



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*

---

**2012/64**

**Noviembre 2012**

---

**LAS CAUSAS DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO: CLÁUSULA GENERAL Y PRESUNCIONES**

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 93  
E-mail: [bvillanueva@sanchezcalero.com](mailto:bvillanueva@sanchezcalero.com)  
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es/>

*Copyright © 2012 Por el autor*

## **LAS CAUSAS DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO: CLÁUSULA GENERAL Y PRESUNCIONES\***

**BLANCA VILLANUEVA GARCÍA- POMAREDA**

**ABOGADO/DOCTORANDO DE LA UCM**

**RESUMEN:** En el trabajo se analizan los distintos supuestos que pueden originar la calificación culpable del concurso. Comenzamos con el análisis de la cláusula general de culpabilidad, que ha sido recientemente reformada, para continuar con las presunciones legales, que tratan de superar las dificultades probatorias que se podrían suscitar en esta sección.

**PALABRAS CLAVE:** Concurso, fortuito, culpable, cláusula general, presunción, prueba.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the various hypotheticals which may result in a guilty bankruptcy. We begin by examining of the general clause of guilt, which has been recently modified, to continue with the legal presumptions which try to overcome the difficulties of evidence that could arise in this section.

**KEY WORDS:** Bankruptcy, fortuitous, guilty, general clause, presumption, evidence.

---

\* Texto de la comunicación presentada en el X Seminario Harvard-Complutense "A comparative perspective on old and new problems of corporate and financial law", celebrado en Harvard Law School entre los días 24 a 27 de septiembre de 2012, con el patrocinio de ALLEN & OVERY (Madrid), BANCO SANTANDER, J & A GARRIGUES, S.L.P, ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

**SUMARIO:**

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>CONSIDERACIONES PREVIAS</b>   | <b>4</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y LA CLÁUSULA GENERAL DE CULPABILIDAD</b>  | <b>5</b>  |
| <b>III.</b> | <b>PRESUNCIONES DE CULPABILIDAD VS. PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE</b> | <b>14</b> |
|             | <b>A) PRESUNCIONES DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO</b>                        | <b>14</b> |
|             | <b>B) PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE</b>                               | <b>19</b> |
| <b>IV.</b>  | <b>RECAPITULACIÓN</b>  | <b>22</b> |

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La calificación del concurso constituye una materia de especial relevancia dentro del Derecho de la insolvencia. La eventual sentencia que declare culpable el concurso y los efectos patrimoniales y personales anudados a la misma, hacen que desde los primeros momentos del procedimiento concursal sea la sección de calificación del concurso un aspecto considerado con atención.

El contenido de la sentencia que califique el concurso como culpable viene determinado por la legislación concursal y engloba, en todo caso: (i) la determinación de las personas afectadas por la calificación y las cómplices; (ii) la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años, que concretará el Juez a la vista de la gravedad de los hechos que hayan originado la calificación culpable del concurso y el perjuicio causado; (iii) la pérdida de los derechos que, tanto las personas declaradas afectadas como las cómplices, tuvieran como acreedores, concursales o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Incluso en los concursos de personas jurídicas, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el Juzgado también podrá condenar a determinadas personas declaradas afectadas por la calificación al pago del déficit, total o parcialmente (art. 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal [en adelante, LC])<sup>1</sup>. Ésta es la llamada responsabilidad concursal,

---

<sup>1</sup> Podemos destacar la STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1084) que señala que la condena a la cobertura del déficit "*no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que se requiere una justificación añadida*". En el mismo sentido, las SSTS de 20 de abril de 2012 (RJ 2012, 5910) y 26 de abril de 2012 (RJ 2012, 6101). Para determinar el quantum de la condena individual de los afectados, el Juez ha de tener en cuenta distintos parámetros y, principalmente, prescindiendo de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, considerar la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación culpable del concurso.

que ha sido objeto de diferentes interpretaciones por nuestros tribunales y que reclama una mayor uniformidad. Pero no constituye el objeto de este trabajo, por lo que no nos podemos detener en ella<sup>2</sup>.

Constituye la pretensión de las páginas que siguen realizar un análisis sobre las causas que conllevan la culpabilidad del concurso y que se enuncian por el legislador con una sistemática peculiar. En primer lugar, el artículo 164.1 LC comienza con una cláusula general que determina la culpabilidad del concurso. A continuación, menciona unos hechos cuya concurrencia determinará en todo caso la calificación culpable del concurso –presunciones *iuris et de iure*- (art. 164.2 LC). Por último, el artículo 165 enumera tres hechos que conducirán a la existencia de dolo o culpa grave –elemento necesario para la calificación culpable del concurso- pero que admiten ser desvirtuados –presunciones *iuris tantum*-.

Para la elaboración del trabajo se consideran las contribuciones doctrinales que han tratado de dar respuesta a las incógnitas y los problemas que suscita la redacción de los preceptos de la LC, así como distintas resoluciones judiciales existentes sobre la materia.

## II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y LA CLÁUSULA GENERAL DE CULPABILIDAD

La sección de calificación del concurso tiene por finalidad sancionar las conductas dolosas o con culpa grave del deudor común o, en su caso, de sus representantes legales, orgánicos u apoderados que hayan sido el origen o partícipes en la causación o agravación del estado de insolvencia del deudor<sup>3</sup>.

