como se aprecia del hecho de que las interdicciones se reservasen al procedimiento de quiebra y del hecho de que fuesen un efecto necesario de la mera declaración. Las interdicciones afectaban con finalidades diversas a la esfera personal del quebrado, entre las que podemos referir “el arresto personal del quebrado” art. 1044.2º CCo de 1829, la “retención de su correspondencia” art. 1044.6º del CCo de 1829 o prohibiciones para ejercer el comercio. Estas interdicciones finalizaban a la par que el procedimiento del quebrado no fraudulento. Hasta la aprobación de la Ley Concursal de 2003 la calificación de la quiebra se sustanciaba en pieza o ramo separado con audiencia del Ministerio Fiscal, de los síndicos y del mismo quebrado (derogado 895 Código de Comercio) y tras analizar el balance del deudor, sus libros de comercio y su conducta el juez decidía mediante sentencia la calificación de la quiebra como fortuita, culpable o fraudulenta¹.

La Ley Concursal rompe con esta consideración declarando que el estado de insolvencia no sólo es posible, sino también, lícito, pero no olvida que el estado de insolvencia puede deberse o haber sido agravado en una conducta del deudor, que puede merecer reproche jurídico, y por ello se articula una sección de calificación en el concurso de acreedores².

Respecto a una de las cuestiones objeto de análisis en el presente trabajo, la posición procesal del acreedor en la pieza sexta, tradicionalmente la legitimación fue plural y escalonada, residuo histórico tanto del Código de Comercio de 1829, como del de 1885, así como todos los intentos del 1959, el de 1983, de 1995... llegando a la Ley Concursal del 2003.

En todos ellos se establecía esta legitimación: informe razonado del comisario, censura del Ministerio Fiscal, y se permitía que los terceros interviniesen con plenitud en la sección de calificación, si bien “a su costa”, en todo caso debiendo pagarse sus costas procesales.

En el Código de Comercio de 1885 ya había una regulación en sede de quiebras art. 895, que decía que *“los acreedores tendrán derecho a personarse en el expediente y perseguir al fallido; pero lo harán a sus expensas, sin acción a ser reintegrados por la masa de los gastos del juicio ni de las costas, cualquiera que sea el resultado de sus gestiones”*.

¹ Sobre las interdicciones, vid. “*La codificación mercantil española*”. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel en Universidad Autónoma de México, “Centenario del Código de comercio” págs. 475-515

² En este sentido, vid. “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*” Emilio BELTRÁN, Emilio y otros, en págs. 305 y ss.

Posteriormente, en los anteproyectos de 1959 y 1983, que no vieron la luz, venían a regular este aspecto de la misma manera, es decir, los acreedores sí tenían derecho a personarse en la sección y hacer alegaciones para la calificación, siempre a sus expensas y, de igual forma que lo hacía la Ley Concursal en su primera regulación, se producía el archivo de la pieza de calificación en el caso de que hubiese coincidencia de todas las partes en el carácter fortuito del mismo, previendo no obstante un trámite de oposición en caso de que alguno de los intervinientes pretendiese la culpabilidad.

¿Se ha recogido esta tendencia en la Ley Concursal? Esta cuestión será tratada al hilo de la polémica actual.

3. Aspectos procesales en la tramitación de la sección de calificación.

Cada Juzgado de lo Mercantil, cada Audiencia Provincial, mientras no haya una doctrina unificadora del Tribunal Supremo sigue un criterio propio para otorgar a la sección de calificación de una coherencia de la que en ocasiones carece.

Hay varios puntos de importancia en la tramitación procesal de la sección de calificación, siendo el primero de ellos la forma y el momento de apertura de la sección sexta, es decir qué resolución procesal se utiliza, cuándo y en qué supuestos de convenio se abre la sección sexta.

A) RESOLUCIÓN VEHICULAR

Con anterioridad a la modificación de la ley 38/2011, se abría la pieza de calificación con el auto que abría la fase de liquidación o con la sentencia que aprobaba bien una propuesta anticipada de convenio o bien una sentencia de convenio ordinario. La Ley 38/2011 introduce una modificación en la apertura de la calificación: ya no va a ser el auto que abre la sección

quinta (de liquidación) sino **el auto que aprueba el plan de liquidación**³, consecuencia lógica de la introducción de la posibilidad de la apertura de la sección quinta de liquidación bien en el propio auto de declaración de concurso o bien en los momentos iniciales del mismo.

La opción es acertada, puesto que no podría llevarse a cabo una calificación con suficientes elementos de juicio si se abre la sección de liquidación en el primer momento del concurso, y podría darse el caso de que habría que calificar el concurso de forma coetánea a la emisión del informe inicial de la Administración Concursal del art. 75 LC.

No obstante la práctica judicial no es homogénea en todos los casos, si se va a convenio no hay ningún problema, en la sentencia se abre la pieza de calificación, pero si se va a liquidación en ocasiones hay juzgados, por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, que deciden⁴ no abrir la sección sexta con el auto aprobando el plan de liquidación si no que, cuando la liquidación se inicia de forma muy temprana, se difiere la apertura de la calificación al momento en el que dicta la resolución por la que se da publicidad a los textos definitivos, con lo cual se ganan un par de meses, que permiten al Administrador Concursal calificar con mayor rigor.

B) SUPUESTOS DE APERTURA DE LA SECCIÓN SEXTA

El resumen de los supuestos de apertura de la sección de calificación sería:

a) **Liquidación** siempre y en todo caso, así como para convenios que no cumplan los requisitos de benignidad, y para convenios incumplidos.

³La Ley Concursal en su redacción original establecía que “*La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial (...) en la que se ordene la liquidación a que se refiere el número 2.º del apartado 1 del artículo 163 [en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación]*”.

⁴ Opinión expresada por el Magistrado-Juez titular de dicho Juzgado, D. Alfonso Muñoz-Paredes en el III Curso de Especialista en Derecho Concursal del Ilre. Colegio de Abogados de Oviedo celebrado en el Auditorio Príncipe Felipe de Oviedo del 17/10/2013 al 29/11/2013, y que ya se dejó intuir en el “Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II. Pág. 598” cuando expresa el acierto de permitir que “*en caso de que la fase de liquidación se abra desde un principio, la administración concursal gane un poco de tiempo*” mostrando su apoyo a la idea de favorecer el conocimiento detallado de la situación del deudor por parte de la Administración Concursal con anterioridad a su informe de calificación.

b) **Convenios sin quita o espera favorable**

Antes de la Ley 38/2011, la sección sexta se abría siempre en todos los supuestos de liquidación y en aquellos convenios que la Ley tildaba de “gravosos”, para lo cual la Ley daba un concepto auténtico: eran gravosos aquellos convenios en los que la quita era superior a 1/3 del importe de los créditos o con esperas superiores a los 3 años.

Por lo tanto, el convenio tipo, y más reiterado en la práctica, que era el que se aprobaba tomando las quitas y esperas habituales – 50 % del importe de los créditos de quita y esperas de 5 años, abría calificación⁵.

La Ley 38/2011 fue una Ley cuya aprobación coincidió con la disolución de Cortes, y esas “prisas legislativas”⁶ se manifestaron en la regulación de la apertura de la sección sexta en los casos de convenio, que ya se atisbaban en el proyecto de Ley. Primeramente el proyecto decía que todo convenio, salvo que fuese anticipado y no gravoso, abriría la sección sexta⁷. Esto, desde la doctrina y desde los Juzgados de lo Mercantil, fue considerado como una solución no muy acertada por parte del legislador por el siguiente ejemplo:

En el supuesto de concurso claramente liquidatorio desde el inicio, en el que se lleva a cabo un embargo del art. 48 ter (*antes 48.3*), mediante el cual se traba embargo en los bienes de las personas responsables de, en caso de concurso culpable, responder personalmente de la cobertura del déficit, “la concursada” (*en definitiva esas mismas personas responsables*), viendo que el embargo de esta medida cautelar es muy gravoso, y que aventura que la Administración Concursal le prepara una sección de calificación especialmente peligrosa para los intereses patrimoniales de sus representantes, propone un convenio, sin que estuviese en

⁵ En este sentido, vid. *Título VI.- De la calificación en el concurso. Capítulo 23, 1.3 “Apertura de la Liquidación” del Tratado judicial de la insolvencia.* MUÑOZ PAREDES, Alfonso

⁶ A este respecto, vid. *La reforma de la Ley Concursal.* OLIVENCIA. Manuel; Revista de Derecho Mercantil 285/2012

⁷ La redacción dada por el proyecto de Ley era “*Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio anticipado en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido*” vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados. IX Legislatura Serie A. 1 de abril de 2011. Núm. 119-1. (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_119-01.PDF)

su interés inicial, pero a la vista de las circunstancias lo propone, e intenta que este convenio no abra la sección sexta, es decir, se cumpla⁸.

Lo que decía el art. 163 de la antigua ley era que si proponían un convenio con una espera de 3 años y una quita de un tercio, no se abría, con lo cual vía embargo del art. 48.ter se conseguía que el deudor propusiese un convenio no gravoso, porque trataba de evitar la sección de calificación.

Sin embargo si hubiese salido adelante la redacción del proyecto que decía que sólo el convenio no gravoso y que además fuere anticipado evitaba la apertura de la sección sexta, desterraba en estos supuestos, como el ejemplo reseñado, cualquier incentivo para proponer un convenio no gravoso, dado que ya no podía ser anticipado, sino ordinario. Advertido esto, el legislador, en los últimos días de tramitación, suprimió el adjetivo calificativo “anticipado”, que sin embargo sí puede leerse aún en el preámbulo de la Ley 38/2011.

La Ley 38/2011 no sólo cambia la ubicación sistemática de la apertura de la sección sexta, (antes en el art. 163 ahora en el art. 167), sino también opta por anteponer una negación, diciendo ahora que *“no procederá la formación de la sección de calificación del concurso 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 inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido”*, luego con el “no” delante cambia totalmente el sentido de la frase y un convenio con una quita del 30% y una espera de 10 años que antes siempre abriría sección de calificación, ahora, al ponerle el “no”, lo que prima es la benignidad de uno de los dos factores (quita o espera), y por lo tanto en este supuesto no se abriría la sección sexta, pese a que la espera sea muy gravosa.

Si bien hay quien dice que podría hacerse una interpretación correctora, ahondando en el espíritu del legislador y que aún podemos observar como subyace en el preámbulo de la Ley Concursal⁹, considero que no puede obviarse que estamos ante una materia de carácter

⁸“Comentarios a la legislación concursal” ALCOCER GARAU, Guillermo; pág. 1409: Los concursos con liquidación *“son los más graves para los administradores de la sociedad concursada, ya que en los mismos se abre la sección de calificación en la cual, si el concurso es culpable, no sólo se verán inhabilitados, sino que pueden asumir el déficit concursal. Por tanto parece claro que los administradores tienen en esta norma un fortísimo incentivo para que las sociedades concursadas alcancen un convenio con sus acreedores.”*

⁹ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Córdoba de 30 septiembre de 2013 defiende que hay que superar la interpretación literal del precepto y concluye que *“pese a la modificación del texto (con una redacción en sentido*

claramente sancionador, aunque sea sanción civil, y aunque no sean aplicables plenamente los principios del derecho penal o del derecho sancionador administrativo, las interpretaciones amplias o extensivas deben ser rechazadas, en beneficio de una interpretación estricta.

c) **Apertura de la calificación en los supuestos de incumplimiento de convenio.**

En estos casos el art. 167.2 LC dice que: *En caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar:*

1. ° Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

2. ° En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este capítulo que le sean de aplicación.

