

NOTAS SOBRE EL NUEVO DERECHO CONCURSAL *

MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE
Becaria F.P.I. Fundación Séneca
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Introducción. II. Órganos del procedimiento. La administración concursal. III. La personalidad jurídica como presupuesto subjetivo del concurso. IV. Insolvencia actual e inminente. Hechos externos de insolvencia. V. Efectos de la declaración de concurso. VI. La masa activa del concurso y su reintegración. VII. Solución del concurso: convenio y liquidación. VIII. La calificación.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho concursal puede definirse como el conjunto normativo que regula la situación de crisis financiera, aportando soluciones a la misma, bien mediante la reorganización y saneamiento del patrimonio del deudor o bien mediante su liquidación.

En los supuestos en que exista una pluralidad de acreedores y el patrimonio del deudor sea insuficiente para la satisfacción de todos ellos, el Ordenamiento jurídico arbitra un procedimiento colectivo, denominado concurso de acreedores, basado en los principios de igualdad de trato de los acreedores y de comunidad de pérdidas (*par conditio creditorum*), que tiene por finalidad evitar que con las ejecuciones individuales cobren únicamente los acreedores más diligentes, los más audaces o los que están más cerca del deudor, mientras los restantes corren el riesgo de no cobrar sus créditos.

El origen de los institutos concursales actuales podemos encontrarlo en el Derecho estatutario de la Baja Edad Media. La recopilación de las normas consuetudinarias de las Corporaciones de mercaderes da lugar al nacimiento del

* En el presente trabajo resumimos, a modo de lección, los resultados obtenidos en el Curso de Doctorado “El nuevo Derecho Concursal” (período docente 2003/2004), desarrollado en el Departamento de Derecho privado de la Universidad de Murcia (Coord. ALONSO ESPINOSA, F.J). Para ello hemos extraído las líneas generales de los trabajos realizados en el seno del curso y los aspectos más destacados de cada una de las ponencias.

Derecho Mercantil y también del Derecho concursal¹. En las Ordenanzas de Bilbao de 1737 ya se incorpora un capítulo denominado “De los atrasos, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modo de proceder en sus quiebras” (Capítulo XVII). En este texto se diferenciaban tres clases de quiebra: la iliquidez, que podía solucionarse con convenios de espera; los quebrados inculpables; y los alzados fraudulentos. En todo caso, los órganos encargados de regir el procedimiento eran los representantes de los acreedores.

Posteriormente, en el Código de Comercio de 1829, el procedimiento concursal tenía lugar como consecuencia del sobreseimiento, por parte del deudor, en el pago de sus obligaciones. Podían distinguirse cinco clases de quiebra: suspensión de pagos, quiebra fortuita, quiebra culpable, quiebra fraudulenta y alzamiento². El Código de Comercio de 1885 sigue las líneas generales del texto anterior, con la particularidad de que admite la iniciación del procedimiento de suspensión de pagos en supuestos de insolvencia y no sólo de iliquidez. Esta circunstancia motivó la reforma del C.Com de 1897, con el objetivo de restringir el procedimiento de suspensión de pagos a los supuestos de iliquidez. Por último, en 1922 se promulga la Ley de Suspensión de Pagos con carácter provisional, aunque ha tenido vigencia hasta nuestros días. Con esta norma, diseñada para resolver el caso particular de la crisis del Banco de Barcelona, se produce un retorno a la situación anterior, siendo posible la declaración de suspensión de pagos bien por insolvencia provisional (iliquidez), bien por insolvencia definitiva.

Tanto el C.Com 1829, como el C.Com 1885, la LSP 1922 junto con el CC y la LEC 1881 constituían el Derecho concursal español, caracterizado por su arcaísmo y dispersión. A ello se unía la complejidad derivada de la pluralidad de procedimientos, unos aplicables a los deudores comerciantes (quiebra y suspensión de pagos) y otros a los no comerciantes (quita y espera y concurso de acreedores), y, en teoría, unos con finalidad conservativa (quita y espera y suspensión de pagos) y otros con finalidad liquidativa (concurso y quiebra), si bien, en la práctica, la quiebra solía concluir con un convenio con los acreedores, y la suspensión de pagos era utilizada para eludir las normas de la quiebra. En estas circunstancias parecía aconsejable una reforma global del sistema concursal.

Prescindiendo del Proyecto de Ley concursal de 1959, elaborado por una comisión presidida por el profesor Garrigues y que no llegó a publicarse, el primer

1. No obstante, según algunos autores, ya existían en el Derecho Romano procedimientos de ejecución personal que podrían constituir el origen del Derecho concursal, pues permitían a los acreedores apropiarse de los bienes del deudor para destruirlos, siendo posible también la transmisión del patrimonio del deudor a los acreedores para su venta en bloque. Vid. ROJO, A/BELTRÁN, E., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid (Civitas), 2004, pg. 846.

2. Ya se establece la retroacción absoluta de la quiebra, siendo nulos de pleno derecho todos los actos de disposición realizados en el período sospechoso anterior a la declaración de quiebra. Y los síndicos de la quiebra son elegidos por los acreedores.

intento de reforma se produce con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. Este texto se basaba en los principios de unidad material y procesal. Diseñaba un único procedimiento para comerciantes y no comerciantes, desaparecía la ejecución separada, disminuían los privilegios, creaba las empresas profesionales de sindicatura y establecía tres soluciones para el procedimiento: convenio, gestión controlada y liquidación. Se proponía un cambio radical respecto al régimen vigente lo que impidió finalmente su aprobación. Posteriormente la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, elaborada por el profesor Ángel Rojo, era bastante más moderada que el Anteproyecto de 1983, sin embargo, tampoco llegó a ver la luz como ley³.