---

En igual sentido, v. SSTS de 6 de octubre de 2011 ya citada y de 16 de julio de 2012 (JUR 2012, 254068).

<sup>2</sup> Sobre la responsabilidad concursal y la distinta interpretación llevada a cabo por los Tribunales, v. el análisis que hace no mucho realicé en: <http://hayderecho.com/2012/07/23/la-responsabilidad-concursal-de-los-administradores-sociales-2/>

<sup>3</sup> Sobre el carácter sancionatorio de la sección de calificación, v. ALCOVER GARAU, G. “Art. 163 LC”, en *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Alcover Garau), t. II, Madrid, (2004), pp. 1407-1409; GARCÍA-CRUCES, J.A. “Concurrido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, Madrid, (2004), p. 4917 señala que la sección tiene una doble finalidad: depurar responsabilidades y asegurar que el resultado del enjuiciamiento de las

En la sección de calificación, se mantiene latente el interés público, que se refleja en la intervención del Ministerio Fiscal -institución a la que corresponde velar por la defensa del interés público y social (arts. 1 y 3 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)- y en la sanción de la inhabilitación, destinada a proteger el mercado de los sujetos que han cometido un acto especialmente perjudicial<sup>4</sup>. Junto a este elemento, en esta sección del procedimiento concursal subyace la regla general en nuestro sistema consistente en obligar a responder por los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento de contratos (art. 1101 CC), ya por hechos extracontractuales (art. 1902 CC), siempre que deriven en relación de causa a efecto de comportamientos antijurídicos imputables al sujeto frente al que se insta la reparación.

No es una sección que se abrirá en todo concurso -a diferencia de las demás secciones- sino que ello depende de cómo haya transcurrido el mismo. Así, solo se ordenará la formación de la sección de calificación cuando la solución del concurso sea la liquidación -ya sea de forma originaria o como consecuencia del incumplimiento del convenio- y cuando el convenio aprobado judicialmente establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases una quita de un tercio o más del importe de sus créditos o una espera de tres o más años (art. 167.1 LC).

Dicho lo anterior, hemos de señalar que el concurso se calificará como fortuito o culpable (art. 163.1 LC). El legislador no define el primer concepto, sino que debe hacerse de forma negativa. Esto es, todo aquel concurso que no se califique como culpable será fortuito<sup>5</sup>. Por el contrario, para la

---

conductas redunden en beneficio del concurso y de la seguridad del tráfico. Por su parte, SANCHO GARGALLO, I. "Calificación del concurso", en *Las claves de la Ley Concursal* (Dir. Quintana Carlo, Bonet Navarro, García-Cruces), Cizur Menor, (2005), p. 547 estima que la calificación del concurso traspassa la finalidad sancionatoria y admite una finalidad indemnizatoria.

<sup>4</sup> MUÑOZ PAREDES, A. "La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal", en AA.VV. *Tratado judicial de la insolvencia* (Dir. Prendes Carril y Muñoz Paredes), t. 2, Cizur Menor, (2012), pp. 597-598; NIETO DELGADO, C. "La calificación del concurso", en *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma* (Dir. Martínez Sanz), Madrid, (2012), p. 896.

<sup>5</sup> Así lo señala la SAP de Jaén de 10 de marzo de 2008 (JUR 2008, 227040) "*la Ley Concursal no define ni fija los presupuestos del concurso fortuito que defienden los*

calificación culpable del concurso, el legislador acoge una cláusula general y unas presunciones de diverso carácter. Comenzaremos con el análisis de la cláusula general contenida en el artículo 164.1 LC, pese a que ha sido utilizada en contadas ocasiones por los Tribunales para fundamentar la declaración culpable del concurso. De modo que se puede decir que más que una cláusula general constituye una cláusula de cierre.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley 38/2011) modificó la redacción de la cláusula general con la finalidad de delimitar, subjetiva y temporalmente, el alcance de los hechos que pueden generar la calificación culpable del concurso. El mencionado precepto en su redacción actual señala que “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso”.

El alcance subjetivo de la cláusula general se enuncia de forma amplia por el legislador. Así, en primer lugar deberá tratarse de una conducta del deudor o, si lo tuviera, de su representante legal. Si el deudor concursado fuera una persona jurídica, la conducta dolosa o culposa (grave) podrá ser tanto de sus administradores o liquidadores -de hecho y derecho- como de los apoderados generales. La novedad de la Ley 38/2011 consistió en incluir a los apoderados generales entre los posibles sujetos que podían generar, con su conducta, la culpabilidad del concurso.