Esta es una norma de ordenación procesal. En estos casos existe una sección de calificación ya cerrada, bien sea por auto de archivo o por sentencia de calificación fortuita o culpable en cuyo caso hay que abrir nuevamente la sección sexta incorporando las actuaciones anteriores. O bien existe una sección de calificación en tramitación, para lo cual se abrirá una nueva pieza dentro de la calificación, que se referirá al incumplimiento del convenio

A parte de ello, existen dos cuestiones importantes,

i) La limitación al ámbito de cognición del Juez Mercantil

En la práctica hay muchos convenios incumplidos, y el 167.2 habla de reapertura de la liquidación **tras el incumplimiento del convenio**. Esto plantea la duda de si la Ley habla en

negativo frente al espíritu afirmativo del texto anterior) no existe una modificación del sistema previo. Véase en este sentido que pese a tratarse de una cuestión de especial trascendencia no se contiene ninguna referencia en la Exposición de Motivos de la reforma de 2011 y en cambio a una simple Disposición Final (en materia de sociedades deportivas) dedica un 25 % de la extensión del preámbulo de la reforma"

un sentido técnico estricto o en un sentido jurídico “vulgar”. Es decir, si se refiere a la vía procesal del incumplimiento estricto, o a cualquiera de ellas, dado que cuando se aprueba un convenio los medios para acabar de forma sobrevenida en liquidación son varios¹⁰:

- **A iniciativa del deudor concursado** por el art. 142.2.1 LC, cuando éste conozca durante la vigencia del convenio la imposibilidad de pagar en los términos convenidos, mediante una declaración confesoria, lo pondrá de manifiesto solicitando la apertura de la liquidación y el Juez dictará un auto abriendo dicha fase de liquidación sin más traslado.
- **A iniciativa de los acreedores**, art. 142.2.2 LC, no es una situación de incumplimiento de convenio propiamente dicho, sino de renacimiento de la situación de insolvencia, una “reinsolvencia” que puede ser denunciada por cualquier acreedor en similares términos que el concurso necesario (*el propio precepto remite al art. 15 y al art. 19*). En ese caso se convoca a vista y el Juez resuelve de forma similar al concurso necesario.
- **Según el art. 140 LC** por incumplimiento del convenio propiamente dicho, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte puede denunciarlo. Se le da el trámite del incidente concursal y el Juez si estima incumplido el convenio lo declara por sentencia. No se abre de forma automática con la denuncia (como en los casos anteriores) la fase de liquidación, hay que esperar hasta la firmeza de la sentencia.

Es importante que el acreedor determine correctamente la vía a utilizar, dado que en la del art. 140, en el lapso temporal entre la declaración de incumplimiento por sentencia, la firmeza y la posterior apertura de la liquidación, puede haber un supuesto de ocultamiento o abaratamiento de los bienes, ya que no hay control judicial y la Administración Concursal todavía no ha sido repuesta en su lugar.

A parte de la diferencia entre la rapidez de la apertura de liquidación, hay un problema también de legitimación. El 142 habla de cualquier acreedor, sin distinción, mientras que el 140 habla del acreedor que estime incumplido el convenio “en lo que le afecte”, que si lo conectamos con el ámbito subjetivo de afectación del convenio, (art. 134), nos encontramos que sólo pueden denunciarlo por la vía del art. 140 acreedores ordinarios, acreedores subordinados, y aquellos privilegiados que hayan aceptado la degradación de su crédito pero no los acreedores con créditos contra la masa ni los créditos privilegiados que hayan hecho

¹⁰ Sobre el incumplimiento de convenio y las formas de denuncia vid. *Tratado judicial de...*, cit. p. 630 a 632.

uso de su derecho de abstención¹¹, mientras que en el art. 142 la legitimación es más amplia, cualquier acreedor puede hacer uso de esta vía.

Expuestas las vías procesales, en cuanto a la dilación temporal entre ambas y la legitimación, hay que señalar la diferencia en el ámbito de cognición del Juez, que también es distinto. En el caso del art. 142.2.2 el Juez vuelve a hacer el trámite del concurso necesario, y lo que analiza no es si se está cumpliendo el convenio, si no si hay una nueva situación de insolvencia (*puede haberse aprobado un convenio y estar cumpliéndolo de forma estricta, pero sin embargo no tener liquidez suficiente para pagar crédito masa, para pagar privilegios o los nuevos créditos posteriores al convenio*). El Juez no entra aquí a valorar si se está cumpliendo o no el convenio, lo que valora es si existe una “reinsolvencia”.

Sin embargo en el caso del art. 140, la sentencia del Juez sí declararía incumplido el convenio, porque eso es lo que se solicita, y ha de ser congruente en la sentencia.

ii) La limitación del ámbito objetivo del informe de la Administración Concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal o de los escritos de alegaciones de los interesados.

Vistos los dos mecanismos procesales que pueden conducir de forma sobrevenida a la apertura de una liquidación, es necesario ver como se interpretan los arts. 167.2 y 169.3 que parecen restringir el ámbito de apreciación de las causas de culpabilidad del concurso que pueden apreciar la Administración Concursal, el Ministerio Fiscal y los terceros, a aquellas conductas que tengan relación de causa efecto con el incumplimiento del convenio.

La situación es la siguiente: se abre la liquidación (sección quinta) de forma sobrevenida, por incumplimiento del convenio, y por lo tanto hay que abrir de forma inmediata una sección sexta o hacer una pieza separada si la sección sexta estaba aún en tramitación, y la duda que se plantea es ¿se podría acusar por todas las conductas del 164.1 (cláusula general) del 164.2

¹¹Sobre la legitimación ex. art. 140 LC. vid. *Ley Concursal comentada, Comentario art. 140*. ROJO, Ángel: “...la condición de acreedor concursal no es condición suficiente (...) en un convenio de espera a cinco años, si el deudor hubiera incumplido la obligación de pagar a los acreedores ordinarios el segundo plazo de espera, los acreedores subordinados no pueden solicitar la declaración judicial de incumplimiento, ya que respecto de ellos los plazos de espera se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios (art. 134.1-II, inciso primero). En este ejemplo, los acreedores ordinarios insatisfechos pueden ejercitar la acción en la medida en que ya han resultado afectados por el incumplimiento; pero los acreedores subordinados, al no haber sufrido todavía las consecuencias del incumplimiento, no pueden ejercitar esa acción”.

(presunciones iuris et de iure) y del 165 (presunciones iuris tantum) o tenemos que ir sólo por la vía del 164.2.3º (incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado)?¹²

En el 169.3 LC se puede ver que “*en los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167 [apertura de la sección sexta por incumplimiento de convenio], el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable*”. Parece que no serían aplicables todas las presunciones de culpabilidad del 164.2 LC ni las presunciones de dolo o culpa grave del art 165 LC. No obstante, puede argumentarse que de todas formas, el art. 164.2.3º LC ya contempla una presunción iuris et de iure para el caso de apertura de sección 5ª debido a un incumplimiento culpable y es la que debe utilizarse.

Pues bien, en esta cuestión hubo dos sentencias que trataron el tema inicialmente y que seguían criterios claramente diferenciados, una de 18 de julio de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas¹³, determinaba en una extensa sentencia, que no se podía conocer más allá del ámbito del 164.2.3º y otra del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 29 de julio de 2011¹⁴, que defendió que en este supuesto de apertura sobrevenida de la sección sexta, el Juez puede conocer y utilizar todas las causas y presunciones, por lo que no se aplicaría sólo el 164.2.3º sino también los arts. 164, y 165 en toda su extensión, con una única salvedad, y es que, como es lógico, lo que ya se haya enjuiciado en la primera sección de calificación en los casos en los que ya se ha terminado la tramitación y finalizó por auto de archivo o sentencia declarando el concurso fortuito, no se podía volver a enjuiciar por ser objeto de preclusión en caso de las alegaciones (no pudiendo esgrimirse motivos de oposición que no hubiesen sido alegados con anterioridad) así como por ser cosa juzgada.

¹² En este sentido vid. *La calificación por incumplimiento sobrevenido del convenio concursal especialmente gravoso*. GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto; que refiere que “*se trata de meras normas de ordenación procesal, carentes de sentido sustantivo, que no pueden ser empleadas para defender que esta pieza de calificación, posterior al fracaso de un convenio gravoso, sólo puede tener como contenido la presunción de culpabilidad del artículo 164.2.3ª de la LC (incumplimiento del convenio por causa imputable al deudor), o lo que es lo mismo, que no puede articularse una pretensión de culpabilidad por las demás causas de los artículos 164 y 165 (generación o agravación de la insolvencia, irregularidades contables, retraso culpable en pedir la liquidación, etc.)*”.

¹³ Sentencia 136/2011 (Roj: SJM GC 92/2011 Id Cendoj: 35016470012011100006)

¹⁴ Sentencia 151/2011 (Roj: SJM 97/2011 Id Cendoj: 33044470012011100002)

Ambas fueron recurridas. En la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria se llega a la conclusión, en su sentencia de 24 de julio de 2013¹⁵, de que en los supuestos del 142.2.párrafo 1º o del 142.2 párrafo 2º (*declaración confesoria del liquidador o renacimiento de la situación de insolvencia*) podrían apreciarse la plenitud de causas de culpabilidad (tanto las del 164.1, 164.2 y 165) pero en el supuesto de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio denunciado por la vía del art. 140 sólo entraría en juego la causa de culpabilidad del 165.2.3º (*incumplimiento culpable imputable al deudor concursado*) aplicándose la limitación de los arts. 168.2 y 169.3º en este caso, enjuiciándose exclusivamente aquellas conductas vinculadas causalmente con el incumplimiento del convenio, es decir, un alzamiento de bienes podría tener relación causa efecto, pero el incumplimiento de obligaciones contables, no.

En la Audiencia Provincial de Asturias, por el contrario, en una sentencia de 12 de marzo de 2013¹⁶, que confirma la anterior del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, se entiende que tanto en los supuestos del 140 como los del 142 (es decir, independientemente de cuál sea la vía por la que se ha llegado a la liquidación) operan en toda su extensión todas las presunciones del art. 164 y 165¹⁷. El asunto está pendiente de resolución de la casación ante el Tribunal Supremo.

4. Los sujetos intervinientes en la sección sexta.

Tras examinar la tramitación de la sección sexta hay que examinar el concreto problema de la legitimación de los sujetos que intervienen en la sección de calificación.