Por fin, se aprueba la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. Esta norma supone una reforma global del Derecho concursal vigente sin romper radicalmente con la tradición. Todo el Derecho concursal se regula en un solo texto legal (salvo algunos aspectos relativos a derechos fundamentales regulados en la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal) para todo tipo de deudores y cualquiera que sea la finalidad del mismo (convenio o liquidación). Así, el procedimiento se articula en dos fases. La primera, denominada fase común, comienza con la declaración de concurso y termina con la formación de la masa activa (conjunto de bienes y derechos que constituyen el patrimonio del deudor concursado) y la masa pasiva (lista de acreedores que concurren en el concurso). La fase común puede desembocar en otra de convenio o de liquidación.

En los siguientes apartados, abordaremos, desde un punto de vista sustantivo, las líneas generales del nuevo Derecho Concursal, incidiendo en algunas cuestiones que pueden resultar problemáticas en su puesta en práctica.

II. ÓRGANOS DEL PROCEDIMIENTO. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

La LC modifica de forma radical la configuración de los órganos del procedimiento concursal. Como señala la Exposición de Motivos (ap. IV), se simplifica la estructura orgánica del concurso, siendo dos los órganos necesarios: el juez (órgano rector del procedimiento, cuyas funciones aparecen muy reforzadas en relación a la quiebra y la suspensión de pagos⁴) y la administración concursal. La

3. Respecto a los distintos intentos de reforma del Derecho concursal español, vid. JIMENEZ SÁNCHEZ, G. "Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un impulso de los trabajos de actualización de ese sector en nuestro Ordenamiento", *Estudios Duque*, Vol. II, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1998, pgs. 1643-1653.

4. Los nuevos juzgados de lo mercantil son competentes para conocer, en primera instancia, de materias de distinta naturaleza (art. 2 LORC). Debe tenerse en cuenta que, por un lado, no todas esas materias son de carácter mercantil (por ejemplo, la propiedad intelectual) y, por otra parte, existen materias propiamente mercantiles que no les son atribuidas. Vid., respecto a esta cuestión,

Junta de Acreedores sólo actúa en el procedimiento si se abre la fase de convenio, no siendo, por tanto, un órgano necesario. Por último, el Ministerio Fiscal interviene exclusivamente en la sección de calificación.

La administración concursal es un órgano colegiado formado, como regla general, por tres miembros: un abogado; un auditor, economista o titulado mercantil y un acreedor ordinario o con privilegio general⁵. Si el acreedor es una persona jurídica, ésta deberá designar un especialista en economía como miembro de la administración concursal. También podrá realizar esta designación voluntariamente el acreedor persona física. Por otro lado, cuando lo exija la complejidad del concurso, el juez podrá nombrar auxiliares delegados cuya retribución correrá a cargo de los administradores concursales (art. 32 LC).

El nombramiento de los administradores concursales corresponde al juez. Con el objetivo de conseguir la independencia de los miembros de la administración concursal, la LC establece un régimen de incompatibilidades y prohibiciones muy severo. Además, no podrán ser nombrados como tales los “abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores”. Esta última medida impide la profesionalización en materia concursal, pues la misma persona no podrá participar en más de tres concursos cada dos años. Así, resulta criticable, por un lado, lo costoso que puede resultar éste órgano (son tres personas que cobran con cargo al patrimonio del concursado) y, por otro lado, la renuncia legal a la existencia de profesionales de la insolvencia.

El administrador concursal deberá aceptar el cargo en un plazo de cinco días desde la comunicación del nombramiento. Salvo que exista justa causa (existencia de una incompatibilidad o prohibición), no podrá negarse a la aceptación bajo sanción de inhabilitación con una duración de tres años. Es de destacar la preceptiva inscripción del nombramiento de los administradores concursales en los registros públicos, junto con el auto de declaración del concurso (art. 24 LC). Parece haberse obviado la posibilidad de que el nombramiento no sea aceptado por parte del

MORRILLAS JARRILLO, M.J., “La reforma del derecho concursal: el proyecto de ley concursal de 5 de julio de 2002”, *DN*, febrero, 2003, pgs. 1-40; DE EIZAGUIRRE, J.M., “Los juzgados de lo mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica”, *La Ley*, núm. 5648, 5 de noviembre de 2002, pgs. 1-3; DIEZ PICAZO, I., “Los juzgados de lo mercantil”, AA VV, *La reforma de la legislación concursal* (Dir. ROJO, A.), Madrid (Marcial Pons), 2003, pgs. 131-149.

5. La administración concursal será un órgano unipersonal cuando el procedimiento concursal sea abreviado, salvo que el juez justifique que el órgano debe seguir siendo colegiado (art. 27.2.3º LC). Por otra parte, existen especialidades en la composición de la administración concursal cuando el deudor concursado es una empresa de seguros, entidad de crédito, empresa de servicios de inversión o entidad emisora de valores que cotizan en bolsa (art. 27.2.1º y 2º LC).

administrador concursal, pudiendo darse el caso de que la persona que figure en el Registro como administrador concursal no lo sea en la realidad extraregistro. Por eso, hubiera sido aconsejable que la Ley exigiera la inscripción de la aceptación y no del nombramiento.

Las funciones básicas de la administración concursal son las siguientes: a) elaboración del informe regulado en los arts. 74 y 75 LC, cuyos anexos son de gran importancia. Debe acompañarse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio; b) funciones de intervención o suspensión del deudor. Deben ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores y las acciones de reintegración de la masa activa; deben asistir a las Juntas de acreedores y, en su caso, formular oposición al convenio; y deben presentar un informe en la sección de calificación.

En relación al régimen de funcionamiento de la administración concursal, es de destacar la gran discrecionalidad que la LC otorga al órgano judicial. Como regla general, serán de aplicación el régimen jurídico de los órganos colegiados. Las decisiones se adoptan por mayoría y, en caso de empate, decide el juez. Éste puede asignar facultades concretas a determinados miembros. Cuando la administración concursal conste únicamente de dos miembros, se impone el funcionamiento mancomunado. En éste último caso, cuando no exista acuerdo entre los dos miembros, decidirá el juez. Estas resoluciones judiciales (art. 35 LC) adoptan la forma de Auto contra el que no cabe recurso (art. 35 LC).