La primera pregunta que se plantea es si esta aclaración era necesaria o, por el contrario, era redundante, puesto que el apoderado general podía incluirse

---

*recurrentes sino que tendrá tal consideración residual siempre que no concurran las circunstancias que imponen, forzosamente, la calificación culpable*”. En igual sentido SAP de Granada de 5 de junio de 2009 (JUR 2009, 370821). NIETO DELGADO, C. “La calificación del concurso”, *cit.*, p. 901. En la anterior legislación de la quiebra sí se definía el carácter fortuito de ésta señalando el legislador que tendría lugar cuando la insolvencia tuviera su origen “en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil” (art. 887 del Código de Comercio [en adelante, C. de c.]).

dentro del concepto de administrador de hecho. El ordenamiento jurídico español no proporciona una definición de la figura del administrador de hecho, pese a venir reconocida en numerosos textos legales<sup>6</sup>. Así, cabe señalar los artículos 290, 293, 294 y 295 del Código Penal, el artículo 43 de la Ley General Tributaria, el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital y los artículos 8, 48 ter, 51, 164, 172 y 172 bis LC. Han sido la doctrina y los tribunales los que han asumido esta tarea integradora<sup>7</sup>, para lo que han tomado como base la definición incluida en el Informe ALDAMA<sup>8</sup>, que decía que los administradores de hecho eran «aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título -o con título nulo o extinguido- las anteriores funciones»<sup>9</sup> (las de los administradores formales). De manera que, podemos definir al administrador de hecho como aquél que sin ser administrador formalmente -elegido por la junta general o por sistema de representación proporcional o cooptación, cuyo cargo figure inscrito en el Registro Mercantil- sustituye en la práctica a los administradores o ejerce influencia decisiva sobre ellos. Éste se convierte en verdadero rector de los destinos societarios y, por tanto, en estos casos la justicia impide atribuir al administrador formal los efectos legales de los actos que hubieran cometido los administradores de hecho.

---

<sup>6</sup> ALCOVER GARAU, G. “Art. 164 LC”, *cit.*, p. 1412 y en “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en *Derecho Concursal* (Dir. García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro), Madrid, (2003), p. 496 se muestra crítico respecto de la falta de definición del concepto administrador de hecho por la legislación concursal en un ámbito sancionatorio como es la sección de calificación. También señala la conveniencia de que la Ley hubiera definido este concepto GARCÍA-ALAMÁN, B. “Aspectos civiles de la calificación del concurso”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. Fernández de la Gándara, Sánchez Álvarez), Madrid, (2004), p. 685.

<sup>7</sup> Sobre el concepto del administrador de hecho, PÉREZ ESCOLAR, R. “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968)”, en *RDM*, nº 108, (1968), pp. 399-414; MARTÍNEZ SANZ, F. “Los administradores responsables”, en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo y Beltrán), 4ª ed., Valencia, (2011), pp. 64 y ss; DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, (2004), pp. 217 y ss; LATORRE CHINER, N. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, (2003), pp. 95 y ss; FUENTES NAHARRO, M. “Administrador de hecho”, en AA.VV., *Diccionario de Derecho de sociedades*, (Dir. Alonso Ledesma), Madrid, (2006), pp.135-141; PERDICES HUETOS, A. “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001)”, en *RdS*, nº 18, (2002), pp. 279 y ss.

<sup>8</sup> Informe elaborado por la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas de fecha 8 de enero de 2003.

<sup>9</sup> p. 25 del Informe.



En virtud de la definición expuesta, ¿cabe afirmar que el apoderado general sea sin más un administrador de hecho? No. Para ello, es necesario que el apoderado abuse de sus poderes en contra de las directrices del órgano de administración y se convierta en auténtico rector de la vida social<sup>10</sup>. En suma, lo esencial es que el administrador de hecho es una figura de dirección y de decisión y no simplemente de ejecución de estas políticas. La Ley 38/2011 ha incrementado los sujetos con cuya actuación pueden determinar la culpabilidad del concurso. Se incluye a los apoderados generales, con independencia de que en su actuación se hubieran extralimitado de sus poderes y asumido funciones de dirección que, como hemos dicho, les atribuiría la condición de administrador de hecho. Con la redacción actual del precepto, el apoderado general que actúe en el marco de sus facultades, puede dar lugar a la calificación culpable del concurso del deudor, siempre que concurren los demás requisitos de la cláusula general que estudiaremos a continuación.

En lo que se refiere al elemento temporal, hemos de señalar que la Ley 38/2011 ha incluido en la cláusula general de culpabilidad a los sujetos que hubieran sido administradores o apoderados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. La elección de este plazo se adecúa bien al conjunto de la LC, dónde trasluce una cierta desconfianza del legislador sobre los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se considera que en este período el deudor puede tomar conciencia de su futura insolvencia y por tanto su diligencia o, en caso de que sea persona jurídica, la de sus administradores, debe extremarse. Por ello, todas las conductas realizadas en este período que suponen una disminución patrimonial se contemplan con recelo. Así, cabe destacar el régimen de la acción de reintegración, que podrá ejercitarse frente a actos perjudiciales para la masa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (art. 71.1 LC). También prevé este plazo el artículo 172.2.1º LC para los sujetos que pueden ser considerados personas afectadas por la calificación y en consecuencia ser inhabilitados, perder cualquier derecho

---

<sup>10</sup> En este sentido, v. STS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 1793).

que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y ser condenados a cubrir el déficit.