Habida cuenta de que el procedimiento concursal no se basa en el presupuesto clásico de dualidad de partes del proceso civil, donde el esquema habitual es el de una parte actora que ejercita una pretensión frente a otra parte demandada (independientemente de la pluralidad de

¹⁵ Sentencia 265/2013 (Roj: SAP GC 1360/2013 Id Cendoj: 35016370042013100261)

¹⁶ Sentencia 68/2013 (Roj: SAP O 896/2013 Id Cendoj: 33044370012013100078)

¹⁷ En este mismo sentido de la plenitud de causas de culpabilidad, vid. “*La calificación por incumplimiento...*” cit., p. 145. GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto; donde considera que “*en tales casos, en esta segunda pieza de calificación es posible y deseable que las causas de culpabilidad que prevé la Ley Concursal en sus artículos 164 y 165 sean esgrimibles, pues en caso contrario se hará de peor condición al acreedor que votó a favor de un convenio gravoso que al que apoyó un convenio que exigía menos sacrificios*”

sujetos que formen cada una de las partes), sino que en el concurso de acreedores se lleva a cabo una especie de procedimiento con pluralidad de partes que se inicia, no necesariamente por el acreedor, sino también a **solicitud** de quien, posteriormente, ocupará la legitimación pasiva, el deudor¹⁸, cabe entonces preguntarse por el papel que desempeña cada uno de ellos, específicamente en la sección de calificación, tanto la Administración Concursal con su rol de colaborador judicial, la pluralidad de acreedores de la concursada, la introducción en la pieza sexta del Ministerio Fiscal como defensor del interés público en el mantenimiento de un ordenado tráfico mercantil, y el deudor, que por razones obvias, en la sección de calificación, no tiene el papel de promover una calificación culpable del mismo.

A) LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y CARACTERÍSTICAS DE SU INFORME.

La Administración Concursal es el primer legitimado para promover una calificación del concurso como culpable. El art. 169 dice que debe realizar un informe razonado y documentado. En la práctica debe entenderse similar a una demanda, el vehículo de pretensiones en un plenario, que es la pieza sexta de calificación. Ha de constar de un relato fáctico y unos fundamentos de Derecho, centrándose en los aspectos jurídicos más relevantes, como son las conductas y su consecuencia jurídica, así como las personas afectadas por la calificación.

En el informe se ha de realizar una proposición de prueba, el razonamiento debe ser como una demanda, y por lo tanto la prueba documental tiene que presentarse también junto con ella.

Según el art. 167 LC una extensa documental ya debe añadirse desde el comienzo de la formación de la sección sexta *“la sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la*

¹⁸ En comparación del Concurso con la ejecución singular de la LEC vid. *“Cuestiones procesales en Derecho Concursal”* GARCÍA ARRUFAT, Enrique: “Tanto la ejecución singular (art.517 LEC) como la concursal (art. 3 L.C.) se inician a instancia de parte. En el proceso de ejecución singular, normalmente es el acreedor quien la insta aunque también es posible que la inste quien aparece en la sentencia como deudor condenado (STS de 15.2.1989 R.J.968).En el concurso, tanto el acreedor como el deudor pueden instar el concurso (art. 22.1. L.C.) y asimismo el órgano de administración y los socios responsables de las deudas sociales (art.3 L.C.), pero en ningún caso puede el juez declarar el concurso de oficio, aunque tenga conocimiento de la situación de insolvencia del deudor”.

administración”. Pero este acopio documental ha de completarse, porque ni la solicitud de concurso contendrá conductas sancionables, ni el auto de declaración de concurso, ni el informe del art. 75 L.C. de la Administración Concursal, que si bien puede haber adelantado ciertos aspectos de cara a las acciones de reintegración, no tiene por objeto esta función. Si la documentación obra en el concurso el Tribunal Supremo entiende¹⁹ que no hay que volver a aportarla, bastando la mera acotación como en el artículo 265 LEC.

En principio, rigen las normas de la LEC respecto a la prueba y su preclusión, de los arts. 265.3 y 270 LEC:

265.3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.

270. Artículo 270 Presentación de documentos en momento no inicial del proceso

1. El tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes:

1. ° Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2.° Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3. ° No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4. ° del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley.

2. Cuando un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, se presentase una vez precluidos los actos a que se refiere el apartado anterior, las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en

¹⁹Sentencia de pleno de 22 de abril de 2010 (RCIP 76/2009), Ponente D. Jesús Corbal Fernández *Informe de los administradores concursales: documentación; no se requiere la aportación física de documentos que obren en otras secciones del concurso. Inclusión tácita en el Informe entre las causas de culpabilidad de la del art. 164.1 de la LC.*

ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior. El tribunal resolverá en el acto y, si apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de 180 a 1.200 euros.

Es decir, documentos de nueva noticia se pueden aportar, así como resoluciones judiciales o administrativas posteriores por la vía del art. 271 LEC, pero si son hechos o documentación cuya relevancia surge de los escritos de oposición se aplicaría analógicamente el 265.3.

La documental en definitiva tiene carácter preclusivo con el informe de la Administración concursal salvo las excepciones que prevé la LEC. Así mismo la pericial debe acompañarse o anunciarse con el informe de la Administración Concursal, tal y como establece la LEC en el caso de querer aportarlo.

Hay que tener en cuenta que el art. 172 LC obliga al Juez a motivar porqué ha llegado a tal conclusión en caso de que se condene a un Administrador de hecho, por lo que para el caso de que se pretenda derivar la responsabilidad a un Administrador de hecho, hay que tener una prueba indiciaria clara, directa y continuada de que se ejercen las funciones de administración pero sin serlo. Los casos prototípicos son los Administradores cesados, o con nombramiento o cese no inscrito, apoderados generales, socio único... sin embargo debe quedar bien probada la administración en la sombra, y no la simple presencia de un socio único, o de una representación aparente, que no será suficiente.

Uno de los supuestos clásicos de administración de hecho se ha incluido en la Ley 38/2011 a continuación de la exposición de personas afectadas (art. 172), como es el apoderado general²⁰, y salvo que se quiera entender que cuando el legislador lo cita, con posterioridad al administrador de hecho, se está repitiendo, habrá de entenderse que se refiere al apoderado general, que aun no siendo administrador de hecho puede tener alguna conducta sancionable como culpable.

Tanto en el administrador de hecho, como en el apoderado general, hay que resaltar la problemática de que no les serán imputables las conductas del art. 164 y 165, ya que es muy

²⁰En este sentido vid. *La calificación del Concurso en la Reforma de la Ley Concursal*. GALLEGO, Esperanza; “El estatuto jurídico-societario permite atribuirles un poder de gestión similar al de los consejeros delegados. En particular, pueden desempeñar, igual que éstos, las funciones incluidas en la gestión ordinaria de la empresa que constituye el objeto social. Lo hacen en su condición de apoderados generales de derecho, no como administradores de hecho. De ahí que la anterior previsión, en la que únicamente se mencionaba a los administradores de hecho, no resultara suficiente para imputar a los apoderados generales de derecho”.

discutido si es imputable al administrador de hecho conductas que orgánicamente sólo corresponden al Administrador de derecho, por ejemplo el deber de convocar una Junta, no obstante la Audiencia Provincial de Madrid²¹ mantiene una postura contraria, argumentando que el verdadero administrador de hecho, si bien no puede convocar una Junta formalmente, puede obligar a convocarla al administrador de derecho, ya que de no entenderlo así se le daría mejor trato que al administrador que sí inscribe su cargo. Esta interpretación no está exenta de polémica, dado que el ámbito de la sección de calificación es un ámbito sancionador, aunque sea sanción civil²². El Tribunal Supremo no se ha pronunciado para el caso de petición tardía del concurso, pero sí en ámbitos similares como en la responsabilidad solidaria de Administradores del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital entendiendo que no le son imputables al administrador de hecho conductas que orgánica y legalmente corresponden al administrador de derecho²³.

En el caso de que el administrador de hecho sea una sociedad, la duda se plantea en si se imputarían las conductas al administrador de dicha sociedad o a la sociedad como persona jurídica. Una posible solución sería discernir de si pueden atribuirse las conductas a los designios de la Junta General, con lo cual se haría responsable a la sociedad, o al

²¹ Sentencia 61/2013 (Roj: SAP M 10055/2013 Id Cendoj: 28079370282013100163)“*En realidad, debe tenerse en cuenta que siempre estará en manos del administrador de hecho, real administrador de la sociedad, excitar el celo del administrador de derecho, cuando lo haya, para el cumplimiento de sus deberes o, en último término, instar la convocatoria judicial de la junta. Además, no parece razonable que el **administrador de hecho**, por serlo, mantenga una mejor posición que el de derecho, liberándose de este tipo de responsabilidad, precisamente, por mantenerse en la sombra o sin regularizar su nombramiento*”.

²² En este sentido, vid. “*La responsabilidad civil del...*” VERDÚ CAÑETE, María José. cit. p. 135 y 136 tras haber realizado un examen del Derecho comparado examina la cuestión en nuestro ordenamiento y concluye que no pueden aplicarse las responsabilidades concursales por deberes propiamente reservados al administrador de derecho.

²³ Sentencia 174/2013 (Roj: SJM M 320/2013 Id Cendoj: 28079470032013100002) del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid repasa la jurisprudencia al respecto de otras responsabilidades: “*Para otros ámbitos, como el de una acción social de responsabilidad, la jurisprudencia ha declarado que, «aunque no cabe descartar la posible **coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho -singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho (sentencias 261/2007, de 14 marzo [sobre uso fraudulento del poder para derivar responsabilidad a personas insolventes], 55/2008, de 8 de febrero [sobre administrador formal]), ya que, como afirman las sentencias 509/1999, de 7 de junio, y 222/2004, de 22 de marzo, "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad". Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho -la presentación de unas cuentas cuya formulación está reservada al administrador de derecho y su aprobación a la junta general, cuya regular convocatoria también reserva la norma a este» (STS 1ª 721/2012, 4.12)***”

administrador en su gestión, con lo cual se haría responsable al administrador persona física de la sociedad dominante²⁴.

B) LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y CARACTERÍSTICAS DE SU DICTAMEN.

La segunda es la legitimación del Ministerio Fiscal, en la práctica en un gran número de veces se limita a reproducir los argumentos de la Administración Concursal, que es quien en los casos más habituales ha tenido conocimiento de primera mano de los hechos.

Respecto al Ministerio Fiscal, la Ley habla de “dictamen” del mismo. Se trata no obstante de una suerte de demanda, en términos similares a los del informe de la Administración Concursal. En la Ley Concursal no está muy claro el carácter del dictamen, pero utilizando las categorías comunes del Ministerio Fiscal en otros procedimientos encontramos dos roles distintos:

- Ministerio Fiscal como parte dictaminante, no adquiere el estatus de parte (por ejemplo en cuestiones de competencia territorial u objetiva).
- Ministerio Fiscal como parte en sentido formal.

En este caso, pese a la denominación de “dictamen” utilizada por la Ley Concursal, hay consenso sobre su consideración de parte, dado que puede meramente dictaminar de acuerdo con la Administración Concursal, pero también oponerse y plantear cuestiones distintas, en un papel similar al de la propia Administración Concursal. La actuación del Ministerio Fiscal pasa a determinar el objeto de la calificación, que previamente haya establecido la Administración Concursal.

²⁴ Esta solución es la propuesta por GARCÍA CRUCES, José Antonio; que diferencia el supuesto de que la sociedad administradora tome sus decisiones ajustándose a la competencia y el procedimiento que marca la legislación societaria, en cuyo caso es evidente que es la sociedad la que debe ser considerada administradora, y el supuesto de que las decisiones sobre la sociedad administrada sean adoptadas por el representante al margen de esos procedimientos y reglas, en cuyo caso la condición de administrador de hecho le corresponde a éste. Vid. *Administradores sociales y administradores de hecho*, Estudios de Derecho Mercantil en Memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, ed. Civitas, Madrid, 2010, pp. 527-561.

C) LEGITIMACIÓN DEL ACREEDOR Y SU PROBLEMÁTICA

a) Planteamiento de la problemática y antecedentes normativos recientes.