Respecto a la retribución del órgano concursal, conviene precisar que se trata de una deuda de la masa, que debe ser satisfecha con preferencia a los créditos concursales. El arancel será fijado por el juez mediante auto, previo informe de la administración concursal⁶. Los administradores concursales pueden perder la retribución en determinados supuestos: a) cuando no presenten el informe en el plazo de dos meses; b) si no asisten a la Junta de acreedores; c) cuando la liquidación se realice en un tiempo superior a un año, con la consiguiente separación del cargo en este caso.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA COMO PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO.

El articulado de la nueva LC comienza haciendo referencia a su ámbito de aplicación desde el punto de vista subjetivo, señalando que *“la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”*. Se abandona así el dualismo procedimental para comerciantes y no comerciantes, siendo el concurso aplicable tanto a unos como a otros, si bien existen algunas especialidades para los primeros.

6. Téngase en cuenta el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. BOE núm. 216, de 7 de septiembre de 2004.

Como regla general, la personalidad jurídica constituye el único requisito subjetivo exigido legalmente para poder ser declarado en concurso (art. 38 CC), pudiendo ser declaradas en tal estado las AIE, asociaciones y fundaciones.

En principio, el concurso está pensado para un solo sujeto, si bien se regulan supuestos de declaración conjunta de concurso de una pluralidad de deudores “cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo éstos personas jurídicas, formen parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones” (art. 3.5 LC). Dos observaciones cabe realizar en torno a este precepto: por un lado, es preciso que concurra el presupuesto objetivo (la insolvencia) en todos los sujetos cuyo concurso se declara conjuntamente. Desaparece así, la extensión del concurso hacia otros sujetos (por ejemplo, a los socios personalmente responsables). Cada sujeto declarado en concurso debe serlo con las garantías legales establecidas, siendo posible, no obstante, la acumulación de concursos (art. 25 LC); por otro lado, la LC parece seguir el concepto de grupo del art. 4 LMV. Sin embargo, se refiere a “grupos de personas jurídicas”, concepto nuevo y distinto al de grupo de sociedades y grupo de empresas, que parece caracterizarse por la unidad en la toma de decisiones y “la identidad sustancial de sus miembros”. Este último extremo no forma parte del concepto tradicional de grupo, siendo, por otro lado, de difícil interpretación.

Como excepción a la exigencia de la personalidad jurídica, la LC se refiere a la herencia, cuyo concurso podrá ser declarado en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente (art. 1.2 LC). Por otra parte, no podrán ser declarados en concurso las entidades de Derecho público, pudiendo interpretar este precepto como una manifestación de la denominada “huida del Derecho de sociedades”.

La referencia legal a la personalidad jurídica nos plantea una serie de cuestiones. En primer lugar, habría que determinar si las comunidades de bienes pueden ser declaradas en concurso. La doctrina distingue dos tipos de Comunidades de Bienes. De un lado, la *comunidad romana o por cuotas* (arts. 392 y ss. CC), que no podrá ser declarada en concurso por carecer de personalidad jurídica. No obstante, sí es posible la declaración de concurso de los comuneros individualmente, siempre que concurren los demás presupuestos legales de declaración de concurso. De otro lado, puede hablarse de *comunidad de bienes empresa o funcional*. A este tipo de comunidades de bienes parece reconocerse personalidad jurídica en distintos sectores del Ordenamiento (Derecho tributario y Derecho laboral). En estos casos, considera la doctrina que la Comunidad de Bienes no es tal. Se trata más bien de una sociedad irregular con objeto mercantil, por lo que se rige, en cuanto a su régimen de responsabilidad por las normas, de la sociedad colectiva⁷. Siguiendo

7. ALONSO ESPINOSA considera que “serán sociedades civiles si la actividad que desarrollan no es empresarial y serán sociedades colectivas (irregulares) si la actividad que desarrollan es empresarial, aunque, también pueden, según los casos, ser sociedades internas, aunque manifiestas. Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “Teoría general de sociedades”, AA VV, *Curso fundamental de Derecho Mercantil* (Dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Murcia (Fundación Universitaria San Antonio), 2004, pg. 35.

esta posición doctrinal, la Comunidad de bienes funcional quedaría sometida al concurso en las mismas condiciones que una sociedad colectiva (art. 48 LC).

Por otra parte, la posible reapertura del concurso de una persona jurídica ya cancelada registralmente parece colisionar con la exigencia legal de personalidad jurídica como presupuesto subjetivo de declaración de concurso. Así, el art. 179 LC permite que, en cualquier momento y sin ningún límite temporal, se reabra el concurso de la persona jurídica, siempre que éste hubiera concluido por inexistencia de bienes y derechos⁸. La reapertura del concurso será declarada por el mismo juzgado que conoció del primer procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. En realidad, no parece tratarse de un nuevo concurso, sino más bien de un supuesto de reintegración de la masa activa de otro declarado anteriormente. En este sentido, es significativo, por un lado, el dato de que sólo cabe la apertura cuando el concurso hubiera concluido por inexistencia de bienes y derechos, y, por otro lado, la limitación a las operaciones de liquidación. La aparición de nuevos bienes o derechos con posterioridad a la conclusión del concurso, determina la necesidad de liquidarlos, con independencia de que la persona jurídica haya dejado de existir como tal. No procede una nueva declaración de concurso por lo que no es necesario que concurran en el momento de la reapertura todos los presupuestos legales exigidos a tal efecto, incluido el de la personalidad jurídica del sujeto⁹.