El problema que presenta la inclusión de esta referencia temporal en la cláusula general es que tiene difícil coordinación con algunas de las presunciones mencionadas en los artículos 164.2 y 165 LC. Así, imaginemos que el deudor hubiera incumplido sustancialmente el deber de llevar una contabilidad ordenada el tercer ejercicio anterior al de la fecha de declaración de concurso. Este es un hecho cuya concurrencia lleva aparejada la culpabilidad del concurso, pues el artículo 164.2.1º LC no establece ningún límite temporal. Más dificultad presenta resolver la contradicción entre la presunción de dolo o culpa grave por el hecho de no haber formulado las cuentas, competencia atribuida al órgano de administración, en el tercer ejercicio anterior al de declaración de concurso (art. 165.3 LC) y el límite de dos años de ejercicio del cargo anteriores a la declaración del concurso mencionado en la cláusula general. A ello hemos de sumar la limitación prevista por el artículo 172 LC para determinar las personas afectadas por la calificación, que serán en las que recaigan los efectos de la calificación culpable del concurso. Este precepto señala que podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o derecho, apoderados generales y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

En suma, se observa una descoordinación entre los plazos previstos en algunas presunciones, o la ausencia de ellos y, el mencionado en la cláusula general de culpabilidad, que coincide con el de las personas afectadas por la calificación. Por tanto, ¿qué ocurre si no se han formulado las cuentas en el tercer ejercicio anterior al de la declaración de concurso y se acredita la generación o agravación de la insolvencia como consecuencia de tal omisión? Nos encontraríamos ante una culpabilidad del concurso sin personas afectadas por el mismo, pues los administradores sobrepasarán el límite de imputación establecido en el artículo 172 LC. Se entiende mejor con un ejemplo. Imaginemos que los administradores no han formulado las cuentas anuales del ejercicio 2012, coincidente con el año natural, que las podrán

formular hasta marzo de 2013 (art. 253 LSC) y, el concurso se declara en noviembre de 2015. Los administradores que ejercían el cargo hasta marzo de 2013 no podrán ser declarados personas afectadas por la calificación, por cuanto el ejercicio del cargo excede del plazo de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, que como hemos dicho se produce en noviembre de 2015.

Ante esta antinomia nos parece que se impone la interpretación sistemática, que permita aplicar el límite de dos años a todas las conductas. Con ello se consigue una coordinación y mayor coherencia entre la cláusula general de culpabilidad y las distintas presunciones y los efectos derivados de la sentencia que califique culpable el concurso –autoría e imputabilidad<sup>11</sup>. En cualquier caso, es conveniente que el legislador en futuras reformas asuma el compromiso de evitar estas contradicciones normativas que tan solo generan inseguridad jurídica y problemas de aplicación de la Ley.

Además del alcance temporal y subjetivo de la cláusula general, ésta se compone de distintos requisitos que pasamos a analizar brevemente: (i) Una acción u omisión con dolo o culpa grave; (ii) la generación o agravación del estado de insolvencia; (iii) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la generación o agravación del estado de insolvencia.

*(i) Acción u omisión dolosa o con culpa grave*

El primer requisito es la existencia de una conducta –que puede ser activa u omisiva- de los sujetos que hemos señalado con anterioridad, que haya tenido como resultado la generación o agravación de la insolvencia. La acción u omisión puede ser de distinto carácter, pero, cuando se trate de alguna de las enunciadas en los artículos 164.2 y 165 LC habrá que recurrir a éstos y no a la cláusula general. Cuando se trate de actos realizados por el órgano de administración parece coherente considerar que serán de gestión o representación de la compañía, pues son estas las funciones que les

---

<sup>11</sup> De esta contradicción se ha hecho eco MUÑOZ PAREDES, A. “La calificación del concurso”, *cit.*, p. 642 que sostiene la conveniencia de realizar esta interpretación sistemática.

encomienda la Ley (art. 209 LSC). Cuando el acto fuera imputable a los liquidadores será como consecuencia de la realización de las operaciones de liquidación (arts. 371 y ss. LSC). Cuando se trate de actos realizados por el apoderado general, en principio, habrá que atender a los contenidos en el acuerdo de delegación de facultades. Pero las conductas reprochables también se podrán enmarcar en otro ámbito distinto al de las competencias legales, estatutarias o convencionales de cada uno de los sujetos mencionados, que sean consecuencia de una extralimitación de facultades<sup>12</sup>.

Para que la conducta que genere o agrave el estado de insolvencia del deudor ocasione la calificación culpable del concurso deberá haberse realizado con dolo o culpa grave. No determina la Ley estos conceptos, por lo que hemos de recurrir a las definiciones clásicas del Derecho civil. El dolo supone la mala fe y la voluntariedad respecto del resultado dañoso, en este caso la generación o agravación del estado de insolvencia<sup>13</sup>. Por el contrario, la culpa grave supone la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta que, no obstante, se realiza contrariamente a una diligencia elemental<sup>14</sup>. No siempre es sencillo separar las conductas dolosas y culposas, por cuanto existen otros estadios intermedios que oscurecen la línea divisoria. Nos referimos al dolo eventual o la culpa consciente, que han quedado incluidos en el elemento subjetivo del acto susceptible de generar la calificación culpable del concurso<sup>15</sup>.

A pesar de que tanto el dolo como la culpa grave son susceptibles de originar la calificación culpable del concurso, no es indiferente que concurra uno u otra, sino que ello se ponderará a la hora de determinar el contenido de la sentencia. Al respecto, resultan de aplicación los artículos 1102, 1103 y 1107 CC que prevén la moderación de la responsabilidad por los Tribunales

---

<sup>12</sup> En igual sentido, MUÑOZ PAREDES, A. "La calificación del concurso", *cit.*, p. 602.

<sup>13</sup> Sobre el concepto del dolo en Derecho civil y las distintas teorías, v. Díez-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 6ª ed., Cizur Menor, (2008), pp. 748-750.