Como adelantaba en la exposición de los antecedentes históricos, los acreedores tradicionalmente contaban con una legitimación plena para acusar y recurrir, siendo su litigio eso sí, siempre a sus expensas, debiendo sufragar siempre sus costas judiciales.

Si nos centramos en la LC en su redacción de julio de 2003, podemos observar tres preceptos de importancia:

- El primero, el art. **168.1 LC** dice que *“dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio, o en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*. De momento parece claro que se configura un trámite de alegaciones, como mínimo.
- Si seguimos leyendo, el art. **170 LC**, tras regular el informe y el dictamen, establece una consecuencia jurídica para una determinada calificación del concurso, coincidente, pero refiriéndose exclusivamente al Ministerio Fiscal y la Administración Concursal, en estos casos el concurso se archivará (ni siquiera se declara fortuito), sin hacer referencia a los acreedores: *Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.*
- Por último el art. **172.4 LC** dice que aquellos que hubiesen participado en el anterior trámite alegatorio podrán interponer recurso de apelación: *“quienes hubiesen sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación”*.

Estos tres artículos son la estructura básica que se presenta en la redacción de la Ley Concursal en 2003, y que permanecieron hasta el año 2009, cuando el RD Ley 3/2009 de medidas urgentes de 27 de marzo realiza una primera reforma en la que se tocan algunas cuestiones de la sección sexta. La exposición de motivos de esta ley hace referencia las pretensiones de la norma, las cuales son, entre otras, “*agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación...*”. No obstante, en la sección sexta el único cambio que se produce opera en el art. 168.1, (permaneciendo inalterados tanto el 170.1 como el 172.4), y que ahora incluye que los acreedores y las personas que acrediten un interés legítimo podrán personarse “**y ser parte**”. Cambio que en principio podría pasar inadvertido, pero que hizo cobrar fuerza a un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia, que consideraba un paso sustancial en orden a considerar parte plena a los acreedores, tal y como son la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal.

La última reforma de la LC en relación a la sección sexta vino en el año 2011, de mano de la Ley 38/2011, que en relación con estos preceptos, y sabiendo la controversia que la anterior reforma había suscitado, deja inalterados los tres preceptos examinados. Añade otras circunstancias, que bien podrían ayudar a la interpretación de estos tres artículos, pero que no solucionan la discusión, la primera de ellas, en el art. 179.3, para el caso de reapertura en el año siguiente a la conclusión del concurso por el art. 176.bis cualquier acreedor podrá “*aportar por escrito hechos relevantes que pudieran concluir a la calificación del concurso como culpable salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido*”. Aquí parece que se reconduce una vez más la intervención de los acreedores a poder reiniciar la sección de calificación que en su día no se tramitó exclusivamente a una fase alegatoria, pero en todo caso no es concluyente. De igual forma en el art. 172.bis hay un par de pronunciamientos nuevos que podrían arrojar luz, estableciendo primero de forma expresa quiénes tienen legitimación para solicitar la ejecución de la condena a la cobertura del déficit estableciendo primeramente la legitimación de la Administración Concursal, y articulando así mismo una especie de solución subsidiaria similar al de las acciones de reintegración en el que “*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 hiciera dentro del mes siguiente al requerimiento*”, una suerte de legitimación “por sustitución” que vuelve a inclinar la balanza para el lado de considerar como parte a los acreedores.

En la actual Ley Concursal, en primer lugar hay un plazo de personación de 10 días de los interesados, para que se conozca este plazo de personación de interesados, que pueden permanecer ajenos al resto de la tramitación concursal, acudiendo sólo a la sección sexta, lo que se hace es que el auto o la resolución por la que se abre la liquidación se publica en el BOE, para que los interesados se personen si quieren en la sección de calificación en los términos del art. 168 y asistidos de letrado y representados por procurador (art.184.2 LC) para que aleguen lo que estimen relevante para la calificación del concurso como culpable.

Una vez precluído el plazo de personación efectuando alegaciones, hay un plazo de 15 días para el informe de la Administración Concursal y a continuación dictamen del Ministerio Fiscal, cumpliéndose así todas las posibilidades de personación.

A partir de este marco Juzgados y Audiencias Provinciales han ido interpretando las facultades que corresponden al acreedor en la sección de calificación con distintos argumentos.

b) Argumentos a favor de las plenas facultades de actuación procesal de los acreedores:

La conclusión que se extrae del 168 es que los terceros pueden personarse y alegar aquello en lo que creen que debe fundarse la calificación como culpable. En 2009, introducida en el art. 168 la modificación que añade a la palabra personarse la coletilla “y *ser parte*”, da a entender a muchos que la posición del tercero es muy distinta tras el 31 de marzo de 2009, reconociéndole una capacidad en esta materia como parte procesal, pudiendo incluso sostener la pretensión acusatoria en solitario y, de igual forma, puede recurrir con plena autonomía.

Para salvar el inconveniente alegado por los detractores de esta postura, que aluden a que el art. 170.1 LC continúa diciendo que si la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal calificasen el concurso como fortuito se archivará mediante auto sin más trámites, cosa que parece entrar en contradicción con una posible actuación autónoma de los acreedores, la tesis de la capacidad para ser parte, interpreta que este 170.1 LC respecto del archivo, se refiere al caso de que no haya un tercero que mantenga la pretensión acusatoria²⁵, dado que en caso contrario sería inconstitucional. Esta posición no obstante sigue siendo minoritaria entre los

²⁵ En este sentido, vid. *Tratado judicial de la insolvencia* MUÑOZ PAREDES, Alfonso pág.668 “Para salvar el obstáculo del art. 170 (...) postula una interpretación correctora considerando que el art. 170 “contempla el caso en que no hay acreedores personados”

Juzgados de lo Mercantil. En Asturias, la Audiencia Provincial aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, pero se pueden encontrar sentencias favorables a esta interpretación en la Audiencia Provincial de Alicante, mencionadas al final del presente epígrafe.

El Tribunal Supremo en dos sentencias, de 13 de septiembre²⁶ y 30 de octubre de 2012²⁷, entendió que la Tesorería General de la Seguridad Social podía interponer un recurso de apelación, lo que sólo podría hacer siendo parte en la sección de calificación tal y como dice el art. 172 bis.4, y parece reforzar esta teoría minoritaria.

Podemos citar también una sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de febrero de 2012²⁸, en la que en unos autos que habían llegado al Tribunal como consecuencia de haber restringido la legitimación de estos terceros, otorga amparo a los recurrentes. No obstante, al estar este supuesto también un estadio inicial de la pieza sexta, no se puede determinar tampoco si esos terceros iban a ser meros acompañantes o no de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, dejando la cuestión de fondo aún sin resolver expresamente, pudiendo defenderse tanto la teoría del acreedor como parte en el proceso, o el acreedor como interviniente quedando claro no obstante, que en ningún caso podría negarse una de las dos legitimaciones al acreedor que quiera actuar en solitario.

En defensa de una intervención de parte se encuentran sentencias como: SJM 1 de Alicante de 11 de marzo 2011²⁹, 1 de septiembre de 2010³⁰, y SAP Alicante Sección 8ª 20 de diciembre de 2012³¹, así como la defensa realizada en el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, que llegó a plantear la cuestión de inconstitucionalidad³² en este asunto, que fue desestimada por un motivo formal, perdiéndose una ocasión de oro para solucionar esta controversia.

²⁶ Sentencia 534/2012 (Roj: STS 7265/2012 Id. Cendoj: 28079119912012100016)

²⁷ Sentencia 627/2012 (Roj: STS 7265/2012 Id Cendoj: 28079110012012100645)

²⁸ Sentencia 15/2012 (Recurso de amparo 3313/2007, B.O.E. nº 61 – 12/03/2012)

²⁹ Sentencia 96/2011 (Roj: SJM A 35/2011 Id Cendoj: 03014470012011100005)

³⁰ Sentencia 403/2010 (Roj: SJM 134/2010 Id Cendoj: 03014470012010100026)

³¹ Sentencia 533/2012 (Roj: SAP A 4109/2012 Id Cendoj: 03014370082012100537)

³² Auto 24/2013 del Pleno del Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad 3545-2012) “el Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, planteó recurso de reposición por considerar insuficiente la providencia por la que se le había dado audiencia, al no especificar el precepto constitucional que se considera infringido ni en qué medida la decisión del proceso dependía de la validez de la norma en cuestión (...)Aun cuando el defecto procesal señalado pudiera ser obviado al no haber impedido a las partes identificar la duda de constitucionalidad, conclusión distinta debemos extraer en relación al cumplimiento del deber de dar el traslado para alegaciones a la totalidad de las partes del proceso. Se advierte, de la lectura de las actuaciones que acompañan al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que no todas las partes personadas han tenido la oportunidad de exponer su criterio sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad”

c) Argumentos a favor de las facultades procesales limitadas por imperativo legal

Esta postura, que defiende que el acreedor tiene legitimación para ser parte, pero cercenada por voluntad del legislador, se apoyan en las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo (*vid. notas 25 y 26*), y ello porque la Tesorería, en esos casos, recurría con las mismas pruebas y argumentos que el Ministerio Fiscal y la Administración Concursal, por lo que se confirmaría este criterio³³, defendido por la Audiencia Provincial de Pontevedra que encuadra al tercero en una suerte de “coadyuvante o interviniente”³⁴, es decir, que el acreedor puede intervenir, ir a la vista, incluso recurrir en solitario, pero sólo en los términos de los argumentos esgrimidos previamente por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal.

Del mismo modo, en defensa de una intervención “intermedia” se dan los siguientes argumentos:

- El acreedor no deduce pretensiones, tal como podría defenderse que podrían hacer la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal, y ello es así por decisión del legislador.
- No son titulares de un derecho subjetivo a la calificación culpable del concurso, algo que es exclusivo de la masa concursal (representada por la Administración Concursal) o del interés público (que ejercita el Ministerio Fiscal).
- Tienen una posición parcial o *secundum quid*: no caben posiciones procesales autónomas, que no es un invento de la Ley Concursal, sino que es una modalidad específica de intervención reflejada en el art. 13 LEC.
- Las partes no siempre ejercen derechos plenos, existen procesos en el que el alcance del ejercicio de la proposición de prueba, oposición, etc. en los que las partes pueden

³³ Vid. “*Aspectos procesales del...*” *cit.*, p.5 NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto: “En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo con meridiana claridad concluye que los márgenes de actuación que se confiere a los acreedores en la sección de calificación vienen a ser una modalidad de intervención en el proceso diferente a la configurada por las reglas generales del artículo 13 LEC (“Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados”), que se justifica por las peculiaridades inherentes al proceso concursal, el cual se caracteriza por la afectación de una pluralidad de personas (cientos e incluso miles de implicados) y en el que prevalece la defensa del interés conjunto sobre el interés particular de cada interesado. Ello explica que la iniciativa para plantear las pretensiones calificadoras e instar las consecuencias anudadas a ello deba someterse al criterio objetivo de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, quedando excluida la posibilidad de emprender estrategias individuales al respecto”

³⁴ En este sentido *vid.* “*La pretensión de calificación en el concurso de acreedores*” –GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Nicolás; “...la Ley no les atribuye la titularidad de la pretensión de calificación, por lo que su participación constituye una intervención adhesiva simple: no son partes principales sino coadyuvantes (...) como cualquier coadyuvante los acreedores y demás interesados tienen derecho a cuantos fundamentos estimen oportunos para el éxito de la pretensión, pero no pueden formularla ni mantenerla por sí mismos”.

ver cercenada su intervención por decisión del legislador, como en el presente caso, en el que los acreedores pueden realizar alegaciones de culpabilidad, pueden proponer prueba si se señala vista, pueden recurrir la sentencia de calificación, incluso en solitario, pero con una limitación: siempre con los argumentos previamente esgrimidos por la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal³⁵.