Otra cuestión de particular importancia, directamente relacionada con el presupuesto subjetivo del concurso, es la referente a los sujetos que pueden someterse al procedimiento concursal abreviado. La LC prevé la posibilidad de que el concurso de determinados sujetos se tramite a través de un procedimiento abreviado o, mejor dicho, que el concurso de éstos quede sometido a una tramitación abreviada, pues únicamente se reducen los plazos a la mitad y se simplifica la composición de la administración concursal a un solo miembro, que no parece que pueda ser un acreedor (art. 191 LC). Pues bien, en cuanto al ámbito de aplicación de la tramitación abreviada, es de destacar la amplia discrecionalidad otorgada al órgano judicial. Deben concurrir dos requisitos cumulativos. Por un lado, que la estimación inicial del pasivo no supere 1.000.000 de euros y, por otro lado, que el sujeto esté autorizado para presentar balance abreviado (art. 190 LC).

En primer lugar, no parece conveniente el establecimiento de una cantidad de 1.000.000 de euros sin índice revalorizador alguno, pues ello implica un desfase

8. Por el contrario, si se trata de una persona natural, sí se establece un límite temporal a la reapertura del concurso. Sólo el concurso declarado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior se considera reapertura de éste. En este caso, el juez que conozca del procedimiento incorporará al mismo todo lo actuado en el procedimiento anterior (art. 179.1 LC).

9. Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., AA VV, *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G.), t. II, Madrid (Dikinson), 2004, pgs. 1491-1505.

temporal de la norma a medio o largo plazo. Por otro lado, si el concurso es voluntario, el deudor presentará la documentación en la que podrá estimarse el valor del pasivo; pero, si el concurso es necesario, el acreedor no tiene que presentar ningún documento referente al pasivo en su totalidad. Pasarán diez días hasta que el deudor presente la documentación, con lo cual, será muy difícil saber cuál es el pasivo en el momento de la declaración. No obstante, la LC prevé la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de parte, ordene la conversión del procedimiento ordinario en abreviado y viceversa, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, siempre que concurran los presupuestos legales establecidos al efecto (art. 190.2 LC).

Parece que la autorización para presentar balance abreviado como requisito para la tramitación abreviada del concurso, es exclusivo para las personas jurídicas. Si así lo interpretamos, podemos afirmar que la posibilidad de acogerse a la tramitación abreviada del procedimiento concursal se otorga a todas las personas físicas y a las personas jurídicas autorizadas para presentar balance abreviado. En este sentido, conviene recordar que, mientras que todas las sociedades personalistas pueden presentar balance abreviado sin ningún límite cuantitativo, tratándose de sociedades capitalistas sólo pueden hacerlo las que respeten los límites establecidos legalmente al efecto¹⁰.

IV. INSOLVENCIA ACTUAL E INMINENTE. HECHOS EXTERNOS DE INSOLVENCIA.

La determinación del presupuesto objetivo del procedimiento, esto es, los hechos o circunstancias que posibilitan su apertura, ha sido un tema clásico en el Derecho concursal español. La doctrina y jurisprudencia discrepaban en cuanto a la configuración legal del mismo, sobre todo, en relación al procedimiento de quiebra. Mientras que un sector defendía la posibilidad de iniciar la quiebra cuando se producían determinados hechos externos de insolvencia (cese generalizado de pagos), otro sector mantenía que era necesario acreditar que existía una verdadera situación de crisis patrimonial de fondo¹¹.

La nueva LC, por una parte, se refiere a la *insolvencia* como presupuesto objetivo del concurso, otorgando un tratamiento dualista a este concepto:

10. Según el art. 181 LSA, podrán formular balance abreviado las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos, reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no superen los trescientos millones de pesetas; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los seiscientos millones de pesetas; c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

11. Respecto a la configuración del presupuesto objetivo en el antiguo procedimiento de quiebra, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Almería (Universidad de Almería. Servicio de publicaciones), 2000.

insolvencia actual e insolvencia inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Hace referencia a un estado económico financiero: la imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles. Son obligaciones exigibles las deudas dinerarias, vencidas y líquidas, que han generado acción para exigir su pago, careciendo el deudor de excepciones válidas para oponerse al mismo. La insolvencia inminente, por el contrario, hace referencia a la *previsión* de no poder cumplir regular y puntualmente las obligaciones. Se trata de un estado de insolvencia potencial (según la exposición de motivos una insolvencia futura) pero fundado, que es necesario acreditar. Debe demostrarse que no se podrá pagar en las circunstancias de tiempo establecidas, previéndose así el concurso por morosidad y no por incumplimiento. Aunque la Exposición de Motivos se refiere a la “facultad del deudor de anticiparse”, solicitando el concurso por insolvencia inminente antes de llegar al estado de insolvencia actual, en realidad, si el deudor es una persona jurídica parece tratarse de un deber (y no una facultad) de los administradores sociales, siendo una manifestación del deber general de diligencia en el desempeño del cargo, salvo que opten por promover la disolución de la sociedad si concurre una causa legal que la justifique según el Derecho societario (arts. 260 LSA y 105 LSRL). Así, la solicitud del concurso por insolvencia inminente parece tener una finalidad conservativa, mientras que el concurso por insolvencia actual iría dirigido a la satisfacción de acreedores mediante convenio o liquidación.

La legitimación para solicitud de la declaración de concurso corresponde al deudor (concurso voluntario), tanto en supuestos de insolvencia actual como inminente; y a los acreedores (concurso necesario), sólo en el caso de insolvencia actual. El juez deberá juzgar según la modalidad de la insolvencia.

Cuando el concurso es solicitado por los acreedores, sólo deberán acreditar alguno de los hechos típicos externos de la insolvencia: el embargo generalizado del patrimonio del deudor¹², el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones¹³, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor¹⁴ o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la

12. Conviene precisar que el embargo fracasado de los bienes del deudor sólo puede ser alegado por el acreedor instante y no por el resto de acreedores.

13. El sobreseimiento general de pagos (2.4.2º LC) era susceptible de dos interpretaciones, a la luz del C.Com 1885: bien como cesación de pagos o bien como insolvencia de fondo. El TS estableció que debía tratarse de un cese definitivo general y completo, decantándose a favor de la insolvencia de fondo.