<sup>14</sup> Por su parte, Díez-PICAZO, L. *Fundamentos*, *cit.*, pp. 746-748 señala que el artículo 1103 del Código Civil no reintroduce el sistema de graduación de culpa o de niveles de diligencia. Sobre el concepto de culpa grave, GARCÍA-CRUCES, J.A. "Art. 164 LC", en *Comentario de la Ley Concursal* (Dir. Rojo y Beltrán), Cizur Menor, (2004), p. 2523.

<sup>15</sup> Así MUÑOZ PAREDES, A. "La calificación del concurso", *cit.*, pp. 603-604.

en caso de culpa y, su alcance, en función de que la conducta sea culposa o dolosa. Solo quedan fuera de la culpabilidad del concurso las acciones u omisiones que se hayan realizado con culpa leve y levísima y aquellos casos fortuitos y de fuerza mayor (art. 1105 CC), por cuanto se considera que quedan integrados en el riesgo de empresa que es necesario asumir.

*(ii) Resultado lesivo: generación o agravación del estado de insolvencia*

Como hemos venido apuntando, la conducta debe haber ocasionado un resultado lesivo: la generación o agravación del estado de insolvencia. El estado de insolvencia se define por el legislador concursal como la situación en la que el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). También contempla la Ley el estado de insolvencia inminente como aquél en el que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC). No concreta el precepto si el resultado lesivo debe ser la insolvencia actual o también cabe que sea inminente, lo que puede plantear dudas de calado<sup>16</sup>.

*(iii) Relación de causalidad*

Por último, es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta dolosa o culposa y la generación o agravación del estado de insolvencia. Es éste quizá el elemento de mayor complicación de prueba, por cuanto en el ámbito de las empresas, pueden concurrir numerosos hechos externos y ajenos a la conducta que se estime reprochable que influyan en la insolvencia del deudor (p. ej. crisis económica general, desconfianza del mercado, etc.). Esta dificultad probatoria es la que justifica la inclusión de las presunciones que estudiaremos en el siguiente apartado del trabajo.

El legislador no exige que la conducta censurada sea causa única o exclusiva de la generación o agravación de la insolvencia del deudor, pero sí es evidente que la influencia de otros hechos, ajenos al deudor o a sus

---

<sup>16</sup> ALONSO UREBA, A. "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal", en *Derecho Concursal, cit.*, p. 533 señala que se extiende a ambas -actual e inminente-.

representantes legales u orgánicos, incidirá a la hora de determinar el contenido y efectos de la sentencia.

### III. PRESUNCIONES DE CULPABILIDAD VS. PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE

Junto a la cláusula general que hemos analizado en el apartado anterior, el legislador menciona distintos hechos, a cuya concurrencia anuda unas consecuencias. En un primer caso, los hechos llevan aparejada la culpabilidad del concurso (art. 164.2 LC). En el segundo, los hechos llevan aparejada la existencia de dolo o culpa grave en la conducta (art. 165 LC). Por otro lado, los supuestos enunciados en el artículo 164.2 LC no admiten prueba en contrario –son presunciones *iuris et de iure*- mientras que los mencionados en el artículo 165 LC sí la admiten –son presunciones *iuris tantum*-.

Con la inclusión de estas presunciones el legislador pretende aligerar la carga de la prueba de los elementos necesarios para la calificación culpable del concurso conforme hemos señalado para la cláusula general y facilitar la tramitación de la sección<sup>17</sup>. Por otro lado, muchas de las presunciones son herederas de las mencionadas en la antigua regulación de la quiebra y, el legislador, a la vista de la experiencia pudo comprobar la conveniencia de su inclusión en el texto de la LC.

#### A) PRESUNCIONES DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO

El artículo 164.2 LC menciona una serie de hechos a cuya concurrencia se anuda, “en todo caso”, la calificación culpable del concurso<sup>18</sup>. El legislador se refiere como sujeto activo de los hechos al deudor o concursado, pero por la naturaleza de los actos, puede afirmarse que cuando el concursado sea una persona jurídica, serán imputables a los administradores. Así, destaca por ejemplo el incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad, que es

---

<sup>17</sup> En este sentido, v. GARCÍA-CRUCES, J.A. “Art. 164 LC”, *cit.*, p. 2525; GARCÍA MARRERO, J. “La sección de calificación del concurso”, en AA.VV. *Derecho Concursal*, (Dir. Nieto Delgado), Valencia, (2012), p. 643.

<sup>18</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A. *La calificación del concurso*, Cizur Menor, (2004), p. 37 ha señalado la falta de sistemática y la diferente estructura de los distintos supuestos de hecho mencionados en el artículo 164.2 LC.

competencia del órgano de administración o el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, que también habrán llevado a cabo los administradores de la compañía.

En cualquier caso, lo más relevante de esta presunción es que es indiferente que concurren los elementos integradores de la cláusula general<sup>19</sup>. Esto es, la existencia de dolo o culpa grave<sup>20</sup> o la producción del resultado lesivo, a saber, la generación o agravación del estado de insolvencia<sup>21</sup> o la relación de causalidad entre la conducta y la generación o agravamiento de la insolvencia. Solo por la concurrencia del hecho base se calificará el concurso como culpable. El carácter *iuris et de iure* de las presunciones de culpabilidad de la antigua quiebra generó algunas dudas acerca de su compatibilidad con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución Española. Sin embargo, ya tuvo la ocasión de pronunciarse sobre ello el Tribunal Supremo, en el sentido de rechazar tal incompatibilidad<sup>22</sup>. Además, hemos de dejar constancia de que el legislador concursal ha delimitado el alcance de las presunciones, pues señala que la calificación no vinculará a los juzgados del orden jurisdiccional penal (art. 163.2 LC).