En esta línea se pueden citar entre otras las SAP Pontevedra 23 de julio de 2012³⁶, 23 de diciembre de 2010³⁷, 4 de octubre de 2010, SAP Valencia 1 de marzo de 2012³⁸, 14 de diciembre de 2011³⁹, SAP Castellón 18 de junio de 2010⁴⁰, SAP Madrid 9 de marzo 2012⁴¹.

d) Argumentos a favor de la falta de facultades procesales

Primeramente con la Ley 2003, la tesis mayoritaria era esta, sumamente restrictiva, negando incluso la legitimación a los acreedores para recurrir la sentencia de calificación (a pesar de que el art. 172.4 desde el principio establecía que todas las partes personadas podían recurrir la misma), entre otras SAP Coruña 3 de junio de 2010⁴², SAP Guipúzcoa 6 de marzo de 2009⁴³ o SAP Barcelona 12 septiembre de 2008⁴⁴, que entendían que la intervención adhesiva del art. 193 (*cualquier parte interesada puede comparecer en apoyo de las tesis de las partes demandante o demandada que le sean beneficiosas*) era aplicable, de igual forma que en aplicación del principio de especialidad sólo aquellas partes que afrontan el proceso como parte plena pueden recurrir la sentencia y de igual forma dado que la legitimación originaria

³⁵ En contra de esta consideración vid. *Tratado judicial de la insolvencia* MUÑOZ PAREDES, Alfonso; pág. 670 “La SAP de Pontevedra citada afirma que el ordenamiento configura en ocasiones la legitimación o cualidad de parte de forma restringida, citando como ejemplo el proceso cambiario, la ejecución hipotecaria o el juicio verbal para la efectividad de derechos reales inscritos. Ocurre sin embargo que en estos casos lo que se limita no es la legitimación activa o la condición de parte, sino los medios de oposición, lo que obedece tanto a la naturaleza de los procedimientos (...) como a la apariencia de validez del título cambiario o ejecutivo y a la presunción de legalidad y exactitud de la inscripción en que unos y otros se fundamentan. Ninguna de estas circunstancias concurren en la calificación concursal que, a pesar del escalonamiento en las posiciones de demandante y demandado, es un proceso plenario que responde al esquema declarativo típico: demanda(s) – contestación(es)-vista.”

³⁶ Sentencia 413/2012 (Roj: SAP PO 2055/2012 Id Cendoj: 36038370012012100422)

³⁷ Sentencia 625/2010 (Roj: SAP PO 3060/2010 Id Cendoj: 36038370012010100721)

³⁸ Sentencia 79/2012 (Roj: SAP V 300/2012 Id Cendoj: 46250370092012100068)

³⁹ Sentencia 477/2011 (Roj: SAP V 7007/2011 Id Cendoj: 46250370092011100484)

⁴⁰ Sentencia 227/2010 (Roj: SAP CS 751/2010 Id Cendoj: 12040370032010100179)

⁴¹ Sentencia 81/2012 (Roj: SAP M 7054/2012 Id Cendoj: 28079370282012100110)

⁴² Sentencia 265/2010 (Roj: SAP C 1957/2010 Id Cendoj: 15030370042010100293)

⁴³ Sentencia 2082/2009 (Roj: SAP SS 349/2009 Id Cendoj: 20069370022009100143)

⁴⁴ Sentencia 312/2008 (Roj: SAP B 10793/2008 Id Cendoj: 08019370152008100200)

estaba restringida, no había posibilidad de una modificación sobrevinida de dicha legitimación⁴⁵.

Tras la modificación de 2009 y la introducción de la condición personado y “de parte” del acreedor, las posiciones de las resoluciones en determinadas Audiencias Provinciales empiezan a flexibilizarse y en la actualidad, después de las sentencias del Tribunal Supremo en las que se reconoce la capacidad para recurrir a la Tesorería, no se defiende esta postura de manera estricta.

5. Causas de culpabilidad

El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor persona natural o de sus representantes legales o de los administradores o liquidadores, de hecho o 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 de la persona jurídica.

Para facilitar la tarea calificadora, se establece un sistema de hechos de calificación, o presunciones *iuris et de iure*, cuya simple concurrencia determina la calificación del concurso como culpable. Estos hechos consisten en conductas del deudor, de las personas antes referidas, que por su especial gravedad, implican de modo necesario la calificación del concurso como culpable, sin que quepa ni tan siquiera oponer la prueba de que la insolvencia no fue causada ni agravada por esas conductas. Se encuentra recogidas en el art. 164.2 LC y que podemos resumir en las siguientes:

1. Incumplimiento de deberes contables, esta causa será objeto de desarrollo más adelante, poniéndola en relación con otra presunción contable, del art. 165.3 LC.
2. Inexactitud grave o falsedad en los documentos acompañados por el deudor.
3. Apertura de la liquidación por incumplimiento de convenio imputable al deudor.
4. Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores o dificultar su embargo.

⁴⁵ En este sentido, vid. “*Calificación del Concurso*” - SANCHO GARGALLO, Ignacio pág. 561 “Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para ser propiamente parte en el procedimiento, esto es, se les niega la legitimación para pedir una determinada calificación y para intervenir en el procedimiento una vez tramitada la oposición a la calificación propuesta a través del incidente concursal”

5. Vaciamiento patrimonial fraudulento del deudor durante los dos años anteriores a la declaración de concurso.
6. Realización de actos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia con anterioridad al concurso.

Además de estas presunciones que no admiten enervación, el art. 165 contempla otras presunciones, estas *iruis tantum*, de existencia de dolo o culpa grave en la generación o la agravación de la insolvencia cuando se incumplan ciertos deberes legales como son:

1. El de solicitar la declaración del concurso, examinado a continuación con mayor detalle, por su relevancia práctica.
2. El de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal y asistencia a la junta de acreedores.
- 3 El de formular las cuentas anuales, y someterlas a auditoría en su caso o, depositarlas en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
4. El de negarse sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta.

A) Examen de la demora en la solicitud.

Es una de las causas más frecuentes a la hora de apreciar un concurso como culpable, que se examina detenidamente aquí por su mayor aplicación práctica observada en las prácticas profesionales así como por la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre este tema en fecha 1 de abril de 2014⁴⁶.

Características

Es una presunción que responde a reforzar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso dentro de un plazo legal, dado la importancia de su prontitud en orden a garantizar los derechos de los acreedores. Así mismo, trata de evitar el deterioro de los activos, que

⁴⁶ Sentencia 122/2014 (Roj: STS 1368/2014 Id Cendoj: 28079110012014100165)

avocaría al concurso a la liquidación, en contra de la preferencia del legislador por la solución de convenio y por último, presume que el retraso en la solicitud de concurso aumenta la insolvencia.

Requisitos

Los requisitos para apreciar esta causa son los siguientes:

1º- Dolo o culpa grave (elemento subjetivo): Se caracteriza por la exigencia de solicitar el concurso de acreedores, y por tanto habrá de estarse en una situación de insolvencia cuyo retraso doloso o culposo en la solicitud sería castigado. El art 165.1 LC establece la obligación solicitar el concurso

2º- La relación con la agravación: La ley establece que tiene que haber originado una agravación de la situación de insolvencia, lo que plantea la siguiente cuestión: ¿El mero retraso conlleva la agravación de insolvencia? O por el contrario ¿hay que justificar la agravación y establecer una relación de causalidad entre ambas?

3º- Que no haya prueba en contrario, dado que es una presunción *iuris tantum*, y por tanto se puede desvirtuar.

1º EXIGENCIA DE SOLICITAR EL CONCURSO ¿DESDE CUÁNDO?

La situación de insolvencia se caracteriza por una imposibilidad generalizada de cumplir regularmente con las obligaciones contraídas por la empresa, independientemente de cuál sea el motivo de la misma, y es esencial fijar el momento⁴⁷ de la situación de insolvencia por su relación para el cómputo del plazo dentro del cual habrá de solicitarse el concurso. En los casos en los que las obligaciones se cumplen de manera anormal, por ejemplo con la venta apresurada de los medios de producción o bienes necesarios para continuar la actividad empresarial, estaremos ante un caso de insolvencia, dado que este cumplimiento es un supuesto cumplimiento irregular. La referencia al cumplimiento regular e irregular fue

⁴⁷ En este sentido vid. *La responsabilidad civil del administrador...* VERDU CAÑETE, María José; cit. p. 240 y 241 “El plazo de solicitud. Determinación del *dies a quo*” destaca la importancia de la fecha de formulación de las cuentas anuales, que todos los administradores deben firmar, y si no hay formulación, desde el último día del plazo para presentarlas, así como las conductas del art. 2.4 LC.

acuñada por la doctrina⁴⁸ y recogida en el art. 2.2. de la Ley Concursal (“*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”).

Dado que en ocasiones es difícil que el deudor o concursado, pueda conocer la situación de insolvencia, o mejor dicho, el momento exacto en el cual la misma se produce, el art. 5.2 LC establece una presunción mediante la cual el deudor puede conocer su situación de insolvencia siempre y cuando se encuentre en alguno de los supuestos del art. 2.4:

Art. 5.2 LC: “*Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente*”

Art. 2.4 LC: “*4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*
- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*
- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.*

⁴⁸ En este sentido vid. *La declaración del concurso de acreedores* PULGAR EZQUERRA, Juana; p. 322 y 323, delimitando el concepto de cumplimiento irregular no como pago retrasado, “pues la irregularidad exigida en el art. 2.2 LC como elemento integrante de la insolvencia se refiere a los medios empleados por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones y no al momento de ese cumplimiento, como podría derivarse de una primera interpretación sobre la base de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos”.

Es necesario señalar una fecha concreta en la cual se produce la insolvencia, o en su defecto a partir de la cual se sabe fehacientemente que indubitadamente existe la situación de insolvencia, puesto que en caso contrario no podremos determinar que se ha producido retraso en el plazo de dos meses para presentar la solicitud de concurso, y esta cuestión debe quedar claramente circunstanciada en el informe de calificación de la Administración Concursal.

El plazo de los dos meses para la presentación del concurso de acreedores es un plazo imperativo⁴⁹, no es orientativo, y por lo tanto si se deja pasar el plazo se incurre en situación de retraso. A los efectos de cumplir con la obligación de solicitud de concurso hay que tener en cuenta que ésta no puede ser un mero formalismo, sino que la misma debe cumplir los requisitos necesarios para desvirtuar la imputación de presentación extemporánea, y por tanto una solicitud deberá presentarse como mínimo con un inventario, una memoria y un listado de acreedores diligentemente elaborados (art. 6 LC).

Si se ha presentado una previa comunicación del art. 5 bis hay que justificar mediante prueba documental que se ha iniciado refinanciación, o comunicación de una propuesta anticipada de convenio para eludir la posible alegación de presentación fraudulenta que no detenga el cómputo del plazo de los dos meses desde que se conoció la insolvencia.

2º AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA ¿ÍMPLICITA?