14. Puede incluirse dentro de este concepto: la desaparición del deudor o los administradores, la desaparición del patrimonio (capitulaciones matrimoniales, simulaciones, negocios hipotecarios ficticios,...) e incluso el abandono de las funciones de los administradores.

seguridad social¹⁵ o laborales (art. 2.4 LC). Se trata de presunciones *iuris tantum* de la insolvencia. Posteriormente, se dará audiencia al deudor, pudiendo éste probar que no se encuentra en tal estado. Cabe, por tanto, la oposición del deudor, pudiendo incluso proceder a la consignación del crédito del acreedor instante a su disposición.

Si el concurso es voluntario, además de los hechos externos de la insolvencia expresamente mencionados en el art. 2.4 LC, el art. 14.2 LC permite al deudor alegar “otros hechos” que acrediten su insolvencia (por ejemplo, determinadas circunstancias de mercado que puedan provocar una crisis, una guerra u otros hechos endógenos de crisis diferentes a los típicos del art. 2.4 LC). Además, el deudor podrá, desde este primer momento, presentar una propuesta de convenio, evitando trámites y gastos, con el consiguiente beneficio para los acreedores. En este caso, no existe un trámite de oposición de los acreedores a la declaración de concurso, pudiendo únicamente recurrir en apelación ante la Audiencia Provincial.

En el auto de declaración del concurso debe especificarse si es necesario o voluntario, otorgándole la debida publicidad a través de edictos y de los registros públicos.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

La declaración de concurso produce una serie de efectos jurídicos sobre el deudor y sobre los acreedores, así como sobre los contratos pendientes de ejecución.

1. EL DEUDOR Y LOS ACREEDORES TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

El régimen de los efectos del concurso sobre el deudor establecido en la LC es muy similar al de la antigua suspensión de pagos. Si el concurso es voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, bajo la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad (por ejemplo, la formulación de cuentas corresponde al deudor con el control de la administración concursal). Por el contrario, si el concurso es necesario, las facultades de administración y disposición patrimonial quedan en suspenso siendo realizadas por los administradores concursales (en este caso, la formulación de cuentas sería realizada por los administradores concursales). La inhabilitación sólo procede cuando el concurso se califique como culpable (art. 172.2.º LC).

15. La configuración del incumplimiento generalizado de ciertas clases de obligaciones cuyo acreedor es el Estado durante los tres meses anteriores a la declaración del concurso (art. 2.4.4º LC) como un hecho externo de la insolvencia puede funcionar como una vía rápida para el cobro de estos créditos si tenemos en cuenta que el art. 19 LC permite que el deudor pruebe ante el juez que no se encuentra en estado de insolvencia, evitando así su la declaración de concurso, previa consignación de la deuda vencida.

Por otro lado, la declaración de concurso, como regla general, no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Éste podrá seguir realizando los actos propios de su giro o tráfico motu proprio o a través de la administración concursal. Sólo como excepción, el juez podrá acordar mediante auto, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones, o el cese o suspensión, total o parcial de la actividad empresarial (art. 44 LC).

La similitud de régimen entre la suspensión de pagos y la nueva LC, en relación a esta cuestión, puede permitirnos la aplicación de la doctrina y jurisprudencia anterior a la interpretación y estudio de los nuevos preceptos. Según el art. 40.7 LC, los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas en los apartados anteriores (aquellos en los que no exista autorización o conformidad de los administradores concursales, en caso de intervención, o que no sean realizados por la propia administración concursal, en caso de suspensión de facultades), podrán ser anulados a instancia de la administración concursal cuando ésta no los hubiere convalidado o confirmado. El nuevo Derecho concursal acoge, por tanto, las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales tendentes a suavizar la nulidad radical de los actos realizados sin el concurso de la intervención judicial durante el expediente de suspensión de pagos (art. 6 LSP), entendiéndose que, en protección de la seguridad del tráfico jurídico, solamente debían declararse nulos aquellos actos que fueran perjudiciales para los acreedores¹⁶.

Así, con arreglo a la nueva Ley Concursal, cabe la posibilidad de que la administración concursal convalide los actos realizados con infracción de las limitaciones establecidas. En caso contrario, procede el ejercicio de la acción de anulación, siendo la única legitimada a estos efectos la administración concursal. La acción dejará de tener vigencia en determinados supuestos: a) si la administración concursal convalida o confirma el acto; b) por el transcurso de un mes desde el requerimiento de los acreedores o interesados; c) con el cumplimiento del convenio; c) con la finalización de la liquidación.

Por otra parte, los actos que infrinjan dichas limitaciones no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean convalidados o confirmados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.

Por lo que respecta a los acreedores, la declaración de concurso supone que todos ellos quedan integrados en la masa pasiva. Se paralizan las acciones individuales que éstos hubieran promovido contra el patrimonio del deudor concursado salvo que se trate de acciones declarativas, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Como novedad, la Ley Concursal establece la paralización

16. Vid. STS de 22 de abril de 1980 (RJ 1980/1531); STS de 22 de abril de 1987 (RJ 1987/2722); STS de 14 febrero de 2002 (RJ 2002/1345).

de las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos a su actividad profesional o empresarial, mientras se negocie un convenio o se realice la liquidación, con el plazo máximo de un año desde la declaración de concurso (art. 56). Por otra parte, desde la declaración de concurso: se prohíbe la compensación de créditos, con la excepciones relativas a los sistemas de pagos y liquidación de valores (art. 58); se suspende el devengo de intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 59); y se interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración y de las acciones contra socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora (art. 60).

2. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN.

2.1. Aspectos generales.

En la determinación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos pendientes de ejecución (arts. 61-73 LC) deben distinguirse dos supuestos:

Si una parte ha cumplido íntegramente su prestación y la otra (el concursado o la parte *in bonis*) está pendiente de cumplimiento, el crédito o la deuda se incluyen en la masa activa o pasiva del concurso. Así, la LC recoge las soluciones que había propuesto la doctrina en la interpretación del C. Com. 1885¹⁷.