Pasamos a analizar brevemente cada uno de los hechos enunciados en el artículo 164.2 LC, cuya gravedad es la que motiva la consecuencia atribuida.

- (i) Infracciones contables: dentro de este primer apartado se engloban tres distintas conductas: el incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad por aquéllos que estuvieran obligados a ello, la

---

<sup>19</sup> Por ello PÉREZ DE LA CRUZ, A. "Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal", en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia, cit.*, p. 5005 señala que los concursos en los que concurre alguno de los hechos mencionados en el artículo 164.2 LC son concursos culpables "*ex ministerio legis*".

<sup>20</sup> En este sentido, v. entre otras la STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368) que señala que el alzamiento de bienes que hubiera causado perjuicio a los acreedores determina por sí solo la culpabilidad del concurso. En todo caso, la gravedad de las conductas tipificadas permiten afirmar que en ellas subyace culpa grave del sujeto. En este sentido SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007 (AC 2007, 1697).

<sup>21</sup> Así puede leerse la referida STS de 20 de abril de 2012 (RJ 2012, 5910) que señala que la calificación culpable prevista en el artículo 164.2 LC es ajena a la producción del resultado lesivo.

<sup>22</sup> Así, las SSTS de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5627) y 10 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6432).

llevar a cabo la contabilidad de doble entrada y la irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. La Ley no define qué se entiende ni por incumplimiento sustancial, ni por doble contabilidad ni por irregularidad relevante. Además, hay que considerar las presunciones de dolo o culpa grave relacionadas con la contabilidad, que menciona el artículo siguiente (art. 165 LC), de modo que las que lleven aparejada la culpabilidad del concurso han de ser más graves que éstas últimas. Habrá que atender a las circunstancias concretas del caso para valorar la trascendencia de los incumplimientos y para confirmar si pueden ser considerados como constitutivos de un incumplimiento sustancial, de una doble contabilidad o de una irregularidad relevante.

Las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (art. 34 C. de c. y art. 254.2 LSC). El legislador sanciona con la calificación culpable del concurso estos hechos, por cuanto revelan una privación de la información necesaria y veraz que ha de cumplir el deudor. Por ello, para que entre en juego la presunción es necesario que el deudor esté obligado a llevar una contabilidad, de modo que habrá de tener la condición de empresario (art. 25 C. de c.). Además, la conducta deberá haber privado a los terceros del conocimiento de su situación patrimonial veraz<sup>23</sup>. En consecuencia, a falta de una definición legal de estos conceptos habrá que atender a la relevancia de los hechos probados en el procedimiento concursal, a la importancia de la información privada y a los sujetos que hayan padecido tal omisión, así como al contenido de la presunción del artículo 165LC.

- (ii) Inexactitud grave o falsedad de la documentación presentada en el concurso: durante la tramitación del concurso el deudor está obligado a presentar numerosa documentación, que será la que permita al Juez

---

<sup>23</sup> V. la SAP de Alicante de 18 de diciembre de 2008 (AC 2009, 262) que señala que lo relevante a los efectos del precepto es que la irregularidad sea de tal entidad que no permita comprender cabalmente cual sea la verdadera situación patrimonial de la sociedad.



y a la administración concursal adoptar las decisiones. Por ello, es esencial que la documentación presentada sea veraz, de modo que las resoluciones sean acertadas y justas, para lo que habrá que atender a la realidad económica del concursado. Por ello, el legislador sanciona con la culpabilidad del concurso la presentación de documentación con inexactitudes graves –concepto que no se define y que deberá valorar el Juzgado- o con falsedades –que supone la alteración o manipulación de los datos contenidos en los documentos-. En el primero de los casos nos encontramos ante una culpabilidad grave, mientras que en el segundo se trata de una actuación dolosa. Aunque ambos conducen a la calificación culpable del concurso sí podrán tener sus diferencias a la hora de determinar los efectos de la culpabilidad sobre las personas afectadas por la calificación.

(iii) Apertura de liquidación por incumplimiento del convenio por causas imputables al concursado: la Ley prevé como causa de culpabilidad del concurso la apertura de la liquidación que venga motivada por el incumplimiento del convenio por el concursado. Dicho incumplimiento deberá ser imputable al deudor y deberá haber sido declarado por el Juez previa solicitud de algún acreedor de los que hubieran quedado vinculados por el convenio.

(iv) Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores o actos que perjudiquen la eficacia de un embargo: en estos actos tipificados por el legislador se demuestra el ánimo defraudatorio del concursado, que pretende reducir la masa activa y perjudicar el cobro de los créditos por los acreedores. El alzamiento de bienes no debe entenderse en su concepción penal, sino que es más amplio y engloba otros hechos no constitutivos de delito<sup>24</sup>. Además, para que pueda ser encuadrado en la presunción deberá haber producido efectivamente un perjuicio a los acreedores. Con respecto a los actos realizados por el deudor que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación, baste señalar que

---

<sup>24</sup> En este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A. “Art. 164 LC”, *cit.*, p. 2531.

se ha impuesto la interpretación teleológica sobre la literal, lo que ha supuesto una limitación del alcance de los actos realizados por el deudor susceptibles de ser encuadrados en la presunción<sup>25</sup>.