La conducta tipificada en el art. 165 presume el dolo en los casos de presentación extemporánea, pero cabe preguntarse si esta presentación extemporánea dolosa por sí sola agrava la situación de insolvencia o es necesaria una actividad probatoria que acredite la agravación para poder aplicar la presunción de este artículo.

La respuesta es de importancia porque en el primero de los casos basta con fijar la fecha de la insolvencia para determinar el retraso y por ende, aplicar la presunción, y sin embargo, en el segundo se exige una relación causal para entender que la conducta se encuentra dentro del supuesto regulado en la Ley Concursal.

⁴⁹ Vid. *Solicitud de Concurso* –HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mar; pág. 579 “*Tratado judicial de la insolvencia*” El plazo para la presentación de la solicitud de concurso que fija el art. 5 LC no es un plazo de prescripción ni de caducidad. En consecuencia la presentación tardía de una solicitud de concurso, una vez superado el plazo de dos meses (...) no es óbice para su declaración. (...) la única consecuencia negativa que se anuda a la presentación tardía en la Ley Concursal, además del riesgo de que otros legitimados se anticipen a dicha petición y se declare el concurso necesario, es una posible calificación culpable del concurso al amparo del art. 165.1 LC”

En apoyo de la primera opción, entender la agravación implícita en la presentación extemporánea de la solicitud, se argumentan interpretaciones correctoras, en consonancia con la interpretación sistemática de la Ley Concursal, dado que una presunción de sanción por presentación tardía no tendría virtualidad práctica en caso de abarcar sólo el elemento subjetivo y tener que probar el objetivo, es decir, qué concreta agravación ha producido. Este criterio se ha mantenido por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencias de 30 de enero de 2014⁵⁰, 25 de octubre de 2013⁵¹ y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 mencionada anteriormente.

En apoyo de la necesidad de acreditar la relación entre la presentación tardía y la agravación se encuentra no obstante la interpretación literal de la norma, en cuyo caso se habría de entender que la relación causal entre una presentación tardía y la agravación no se produce de forma automática. Éste ha sido el criterio, por ejemplo de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencias de la sección 28 de 26 de junio de 2009⁵², 30 de enero de 2009⁵³ y 17 de marzo de 2009⁵⁴ entre otras⁵⁵.

En mi opinión, se trata de una mejor opción entender que existe dolo o culpa grave cuando se incumple el plazo de los dos meses de solicitud del concurso y exigir, en virtud de la cláusula general del art. 164.1 que ese dolo o culpa grave no sea suficiente para determinar la calificación culpable del concurso, si no se acredita la conexión causal con la generación o agravación de la insolvencia⁵⁶ y ello porque siempre que hablamos de la sección sexta hablamos de ámbito sancionador (civil) pero gravoso al fin y al cabo, donde deben primar las garantías y la necesidad de una actividad probatoria de quien pretende la calificación culpable del concurso.

⁵⁰ Sentencia 24/2014 (Roj: SAP B 681/2014 Id Cendoj: 08019370152014100011)

⁵¹ Sentencia 378/2013 (Roj: SAP B 11261/2013 Id Cendoj: 08019370152013100330)

⁵² Sentencia 175/2009 (Roj: SAP M 10757/2009 Id Cendoj: 28079370282009100168)

⁵³ Sentencia 17/2009 (Roj: SAP M 746/2009 Id Cendoj: 28079370282009100019)

⁵⁴ Sentencia 63/2009 (Roj: SAP M 3705/2009 Id Cendoj: 28079370282009100059)

⁵⁵ Así se recoge en el recopilatorio de la última doctrina concursal de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Pontevedra – Juan José Cobo Plana pág. 305: La sentencia de la A. P. de Pontevedra de 20 de enero de 2012 (Dª. María Begoña Rodríguez González) establece que “En todo caso será carga de quienes sostienen la pretensión de calificación convencer sobre la gravedad e incidencia de la conducta del deudor en la generación o agravación de la insolvencia. **El incumplimiento del deber de solicitar el concurso supone la declaración del concurso como culpable cuando sea determinante de la generación o de la agravación de la insolvencia**”

⁵⁶ En este sentido sin embargo, D. Javier García Marrero. Magistrado del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, se manifestaba contrario a esta exigencia de acreditar la relación causal del retraso con la generación o agravación de la insolvencia debido a que convertía la presunción en inoperante en la práctica, en las Jornadas de responsabilidad concursal celebradas en Oviedo el 8 y 9 de mayo de 2014, en el Iltre. Colegio de Abogados de Oviedo, en su ponencia “*La demora en la solicitud del concurso como causa de culpabilidad: requisitos que deben concurrir para apreciarla y su trascendencia desde la perspectiva de la responsabilidad concursal*”.

3º PRESUNCIÓN IRUIS TANTUM. POSIBILIDAD DE PRUEBA EN CONTRARIO.

Si entendemos, como tras la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 parece claro que habrá de ser así, que la presunción abarca todos los elementos del tipo, tanto el subjetivo como el objetivo, y que por tanto un retraso en la presentación de la solicitud de concurso conlleva necesariamente la declaración del mismo como culpable:

No se trata de causas de calificación del concurso como culpable de naturaleza muy diferente, pues esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012, y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala núm. 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio).

Hay que preguntarse cómo y en qué casos puede desvirtuarse la presunción iuris tantum, lo cual podrá producirse siempre y cuando se consiga desvirtuar la fecha tomada como referencia para el cómputo del plazo legal de solicitud de concurso voluntario, es decir, el momento en el cual el deudor se encuentra en situación de insolvencia, y sólo así podrá desvirtuarse la presunción del art. 165 LC.

El hecho de que finalmente se tome como solución la interpretación finalista de esta presunción, y que la presentación extemporánea traiga como consecuencia la presunción de la agravación de la insolvencia y la calificación del concurso como culpable, no significa que en estos casos si se prueba una ausencia de relación causal entre la presentación tardía y la agravación ésta sea inútil, puesto que será tenida en cuenta a la hora de la graduación al imponer la cobertura del déficit patrimonial al responsable del retraso⁵⁷.

⁵⁷ En este sentido, vid. *La responsabilidad civil del administrador...* VERDÚ CAÑETE, María José *cit. p.* 243: "Por lo que se refiere al cumplimiento tardío del deber de solicitar el concurso, (...) en principio equivale a incumplimiento. Ahora bien, (...) esta circunstancia debería ser tenida en cuenta por el juez del concurso tanto al valorar la prueba en contrario de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave, como al modular la eventual imposición de una responsabilidad concursal del art. 172.3 LC"

B) Examen de las presunciones sobre irregularidades contables.

Las presunciones de culpabilidad vinculadas a la comisión de irregularidades contables se contemplan en dos preceptos de la Ley Concursal, el primero de ellos el art. 164.2.1 (*Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza 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*) y el segundo el art. 165.3 (*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*).

Aunque las dos contemplan presunciones de la calificación del concurso como culpable, lo cierto es que las dos presentan especialidades respecto a lo que en Derecho se conoce como presunción, que por lo general es una “ficción jurídica por la que se establece un mecanismo legal automático que implica que un hecho ha sido probado por cumplirse los elementos de la misma”, ya que la calificación culpable del concurso no es un “hecho” sino una consecuencia jurídica, y por lo tanto los hechos del art. 164.2, por ejemplo, no son presunciones propiamente dichas, ni concreciones de la cláusula general de culpabilidad del concurso, sino hechos que determinan autónomamente la calificación del concurso como culpable, prescindiendo de si estos hechos han determinado o no la insolvencia o si han concurrido otras causas⁵⁸.

Un ejemplo de lo anteriormente dicho sería el siguiente ejemplo: una empresa, que no realiza ningún tipo de contabilidad, podría funcionar correctamente, y atender puntualmente todas sus obligaciones manteniendo unas relaciones ordenadas con sus proveedores y clientes. Sin embargo, si esa empresa se enfrenta a un hecho imprevisto (destrucción de instalaciones por hechos de fuerza mayor, o cambio en el marco regulatorio de su actividad...) que la haga caer en situación de insolvencia, la mera circunstancia de que esta empresa no lleve una ordenada contabilidad en los términos exigidos en la Ley, determinará la calificación del concurso como culpable, independientemente de que la causa de la insolvencia no ha sido esa. Al

⁵⁸ Sobre ello, vid. *Doctrina de los juzgados de lo mercantil* –GÓMEZ MARTÍN, Fernando; pág. 34 / 248 “sólo en el caso de las presunciones del art. 165 puede el deudor probar que el hecho no le es imputable. En otro caso la diferencia entre el valor de las presunciones del art. 164.2 y las del 165 LC podría perder sentido”

legislador no le importa cuál es la causa de la insolvencia en los supuestos de las presunciones del art. 164.2, son presunciones *iuris et de iure*.

En el art. 164.2.1 se recogen unos hechos a los que el legislador aplica una consecuencia jurídica de culpabilidad fundamentado en el perjuicio informativo de una defectuosa contabilidad⁵⁹, y como consecuencia concomitante, para fomentar la tramitación ágil y exacta del concurso. El perjuicio informativo de una contabilidad falseada o inexacta no predetermina necesariamente un perjuicio patrimonial (por ejemplo gracias a estas irregularidades contables el deudor podría haber conseguido financiación en mejores condiciones, o con menos garantías).

Las tres conductas tipificadas⁶⁰ en el art. 164.2.1 son las siguientes:

- a) Incumplir la obligación de llevar la contabilidad
- b) Llevar doble contabilidad
- c) O cometer irregularidad relevante contable

La segunda de ellas, la doble contabilidad, se encuentra habitualmente fuera de la práctica⁶¹, por el mero hecho de que a la hora de presentar el concurso, es de lógica que el concursado no entregue la “contabilidad B”, y por ende es difícil encontrar jurisprudencia al respecto, sin perjuicio de que las operaciones no reflejadas en la “contabilidad A” sean subsumidas en la irregularidad contable relevante en caso de detectarse.

Respecto a la primera de ellas, incumplimiento de la obligación de llevar la contabilidad, ha de ponerse en consonancia con las obligaciones contables del art. 25, 29 y 30 del Código de Comercio y por tanto las Audiencias Provinciales mayoritariamente no consideran que un mero “depósito acumulativo de facturas” pueda ser tenido por llevanza de contabilidad

⁵⁹ En este sentido, vid. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo pág. 715, que explica que tradicionalmente se ha señalado que existen tres grupos de razones para justificar esta exigencia de llevanza de contabilidad: el conocimiento del propio empresario, el interés de los acreedores que con él se relacionan, y el interés público que exige poder comprobar la situación económica para muy diversas finalidades.

⁶⁰ En este sentido, vid. Tratado judicial de la insolvencia, MUÑOZ PAREDES, ALFONSO; pág. 609 donde ya se refiere que pese a estar contenidas en el mismo epígrafe, “*en realidad son tres las hipótesis legales equiparadas a efectos de declarar culpable el concurso*”

⁶¹ El II Congreso de Magistrados Especialistas de lo Mercantil celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005 se ofrece la guía interpretativa para apreciar esta conducta estableciendo que “la doble contabilidad debe entenderse siempre verificada con ánimo defraudatorio o con intención de perjudicar a los acreedores, y debe dar lugar a la calificación del concurso como culpable”

(sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 septiembre 2008⁶²), y tampoco hay que confundirla con la elaboración de las cuentas anuales exigidas por los arts. 33 y ss. del Código de Comercio (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 junio 2013⁶³). La ausencia de uno solo de los libros legalmente exigidos ya es suficiente para entender incumplida la obligación de llevanza de la contabilidad (sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2011⁶⁴ o sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 marzo de 2014⁶⁵).