Si ninguna de las partes ha cumplido con su prestación, como regla general, la declaración de concurso no produce la suspensión ni la ineficacia de las obligaciones que surgen de contratos sinalagmáticos. La continuación del contrato opera automáticamente *ex lege*. La obligación del concursado se realiza con cargo a la masa, lo que significa que es un crédito prededucible (art. 84.2.6 LC).

El diferente tratamiento de la parte *in bonis* en uno u otro caso se basa en el hecho de que la prestación, una vez cumplida, ya forma parte del patrimonio del

17. El C.Com. 1885 recogía una solución parcial. Sólo se refiere a los efectos del procedimiento concursal sobre la compraventa de mercaderías a plazo. Así, se consideran de dominio ajeno y se entregarán a sus legítimos dueños (en contra de la teoría del título y el modo del CC), “los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos” (art. 909 8 C.Com). Y, del mismo modo, “las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenio para hacerla, y aquéllas cuyos conocimientos, o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riego del comprador” (art. 909.9 C.Com).

concurtido y no cabe el remedio resolutorio del CC, pues ello supondría una sustracción a la ley del dividendo.

Como excepción, cabe la posibilidad de acordar la resolución del contrato, bajo la supervisión del órgano judicial. La resolución producirá el efecto de restituir las prestaciones cuando hayan sido parcialmente cumplidas. Se trata de un régimen imperativo, teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Implícitamente se faculta al concursado o a la administración concursal de asumir el cumplimiento (que deberá ser en su totalidad) siempre que la obtención de la prestación de la parte *in bonis* sea beneficioso para los demás acreedores.

2.2. El contrato de trabajo. Referencia a los créditos salariales.

En coherencia con la regla general de continuidad de la actividad empresarial (art. 44), la declaración de concurso no implica la extinción automática de los contratos de trabajo. Por el contrario, resultan aplicables las reglas de tramitación de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales. La LC regula, de forma detallada, el momento y la legitimación para solicitar la iniciación de estos expedientes. El juez del concurso deberá resolver, previa consulta a los representantes de los trabajadores y a la vista del informe de la Autoridad Laboral, mediante auto contra el que cabe recurso de suplicación. Por otra parte, la LC otorga a los trabajadores la posibilidad de interponer una demanda incidental sobre su contrato, de la que conocerá el juez del concurso con arreglo a los trámites del incidente concursal, siendo la sentencia también recurrible en suplicación (art. 64.8.II LC).

Las acciones resolutorias por falta de pago a las que se refiere el art. 50.1 b) del Estatuto de los trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, a efectos de su tramitación ante el juez del concurso, cuando afecte a un determinado número de trabajadores (art. 64.10 LC). La nueva LC, por último, regula expresamente los efectos del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección (art. 65 LC) y sobre los convenios colectivos (art. 66 LC).

Uno de los objetivos perseguidos por el trabajador en el concurso es la consideración de su crédito como privilegiado en relación con los demás créditos concursales. En este sentido, es de destacar la desaparición del denominado superprivilegio del art. 32.1 ET. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, es considerado como crédito contra la masa y será satisfecho antes de proceder al pago de los créditos concursales. Ahora bien, las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Por tanto, se pierde la preferencia respecto a créditos hipotecarios y pignoratícios vigente antes de la entrada en vigor de la nueva LC.

También constituyen créditos contra la masa los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, incluidas las indemnizaciones por cese y por recargos de prestaciones y las indemnizaciones previstas en el art. 64 LC. Por otro lado, se reconocen, como privilegiados especiales, los créditos refraccionarios de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sea propiedad o estén en posesión del concursado (art. 90.4 LC); y, como privilegiados generales, los créditos por salarios hasta el triple del salario mínimo interprofesional y por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, de enfermedad profesional o accidente de trabajo y los recargos sobre prestaciones de seguridad social.

VI. LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO Y SU REINTEGRACIÓN.

La masa activa del concurso está formada por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor (salvo los inembargables) a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta su conclusión. La reintegración de bienes al patrimonio del concursado puede producirse a través de la rescisión de aquellos actos que, siendo perjudiciales para la masa activa, hubieran sido realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (art. 71 LC).

El sistema de reintegración de la masa instaurado en la nueva LC supone una ruptura con el régimen legal anterior. El art. 878.2 C.Com 1885 establecía la nulidad absoluta de todos los actos realizados por el deudor durante el período de retroacción de la quiebra que era fijado judicialmente. Este sistema fue muy criticado por nuestra doctrina debido a la gran inseguridad que provocaba en el tráfico jurídico económico, pues todos los actos realizados durante ese período de retroacción eran nulos con independencia de que fueran o no perjudiciales para la masa activa¹⁸. La nueva LC (arts. 71-73) recoge las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia de los últimos años e instaura un sistema de rescisión de los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la

18. Vid., por ejemplo, MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en procedimientos concursales de la quiebra*, Barcelona (Bosch), 1986; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "Última Jurisprudencia en materia de retroacción de la quiebra", *RJRM*, núm. 18, 1994; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona (Aranzadi), 1997; ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, (Mc Graw Hill), 1996.

declaración de concurso *que resulten perjudiciales para la masa*, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71 LC). Se establecen, además, una serie de presunciones, unas *iuris et de iure* y otras *iuris tantum*, del perjuicio patrimonial, si bien, de la lectura de algunos preceptos entendemos que lo que en realidad se está presumiendo es la intención fraudulenta, pues los actos descritos son, por naturaleza, perjudiciales para la masa activa (ejm: las donaciones). Así, sin admitir prueba en contrario se presume el perjuicio patrimonial en los *actos de disposición a título gratuito* y en los *pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*. Por otro lado, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio patrimonial, cuando se trate de *actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna persona especialmente relacionada con el concursado* o la *constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas*. En todos los demás casos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercita la acción de rescisión.

No obstante, el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación del deudor que procedan conforma a Derecho (nulidad, anulabilidad, rescisión, simulación,...).