(v) Salida fraudulenta de bienes o derechos del deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso: el legislador prevé como causa de culpabilidad del concurso la realización de actos de disposición, que por tanto alteren el patrimonio, por parte del deudor. Para que opere esta causa de culpabilidad del concurso, la Ley exige que exista intención fraudulenta, para lo que habrá que valorar la causa que ampare dichos actos. Ello supone una diferencia esencial con las acciones de reintegración previstas en la legislación concursal que se prevén por el legislador para rescindir los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso aunque no existiera intención fraudulenta (art. 71 LC). El concepto de "salida de bienes" ha de identificarse con el concepto de acto de disposición, por lo que engloba a la transmisión a título oneroso o gratuito, la renuncia de derechos y la constitución de gravámenes sobre los bienes<sup>26</sup>.

(vi) Realización de actos jurídicos para simular una situación patrimonial ficticia: por último, la Ley prevé como causa de culpabilidad del concurso la realización de cualquier clase de acto jurídico que tenga por objeto falsear la realidad económica del deudor. En la realización de los mismos, se evidencia una intención dolosa, pues con ellos se pretende engañar sobre la situación económica del deudor.

A la administración concursal y al Ministerio Fiscal les corresponderá acreditar el hecho o conducta que invoquen, que deberá ser imputable al deudor o a su representante legal o administradores, liquidadores o apoderados generales. Con ello lograrán la calificación culpable del concurso. Al tratarse de presunciones *iuris et de iure* no cabe desvirtuar el

---

<sup>25</sup> V. por todos, GARCÍA-CRUCES, J.A. "Art. 164 LC", *cit.*, p. 2532.

<sup>26</sup> Así GARCÍA MARRERO, J. "La sección de calificación del concurso", *cit.*, p. 654; GARCÍA-CRUCES, J.A. "Art. 164 LC", *cit.*, p. 2533.

carácter doloso o gravemente culposo de la conducta, ni los efectos sobre la insolvencia, ni la relación causa-efecto entre ambos. El deudor o todos aquéllos que pudieran quedar afectados por la calificación o ser declarados cómplices solo podrán eliminar la existencia del hecho base. De modo que desaparecido éste, desaparecida la presunción.

## B) PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE

El artículo 165 LC enuncia otros hechos cuya concurrencia hace que *“se presume(a) la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario”*. La letra del precepto indica que no habrá que acreditar el elemento subjetivo de la conducta -dolo o culpa grave- pero sí los demás presupuestos de la culpabilidad, que se enuncian en la cláusula general<sup>27</sup>. De manera que a la administración concursal y al Ministerio Fiscal les corresponderá demostrar no solo la realidad de la conducta sino también el resultado dañoso y el nexo de causalidad entre aquélla y éste. La aplicación de esta tesis plantea algunas dificultades, por cuanto determinados hechos que se enuncian en este precepto se despliegan durante la tramitación del concurso, cuando ya existe el estado de insolvencia, de modo que es imposible que hayan generado dicho estado. Tan solo podría hablarse de su agravación y, por ejemplo, no parece que la inasistencia a la junta de acreedores implique la agravación del estado de insolvencia. Ante esta dificultad, se ha impuesto por un sector una interpretación correctora del precepto en cuestión, consistente en considerar que la presunción alcanza al dolo o culpa grave en la conducta que haya generado o agravado el estado de insolvencia<sup>28</sup>. La única diferencia con las

---

<sup>27</sup> Partidario de esta tesis, GARCÍA-CRUCES, J.A. "Art. 165 LC", *cit.*, p. 2536; IDEM, *La calificación del concurso*, *cit.*, pp. 58-59; MUÑOZ PAREDES, A. "La calificación del concurso", *cit.*, pp. 637-639. Asimismo, la STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368) señala que el artículo "165 LC no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable". En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (AC 2012, 629); SAP de Alicante de 8 de marzo de 2012 (JUR 2012, 217166); SAP de Barcelona de 24 de abril de 2012 (AC 2012, 961); SAP de Orense de 29 de junio de 2012 (AC 2012, 536).

<sup>28</sup> Partidarios de la interpretación correctora, GARCÍA MARRERO, J. "La sección de calificación del concurso", *cit.*, pp. 645-647 con cita de resoluciones judiciales en tal sentido; PÉREZ DE LA CRUZ, A. "Reflexiones", *cit.*, p. 5007; SANCHO GARGALLO, I. "Calificación del concurso", *cit.*, p. 554. Esta orientación la había mantenido la AP de Barcelona, pero a la vista de la tesis

presunciones del artículo 164.2 LC es, según esta tesis, la posibilidad de prueba en contrario, que se admite para las del artículo 165 pero no para las del artículo 164.2 LC.

Estos hechos son de menor gravedad que los enunciados en el apartado segundo del artículo 164 LC y esa es la razón por la que el legislador admite prueba en contrario: son presunciones *iuris tantum*. Lo relevante de éstas es que se desplaza la carga de la prueba, que en nuestro Derecho procesal correspondería ordinariamente a la parte que alegara los hechos de los que se derivara el dolo o culpa grave (art. 217 LEC). En este caso, a la administración concursal y/o al Ministerio Fiscal. Son tres las presunciones de dolo o culpa grave:

- (i) El incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso: el legislador concursal desea que el concurso comience en los primeros momentos en que se conozca el estado de insolvencia y concede dos meses al deudor para solicitar la declaración desde que lo hubiera conocido o debido conocer (art. 5 LC en relación con art. 2.4 LC). Además, permite que el deudor se anticipe a éste y solicite la declaración de concurso cuando se encuentre en insolvencia inminente. Por último, también hemos de recordar la posibilidad prevista en el artículo 5 bis LC consistente en que el deudor comunique el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que permitirán retrasar la solicitud de concurso o eliminar ese deber cuando se supere el estado de insolvencia. Pues bien, la presunción de dolo o culpa grave solo se aplicará cuando exista un deber legal de solicitar el concurso y no cuando sea una facultad<sup>29</sup> -insolvencia inminente- o se encuentre suspendido -comunicación del inicio de negociaciones-.

---

mantenida por el TS en la sentencia mencionada en la nota a pie anterior, ha modificado su criterio. Así, puede leerse la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (AC 2012, 629).

<sup>29</sup> En este mismo sentido, v. la SAP de Madrid de 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 387162).

(ii) Incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso y con la administración concursal, falta de incorporación de documentación relevante para el interés del concurso e inasistencia a la junta de acreedores: el artículo 42 LC establece el deber general de colaboración e información del deudor, que se concreta a lo largo del texto legal en otros deberes específicos, como el deber de poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros relativos a aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45 LC). Por otro lado, la Ley impone al concursado la obligación de asistir -directamente o por representación- a la junta de acreedores (art. 117.1 LC). El incumplimiento de estas obligaciones permitirá al Juez del concurso considerar la existencia de la presunción *iuris tantum* de culpa o dolo.

(iii) Incumplimientos contables en los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso: por último, el legislador determina como hechos constitutivos de la presunción de dolo o culpa grave, la falta de formulación de cuentas anuales, la falta de sometimiento a auditoría cuando el deudor tuviera obligación de auditar las cuentas o la falta de depósito de las mismas en el Registro Mercantil.

Los tres hechos mencionados anteriormente no suponen la calificación culpable del concurso en todo caso. El deudor o las personas que hayan comparecido en la sección podrán romper el efecto presuntivo, mediante la justificación de la conducta que se les haya reprochado. Así desvirtuarán la presunción de dolo o culpa grave. Además, a la administración concursal y al Ministerio Fiscal les corresponderá acreditar los demás elementos que componen la cláusula general de culpabilidad que ya hemos analizado en el apartado segundo de este trabajo.

#### **IV. RECAPITULACIÓN**

El resultado de la sección de calificación será la declaración del concurso como fortuito o culpable, con las consecuencias personales y patrimoniales anudadas a la última.

- El legislador define con una cláusula general el supuesto de la calificación culpable del concurso. La Ley 38/2011 modificó esta cláusula en el sentido de incluir a los apoderados generales como sujetos que pueden afectar con su conducta a la calificación culpable del concurso. De manera que no solo podrán influir en la culpabilidad cuando pudieran ser considerados administradores de hecho, como ocurría con anterioridad a la reforma, sino en su condición de ejecutores de las decisiones del órgano de administración.
- La Ley 38/2011 también delimitó el alcance temporal de las personas cuya conducta pudiera determinar la culpabilidad del concurso, a los que hubieran tenido cargos en las personas jurídicas los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. Con esta delimitación se logra la coordinación con las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación y se consigue vincular, autoría y responsabilidad. Sin embargo, se encuentra en contradicción con algunas presunciones legales de culpabilidad o de dolo o culpa grave, en las que o no se determina el elemento temporal o se utiliza otro distinto del de dos años. Es necesario realizar una interpretación sistemática, para lo que es conveniente aplicar el plazo límite de dos años en todos los supuestos.
- Junto a la cláusula general, el legislador enuncia unos hechos base a los que anuda una presunción. En unos casos ésta es la de culpabilidad del concurso, que no admite prueba en contrario (art. 164.2 LC). En otros, tan solo se presume la existencia de dolo o culpa grave en la conducta (art. 165 LC).
- Las presunciones contenidas en el artículo 165 LC no constituyen un tercer criterio de culpabilidad, sino que el Tribunal Supremo ha considerado que es una norma complementaria de la cláusula general (art. 164.1 LC). Por ello, la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal deberán acreditar los demás elementos de la culpabilidad: el

resultado lesivo, esto es, generación o agravación del estado de insolvencia y el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado.

- Además, el legislador permite que el deudor y todo el que haya comparecido en la sección de calificación, invoque razones justificativas de la conducta reprochada para desvirtuar la presunción de dolo o culpa grave.
- El legislador no ha delimitado con detalle los hechos a los que anuda el efecto de la culpabilidad del concurso o de dolo o culpa grave en la conducta, por lo que ha dejado en manos de los Jueces de lo Mercantil y de la doctrina, la ardua tarea de concretar qué supuestos concretos se engloban en ellos.