Más controvertida es la falta de legalización obligatoria de los libros contables, que inicialmente fue considerada de manera estricta (principalmente defendida por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra) como suficiente por sí sola para aplicar esta causa de culpabilidad. Posteriormente, sin embargo, se ha extendido la tesis contraria, en sentencias como la del Juzgado de lo Mercantil nº9 de Madrid de 15 noviembre de 2011⁶⁶ y la de la Audiencia Provincial de Barcelona 20 de septiembre de 2012⁶⁷ considerando que se trata de un incumplimiento formal, que no es suficiente para aplicar esta causa de culpabilidad si no se acredita que haya tenido otra trascendencia. Para el caso de una legalización defectuosa, principalmente tardía, pese a que en algún caso se ha considerado que evidencia una elaboración ex profeso para el concurso y por tanto se subsume en la causa de culpabilidad, lo cierto es que mayoritariamente se entiende como enervadora de la presunción⁶⁸.

Por último, la irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la empresa, plantea la necesidad de definir qué se entiende por irregularidad contable. Existe una resolución de 15 de junio de 2000 del ICAC⁶⁹ por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e Irregularidades” contables, distinguiendo entre unos y otras que podría ser acogido, pero plantea un inconveniente: esta resolución estipula que las irregularidades necesitan ser intencionadas, ya que en ausencia de esta intención habrán de ser consideradas como errores. Si este concepto fuese acogido para interpretar la presunción de la Ley Concursal quedarían fuera los errores “no intencionados” lo cual desvirtuaría en gran

⁶² Sentencia 370/2008 (Roj: SAP A 3315/2008 Id Cendoj: 03014370082008100444)

⁶³ Sentencia 209/2013 (Roj: SAP M 12079/2013 Id Cendoj: 28079370282013100174)

⁶⁴ Sentencia 52/2011 (Roj: SAP M 3833/2011 Id Cendoj: 28079370282011100072)

⁶⁵ Sentencia 78/2014 (Roj: SAP B 2920/2014 Id Cendoj: 08019370152014100065)

⁶⁶ Sentencia de rec. 647/2008 (Roj: SJM M 165/2011 Id Cendoj: 28079470032011100001)

⁶⁷ Sentencia 497/2012 (Roj: SAP B 15989/2012 Id Cendoj: 08019370042012100659)

⁶⁸ Para un examen detallado de conductas subsumibles en esta presunción vid. Tratado judicial de la insolvencia, págs. 612 a 613.

⁶⁹ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas – BOE 03-08-2000- <http://www.icac.meh.es/>

medida la eficacia práctica de la presunción. El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de enero de 2012⁷⁰ precisa que el concepto concursal de irregularidad contable relevante es un concepto objetivo, que no precisa de un elemento subjetivo adicional:

“Hay que añadir a ello que, por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad”.

En definitiva las irregularidades, intencionadas o no, pueden ser objeto del tipo de la Ley concursal, quedando por determinar la “relevancia” de la misma. En este sentido la cuestión que ha preocupado a la doctrina⁷¹ y a la jurisprudencia es si esa relevancia cabe identificarla con el concepto de “importancia relativa” que se utiliza también en la normativa sobre auditoría, y concretamente en otra resolución del ICAC de 14 de junio de 1999⁷², en la que se adjunta un anexo con unos umbrales (expresados en porcentajes) que en caso ser superados las cuentas no serán una imagen fiel por existir una desviación de importancia relativa. La conclusión es que, dado que no existe una obligación legal de aplicar estos umbrales a la “relevancia” de la irregularidad contable de la Ley Concursal, estos parámetros podrán ser tenidos en cuenta como indicio de relevancia, pero no pueden ser de automática aplicación.

Una vez determinado el concepto de irregularidad como conducta objetiva, y de los parámetros para enjuiciar la relevancia, se plantea un tercer interrogante respecto a si el falseamiento de los resultados puede tener una consideración de irregularidad contable relevante a los efectos de la calificación del concurso, y ello surge cuando comparamos esta presunción del art. 164.2.1 de la Ley Concursal con el art. 254 de la Ley de Sociedades de

70 Sentencia 994/2011 (Roj: STS 525/2012 Id Cendoj: 28079119912012100002)

⁷¹ En este sentido, vid *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II* págs. 619 a 628

⁷² *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas – BOE 07-10-1999-* <http://www.icac.meh.es/>

Capital, que refiere que las cuentas anuales deben “*mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad*”, sin embargo la presunción de la Ley Concursal se refiere exclusivamente a situación patrimonial y financiera “...irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara...”. Una estricta aplicación del principio de legalidad llevaría a entender que el falseamiento de los resultados no se enmarca en la conducta típica de la Ley Concursal, sin embargo un severo falseamiento de los resultados está siendo entendido por la jurisprudencia como conducta subsumida en el art. 164.2.1 LC, en el entendido de que el legislador no pretende realizar una enumeración exhaustiva, y restrictiva y que no puede ser obviado por su importancia⁷³.

Un ejemplo que ilustra la relevancia de una “irregularidad” contable en los resultados es el caso de la contienda entre ACS e IBERDROLA, que primeramente se discutió en Bilbao, y posteriormente en Madrid, mediante unas medidas preliminares, (*dado que Iberdrola se convirtió en accionista de ACS para poder impugnarle las cuentas*) y en donde la irregularidad contable que daba pie a la impugnación de los acuerdos aprobatorios de las cuentas anuales básicamente hacía referencia a los resultados. Existía un deterioro de los activos consistentes en la participación en otras sociedades, donde es de aplicación la NIC 39 (Norma Internacional de Contabilidad), sosteniendo la demandante que el deterioro, por ser persistente y continuado debía de haber sido llevado a resultados, y en consecuencia ACS en lugar de haber ganado unos 400 millones de euros, había perdido 900⁷⁴.

73 En este sentido, vid. *El concepto de irregularidades contables relevantes en la calificación del concurso de acreedores* –GURREA MARTÍNEZ, Aurelio pág. 14 y 15 “...el requisito finalista que realiza el legislador concursal para la calificación culpable del concurso por la comisión de irregularidades contables relevantes debe entenderse a la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del deudor, que son los factores que, en definitiva, podrían modificar las decisiones de inversión y financiación de terceros. **De lo contrario, si se excluyeran los resultados –y, por ende, la situación económica– de la empresa para la valoración de la calificación culpable por irregularidades contables relevantes, quedarían impunes aquellos deudores que, desvirtuando su situación económica, hubieren causado un grave perjuicio a terceros de buena fe que confiaron en la información contable del deudor;** y, por tanto, el sistema de calificación culpable del concurso no cumpliría, como proponemos, su función esencial de reprimir *ex ante* determinadas conductas indeseables para los intereses del mercado

⁷⁴El ejemplo reseñado, fue expuesto en la ponencia del Magistrado D. Carlos Nieto Delgado en las Jornadas de responsabilidad concursal celebradas en Oviedo el 8 y 9 de mayo de 2014, en el Iltre. Colegio de Abogados de Oviedo, en su ponencia *Las irregularidades contables como presunción iuris tantum y iuris et de iure de culpabilidad: requisitos que deben concurrir para apreciarlas y su trascendencia desde la perspectiva de la responsabilidad concursal*

Finalmente hay que mencionar que en el caso de que existiese un informe de auditoría⁷⁵, no se puede desterrar completamente la posibilidad contraria a la reflejada en el mismo, no siendo vinculante para la apreciación de las irregularidades contables relevantes lo contenido en el informe del auditor SAP Barcelona Sección 15ª 17 de marzo de 2014⁷⁶: “*no creemos que sea suficiente que la auditoría de cuentas llevada a cabo sobre la contabilidad haya reflejado que la misma presente irregularidades sino que es preciso que los AC expresen en qué medida las mismas se han traducido en la imposibilidad de conocer las causas que han determinado la generación o el agravamiento de la insolvencia, esto es, la representación de la situación financiera y patrimonial de la sociedad en cada uno de los momentos relevantes*”.

La presunción del art. 165.3º contempla una situación que no ha sido resuelta aún por el Tribunal Supremo, relativo a la limitación temporal “*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*” y ello porque la limitación general de enjuiciamiento de los hechos en la sección de calificación a los dos años anteriores a la declaración de concurso (con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011 en la LC sólo se establecía esa limitación de los dos años en sede de calificación a los efectos de responsabilidad concursal, pero posteriormente ha sido incluida en la cláusula general de responsabilidad del art. 164.1 y en la delimitación de las personas afectadas por la calificación, art. 172.2.1º LC)⁷⁷.

Por ejemplo, en los casos en los que falta el depósito de las cuentas anuales únicamente **en el tercer año** anterior a la declaración de concurso podemos encontrarnos con que el concurso es culpable por aplicación de la presunción del art. 165.3º, pero que en los casos en los que existían dos administradores y uno de ellos ha cesado **un día antes de los dos años**, el que continúa habrá de responder de la cobertura del déficit mientras que, contrariamente al

⁷⁵ En relación al informe de auditoría y casos en los que procede vid. *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo; cit. p. 730 y ss.

⁷⁶ Sentencia 90/2014 (Roj: SAP B 2929/2014 Id Cendoj: 08019370152014100074)

⁷⁷ En este sentido, vid. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. José Antonio GARCÍA-CRUCES, págs. 311 a 313, “con esta opción legislativa, parece querer introducir un criterio de seguridad jurídica, a fin de delimitar el período temporal en que los administradores y liquidadores pueden ver enjuiciadas sus actuaciones al frente de la sociedad luego declarada en concurso. Pese a ello, no cabe desconocer lo discutible de tal opción y que no ha dejado de suscitar reparos entre nosotros.

principio de igualdad⁷⁸, el otro no. En un aún más improbable caso, si todos los administradores hubiesen cesado un día antes del plazo de los dos años, habría un concurso culpable sin personas afectadas por la calificación.

6. Conclusión

¿Cómo debe sustanciarse la pieza sexta de calificación? Como se recogía al inicio del trabajo existe una ausencia de regulación legal plenamente coherente en esta sección del concurso, y es por ello que surgen dudas e interpretaciones varias, algunas incluso difícilmente extraíbles de la literalidad del texto normativo, pero que tienen su razón de ser y se aplican en la práctica diaria. Ciertamente es importante conocer la Ley y la práctica del foro, pero sin olvidarla doctrina para que se alcance el objetivo deseado, una correcta tramitación de la calificación, y ello porque las construcciones doctrinales encuentran las soluciones a problemas prácticos con una fundamentación sólida.