La LC no se refiere expresamente a la posible rescisión o impugnación de los pagos de deudas vencidas realizados por el deudor concursado antes de la declaración de concurso. En principio, puede pensarse que los pagos realizados antes de la declaración de concurso por deudas vencidas son actos debidos del deudor y, por tanto, no pueden ser perjudiciales (*quid suum recepit nullam videre fraudem facere*). Así, la LC sólo presume el perjuicio el patrimonial en los supuestos de pago anticipado de créditos ("*extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*"). Del mismo modo, el art. 1292 CC declara rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones *a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*.

Ahora bien, podemos considerar que "pagar íntegramente a un acreedor y no poder hacerlo a los demás, entraña un perjuicio para éstos y, para aquel, un cierto enriquecimiento si se compara con lo que le hubiera sucedido dentro del concurso"¹⁹. Es decir, el pago de deudas vencidas antes de la declaración de concurso puede suponer una alteración e infracción del principio *par conditio creditorum*, otorgando preferencia a unos acreedores, que ven satisfecho su crédito, en perjuicio de los demás que, dentro del concurso, hubieran cobrado con anterioridad dada su posición en el orden de prelación de créditos. Así, podemos

19. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., AA VV, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Madrid (Bosch), 1995, pg. 338.

entender que el *perjuicio* al que se refiere el art. 71.1 LC puede consistir en una *alteración de la par conditio creditorum*. Tal identificación se justifica si tenemos en cuenta la *ratio legis* de la presunción *iuris tantum* del perjuicio patrimonial en el pago anticipado de créditos. En este caso, el legislador considera perjudicial y, por tanto, sanciona el trato preferente a unos acreedores, a quienes se les paga un crédito que aún no ha vencido, sobre los demás que se ven sometidos a las reglas del concurso. Este mismo fundamento debería utilizarse para impugnar el pago de créditos vencidos. Sin embargo, nos encontramos con el obstáculo de que, antes de declaración del concurso, en realidad, todavía no rige el principio de comunidad de pérdidas y, por tanto, el deudor no está obligado a seguir un orden de prelación en el pago a sus acreedores. Por ello, el argumento de la alteración de la *par conditio* no parece suficiente para admitir la impugnación del pago de una deuda vencida. Debe concurrir un elemento adicional y no es otro que el ánimo fraudulento, esto es, la intención del deudor de favorecer a uno o varios acreedores en perjuicio de los demás.

Así, en nuestra opinión, de acuerdo con la regla general del concurso, serán rescindibles los pagos por deudas vencidas realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (art. 71.1 LC) siempre que el perjuicio patrimonial resulte probado por quien ejercita la acción (art. 71.4 LC). En este caso, como se ha dicho, habrá de probarse, el ánimo de fraude, esto es, la intención de favorecer a unos acreedores en perjuicio de los demás a sabiendas de la próxima declaración de concurso del deudor. Esa intención fraudulenta se presume, salvo prueba en contrario, cuando se trata de pagos (actos dispositivos a título oneroso) realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1 LC). Fuera del plazo de los dos años podrá ejercitarse la acción pauliana (art. 1291.3º CC) que tiene un plazo de caducidad de cuatro años (art. 1299 CC).

En cualquier caso, si se trata de pagos realizados en el ámbito de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales no podrán ser objeto de rescisión en ningún caso (art. 71.5 LC). Esta previsión resulta coherente con el principio general de seguridad jurídica en las relaciones comerciales y con la previsión de que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad del deudor (art. 44 LC). En cualquier caso, del concepto de actos de tráfico ordinario realizados “en condiciones normales”, quedan excluidos los actos fraudulentos.

VII. SOLUCIÓN DEL CONCURSO: CONVENIO Y LIQUIDACIÓN.

El concurso puede concluir con un convenio entre el deudor concursado y los acreedores o con la liquidación del patrimonio del deudor. El convenio es, según la Exposición de motivos, la solución normal del concurso, si bien su contenido es bastante limitado, por lo que se restringe la autonomía de la voluntad de las partes.

Podrán acordarse quitas no superiores a la mitad del importe de los créditos, aplazamientos no superiores a cinco años o ambas cosas a la vez (art. 100 LC). El legislador pretende evitar convenios excesivamente gravosos para los acreedores. Sin embargo, resulta llamativa la no coincidencia con los presupuestos de apertura de la fase de calificación (quitas superiores a 1/3 o esperas superiores a tres años). Por otro lado, los límites generales al contenido del convenio pueden ser superados cuando se trate de empresas *cuya actividad tenga especial trascendencia para la economía*, lo cual resulta de difícil interpretación. No queda claro si debe tratarse de empresas que, por su dimensión, volumen de negocios o número de trabajadores, resulta conveniente mantener o de aquellas cuya “actividad” tenga carácter esencial siendo recomendable su subsistencia. Esta última interpretación parece resultar más acorde con la literalidad del precepto.

Se admiten expresamente propuestas de enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial (o de determinadas unidades productivas) a favor de una persona natural o jurídica determinada, siempre que el adquirente asuma la continuación de la actividad empresarial (art. 99.2 LC). La LC no prohíbe expresamente que esa “persona natural o jurídica determinada”, que adquiera el conjunto de bienes del deudor para continuar con la actividad, sea un acreedor, por lo que, en principio, nada impediría que así fuera. Sin embargo, en el párrafo siguiente se prohíbe la cesión de bienes a los acreedores en pago (*pro soluto*) o para pago (*pro solvendo*) de sus créditos (art. 100.3 LC). No parece razonable que se prohíba a los acreedores la adquisición de los bienes del concursado, ni siquiera cuando tenga por finalidad la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, y, sin embargo, sí se admita tal posibilidad para sólo uno de ellos. Ello nos induce a pensar que esa “persona natural o jurídica determinada” no puede ser un acreedor. Lo contrario supondría que aquellas empresas, cuyo saneamiento sea viable, podrían ser adquiridas por un sólo acreedor (por ejemplo, un empresario del mismo sector) que continúe con la actividad empresarial pagando al resto de los acreedores (con las quitas o esperas pactadas), pero no por el conjunto de acreedores, privando a estos últimos de los beneficios que pueden derivarse de dicha operación. Así, la literalidad del precepto nos lleva a admitir que esa persona natural o jurídica determinada pueda ser un acreedor. Sin embargo, una interpretación sistemática del mismo, en conjugación con el párrafo siguiente, hace discutible la admisión de dicha posibilidad.

El cumplimiento del convenio determina la conclusión del concurso. En caso de incumplimiento, procede la apertura de la fase de liquidación, a instancia del propio deudor, cuando conozca la imposibilidad de cumplirlo, o a instancia de los acreedores. La fase de liquidación también puede abrirse de oficio por el órgano judicial en los supuestos señalados en el art. 143 LC.

La fase de liquidación está dirigida a la realización de los bienes y derechos de la masa activa, satisfaciendo con el producto de la misma a los acreedores en el orden legalmente establecido (privilegiados especiales y generales, ordinarios y

subordinados). La apertura de esta fase implica la suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, siendo sustituido por la administración concursal (art. 145.1 LC). Por otra parte, si el deudor es una persona jurídica, la apertura de la liquidación implica la declaración de disolución de la misma y el cese de sus administradores o liquidadores (art. 145.3 LC).

VIII. LA CALIFICACIÓN.

La apertura de la sección sexta (fase de calificación), dirigida a enjuiciar y, en su caso, sancionar la conducta del deudor en relación a la insolvencia, sólo procede en los supuestos enumerados en el art. 163 LC (*numerus clausus*): *cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años; en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.*

El establecimiento de unos presupuestos objetivos de apertura de la sección de calificación determina que aquellas conductas culpables que queden al margen de los mismos no serán objeto de sanción. Tal vez, hubiera sido preferible posibilitar la apertura de la esta sección siempre que resulte necesario evaluar la conducta del deudor, sin establecer ningún elemento condicionante.

Sólo caben dos calificaciones alternativas: concurso fortuito o culpable, equiparándose en el último caso el dolo y la culpa grave. Las pautas de valoración de la conducta del deudor y de sus representantes legales u orgánicos, de derecho o de hecho (personas afectadas por la calificación), se establecen de forma coincidente a lo dispuesto en los arts. 251 a 267 CP, sancionándose sólo los comportamientos más graves (dolo o culpa grave). Así, a modo de cláusula general, el art. 164.1 señala: *“El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor...”*. Es necesario que exista un nexo causal entre la conducta y la insolvencia, debiendo atender al módulo de diligencia que corresponde al deudor.

Junto a esta cláusula general, algunos comportamientos ilícitos especificados expresamente en el art. 164.2 determinarán “en todo caso” la calificación del concurso culpable. La expresión “en todo caso” ha llevado a la consideración de estos preceptos como presunciones de culpabilidad *iuris et de iure*. Sin embargo, un sector doctrinal considera que no todos los supuestos establecen presunciones y, los que pueden considerarse como tales, lo son *iuris tantum no iuris et de iure*²⁰.

20. Vid. FARIAS BATLLE, M., “La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales”, *RDM*, 2004, pgs. 67-137. La autora señala que “ni todas las reglas establecidas en el precepto comentado son presunciones, ni las que sí pudieran ser lo son *iuris et de iure* y ninguna de las presunciones establecidas lo es de “culpabilidad” sino de “causalidad” de la insolvencia”.

En los tres primeros apartados no se establece ninguna presunción. Se sanciona el incumplimiento grave de deberes legales que no tiene porqué estar relacionado con la insolvencia. Es más, el supuesto del apartado 2º (“...inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración...”) ni siquiera es susceptible de provocar la insolvencia. Por otra parte, cuando se trata de presunciones no lo son de culpabilidad sino de causalidad. Así, por ejemplo, en el supuesto del art. 164.2.4º (“cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores...”) la culpa se afirma no se presume. Lo que se presume es el nexo causal entre la conducta y la insolvencia.

Respecto a la naturaleza de las presunciones, en los supuestos en que pueden considerarse como tales, debe tenerse en cuenta la doctrina del TC (ST de 20 de enero de 1988 y de 25 de noviembre de 1996) y TS (ST de 28 de junio de 1996, de 8 de marzo de 2002 y de 28 de junio de 2002) que impide la aplicación de las presunciones *iuris et de iure* en los procedimientos sancionadores. La sección de calificación es un procedimiento civil sancionador, en el que interviene el Ministerio Fiscal, que concluye con una sentencia que contendrá necesariamente una serie de sanciones (inhabilitación, pérdida de derechos frente a la masa,...). Por tanto, deben interpretarse estos supuestos como presunciones *iuris tantum*. A esta interpretación puede llegarse, además, si tenemos en cuenta que no se prohíbe en ningún momento la prueba en contrario, a diferencia de lo que ocurre en sede de acciones de reintegración. En este sentido, conviene tener en cuenta, por ejemplo, que en los apartados 4º y 6º no se establece ningún límite temporal. No tendría sentido que una simulación realizada por el deudor diez años antes de la declaración de concurso y totalmente ajena al mismo pudiera servir de base para calificar el concurso como culpable. Al deudor se le debe ofrecer la posibilidad de demostrar que esas actuaciones no tienen ninguna relación con el concurso. La expresión “en todo caso” debe interpretarse como un mandato dirigido al juez para que, una vez probados los hechos que se especifican (pudiendo aportar el deudor la prueba en contrario), califique el concurso como culpable

Únicamente en el art. 165 LC se establecen verdaderas presunciones de culpabilidad, como su propio enunciado indica. Se presume el dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, en tres supuestos. Los dos primeros hacen referencia a conductas concursales - incumplimiento del deber de solicitar el concurso e incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales- y el tercero, a una conducta no concursal - incumplimiento de deberes contables -.