Durante todo el trabajo he defendido la idea de que las interpretaciones extensivas, las analogías o las presunciones, han de aplicarse de forma restringida, lo más favorable posible al deudor concursado, y a los posibles responsables de la cobertura del déficit en caso de declaración de culpabilidad, en base a los claros tintes sancionadores de la sección sexta, que en definitiva, respecto a las cuestiones controvertidas tratadas en el presente trabajo, me hacen decantarme por:

I. En supuestos de aprobación de un convenio, si se establece una quita inferior al tercio o una espera inferior a los tres años, considero que no se debe abrir la sección de calificación y ello aunque esta quita o espera se establezca sólo respecto a una clase de acreedores (privilegiados por ejemplo), siendo el resto relegados a quitas y esperas superiores porque así lo establece la regulación legal, y porque así se desprende de una interpretación estricta, y

⁷⁸ En este sentido, vid. *La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal*. Alberto ALONSO UREBA. “El art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad.- No nos parece en cambio congruente con la propia configuración legal de la responsabilidad concursal el limitar el posible alcance subjetivo de la misma a quienes hayan ostentado la condición de administrador, de hecho o de derecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, pues del presupuesto material o sustantivo de la responsabilidad se deriva, que lo único relevante es quiénes sean los administradores a los que quepa imputar la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave, sin perjuicio, eso sí, de la prescripción de la responsabilidad concursal de los administradores en base al artículo 949 del Código de Comercio, es decir, cuando hayan transcurrido cuatro años desde que por cualquier motivo cesaren en el cargo de administrador (...)” págs. 538 y 539.

aunque pueda parecer injusto para los perjudicados (subordinados por ejemplo) no olvidemos que se necesita una previa aprobación del convenio, y por ende una aceptación de quien/es representa/n la mayor parte del pasivo.

II. En los supuestos de apertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio, considero que hay que diferenciar el cauce procesal por el cual se denuncia el incumplimiento. En los casos ex. art. 140, donde el acreedor reclama una declaración de incumplimiento respecto de lo que le incumbe, la sección de calificación no debe pronunciarse más allá de si el incumplimiento es imputable al deudor concursado (art. 165.2.3º) dejando para los casos de “reinsolvencia” denunciados ex. art. 142.2 el examen de todas las causas de culpabilidad que puedan haber llevado nuevamente a una situación idéntica a la que existía cuando se solicitó el concurso.

III. En relación a la presunción estudiada, relativa a la presentación extemporánea de la solicitud de concurso, y pese a que ya adelanté en el epígrafe correspondiente mi postura, reitero que no sólo es conforme con la interpretación literal de la norma, sino que me atrevo a decir que es de Justicia, el hecho de que la presunción se entienda en el sentido de que la presentación fuera del plazo establecido predetermina el dolo y culpa grave (elemento subjetivo) pero no la agravación de la insolvencia (elemento objetivo).

Actualmente la mayoría de nosotros, debido a la situación económica, conocemos directamente o por referencia, algún caso de deudor concursado, y en un gran número de casos se trata de sociedades PYME, en las que el administrador (o administradores) que debe presentar la solicitud en plazo, si no quiere responder de la cobertura del déficit, es a la vez socio mayoritario o único de la misma, y en un amplio número de casos tiene ligado su destino personal y profesional al devenir de la concursada. Es por ello que, quizá incluso desconocedor del perentorio plazo de dos meses, en estas circunstancias y tratando de salvar la actividad empresarial, incurra en la presentación tardía. La Ley, con buen tino, sanciona esta conducta presumiendo el dolo o culpa grave en el retraso.

¿Es entonces muy gravoso exigirle a la Administración Concursal, con acceso no sólo a toda la contabilidad, sino a las propias cuentas y extractos bancarios de la empresa, y a cualquier otro dato que quiera pedir a los administradores (so pena de incurrir éstos en la presunción del 165.2º de falta de colaboración) que pruebe el elemento objetivo, y justificador del perjuicio causado a los acreedores, como es el hecho de que, en ese íter temporal entre el final del plazo

legal y la presentación del concurso, se ha producido la más mínima agravación de la situación de insolvencia? Yo considero que no.

IV. Por último, y respecto del último tema planteado, las irregularidades contables, considero que es de lógica entender que los resultados se encuentra dentro de la presunción de la Ley Concursal, pese a que no se refiera su mención expresa, perdiendo en totalmente su sentido la previsión legal en caso de no entenderlo así, y me parece necesaria una reforma legislativa que amplíe el plazo de la responsabilidad concursal al plazo de 4 años, equiparándolo así con la responsabilidad de administradores en otros ámbitos, o en su defecto, y si se quiere dar seguridad a quienes gestionan la empresa en sus momentos más duros, limitándola a dos años como está, será necesario adecuar la presunción legal del 165.3

7. Bibliografía

“LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL EN SITUACIÓN CONCURSAL”. **ALONSO UREBA, Alberto** en *DERECHO CONCURSAL. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal* García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Antonio; Pulgar Ezquerro, Juana.

“COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” - **BELTRAN SANCHEZ, EMILIO; ROJO, ÁNGEL**; en Civitas Ediciones, S.L., 2004

“LA POSICIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN”. **BLANCO SARALEGUI, José María**; *Magistrado del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo) ponencia en las Jornadas de responsabilidad concursal celebradas en Oviedo de 8 de mayo de 2014.*

“MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Volumen II.” - **BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando** en Ed. Tecnos 2012

“RECOPIACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA PRIMERA SENTENCIAS DE PLENO”, años 2005-2010. **DE CASTRO MARTÍN, Rosa; GONZÁLEZ TIMOTEO, Alicia**; - *Gabinete Técnico, Sala Civil*

“LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO EN LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL”. - **GALLEGO, Esperanza**; (*Directora jurídica de Dictum Abogados, Catedrática de Derecho Mercantil y Vocal de la Comisión General de Codificación*) - Artículo en *Legal Today* de 18 de Octubre de 2011

“CUESTIONES PROCESALES EN DERECHO CONCURSAL” - **GARCÍA ARRUFAT, ENRIQUE** en tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, leída el 21 de abril de 2009

“ADMINISTRADORES SOCIALES Y ADMINISTRADORES DE HECHO, *Estudios de Derecho Mercantil en Memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*” - **GARCÍA-CRUCES, José Antonio; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos (coord.), OLEO BANET, Fernando (coord.), MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (coord.)** ed. Civitas, 2010

“LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES” - **GARCÍA-CRUCES, José Antonio**; en Tirant lo Blanch, 2012.

“LA PARTICIPACIÓN DEL ACREEDOR EN LA PIEZA DE CALIFICACIÓN” - **GARCÍA MARRERO, Javier** en *Fundación en Ciudadanía y Valores*. 9 de febrero de 2011.

“LA DEMORA EN LA SOLICITUD DEL CONCURSO COMO CAUSA DE CULPABILIDAD: REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA APRECIARLA Y SU TRASCENDENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL” - **GARCÍA MARRERO, Javier**; Magistrado del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, ponencia en las Jornadas de responsabilidad concursal celebradas en Oviedo de 8 de mayo 2014.

“DOCTRINA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL” – **GÓMEZ MARTÍN, Fernando**; en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 55, nº1, págs. 371-438 enero-junio 2007

“LA PRETENSIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES” – **GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Nicolás**; en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 5, 2005, págs. 1092-1100

“LA CALIFICACIÓN POR INCUMPLIMIENTO SOBREVENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL ESPECIALMENTE GRAVOSO” - **GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto** artículo en revista *Aranzadi Doctrinal*, págs. 145 a 151, 2012

“EL CONCEPTO DE IRREGULARIDADES CONTABLES RELEVANTES EN LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES” – **GURREA MARTÍNEZ, Aurelio** profesor de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo y socio de *Dictum Abogados* en el marco del V Congreso de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Palma de Mallorca los días 11, 12 y 13 de abril de 2013

Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria. **HERNANDO MENDIVIL; Javier**; Ed. BOSCH 2013

ASPECTOS PROCESALES. APERTURA DE LA SECCIÓN 6ª. LA POSICIÓN DE LOS ACREEDORES PERSONADOS. PROPOSICIÓN DE PRUEBA. RECURSOS Y EJECUCIÓN.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso; *Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, ponencia del III Curso de Especialista en Derecho Concursal, celebrado en el Oviedo. 29 de noviembre de 2013.*

LAS IRREGULARIDADES CONTABLES COMO PRESUNCIÓN IURIS TANTUM Y IURIS ET DE IURE DE CULPABILIDAD: REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA APRECIARLAS Y SU TRASCENDENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. NIETO DELGADO, Carlos; *Magistrado del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid ponencia en las Jornadas de responsabilidad concursal celebradas en Oviedo de 8 de mayo de 2014.*

“ASPECTOS PROCESALES DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN DE LA SECCIÓN SEXTA”
- **NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto** *Magistrado de Primera Instancia e Instrucción Único de Peñaranda de Bracamonte. Salamanca) – Ponencia en el Curso de Derecho Concursal celebrado los días 23 y 24 de octubre de 2013 en el Iltre. Colegio de Abogados de Valladolid: (http://www.icava.org/formacion/curso131023/Roberto_Ni.pdf)*

“LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL” - **OLIVENCIA, Manuel;** en *Revista de Derecho Mercantil 285/2012 (julio-septiembre)*

“TRATADO JUDICIAL DE LA INSOLVENCIA”. **PRENDES CARRIL, Pedro; MUÑOZ PAREDES, Alfonso; CERVERA MARTÍNEZ, Marta; FUENTES DEVESA, Rafael; GARCÍA MARRERO, Javier; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mar; MARTÍN ALONSO, Olga; MARTÍN MOLINA, Pedro; NIETO DELGADO, Carlos; ORELLANA CANO, Ana María; ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora; PAÑEDA USUNÁRIZ, Francisco; PONS ALBENTOSA, Leopoldo; PRENDES CARRIL, Pedro; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo; SANCHO GARGALLO, Ignacio; SENENT MARTÍNEZ, Santiago; VILATA MENADAS, Salvador;** Ed. Aranzadi 2012

“COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL” - **PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO LEDESMA, Carmen; ALONSO UREBA, Alberto; ALCOCER GARAU, Guillermo,** en *Dykinson, 2004.*

“LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES” - **PULGAR EZQUERRA, Juana** en Ed. La Ley, 2005

“LA CODIFICACIÓN MERCANTIL ESPAÑOLA”, - **ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel** en *Universidad Autónoma de México, “Centenario del Código de comercio”, México [Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México]*, 1991.

“LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES” - **ROJO, Ángel; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio; JUSTE, Javier; LARA, Rafael; MACHADO PLAZAS, José; MARTÍNEZ SANZ, Fernando; MERCADER UGUINA, Jesús R.; LLEBOT MAJO, José Oriol; RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, SUÁREZ CORUJO, Borja; VILLAR, Marta; CUSCÓ, M^a Ángeles** en *Tirant lo Blanch*, 2012.

“CALIFICACIÓN DEL CONCURSO” - **SANCHO GARGALLO, Ignacio**; en *Las claves de la ley concursal* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dir.), QUINTANA CARLO, Ignacio (dir.), BONET NAVARRO, Ángel (dir.), Ed. Aranzadi, 2005, págs. 545-580

“LECCIONES DE DERECHO MERCANTIL. Volumen II”. **URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; IGLESIAS PRADA, Juan Luis; SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal; VÉRGEZ, Mercedes; PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio; ROJO, Ángel; ALONSO SOTO, Ricardo; ARROYO, Ignacio; CORTÉS, Luis Javier; PAZ-ARES, Cándido; BELTRÁN, Emilio; GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier; IGNACIO PEINADO, Juan** coordinación **APARICIO, María Luisa** en *Ed. Civitas – Thompson Reuters*.

“COMENTARIOS A LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL” **VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo** en Ed. BOSCH, 2013

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD DE CAPITAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES”. **VERDÚ CAÑETE, MARÍA JOSÉ** Ed. La Ley 2008.

“LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA CONCURSAL”. **XIOL RÍOS, Juan Antonio**; Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo