

La gestión durante el cumplimiento del convenio y sus efectos sobre la calificación fortuita o culpable del concurso

(STS, Sala Primera, de 13 de abril del 2016)

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril del 2016 incide sobre una cuestión controvertida en doctrina y jurisprudencia: la determinación del alcance y de las causas de la calificación del concurso en casos de «reapertura» o apertura de pieza separada por incumplimiento del convenio.

Se trata de supuestos en los que, tras la aprobación de un convenio «gravoso», porque supera los límites del artículo 167.1 de la Ley Concursal (LC), ya se habrá analizado (si se dictó auto de archivo o sentencia) o se estará analizando (en pieza principal) si la insolvencia que motivó la incoación del procedimiento concursal fue fortuita o imputable a la deficiente gestión del patrimonio del concursado conforme a las reglas generales de los artículos 164 y 165 de dicha ley. El incumplimiento de ese convenio determinará, por primera vez, la apertura de la fase de liquidación que se tramitará en la forma que prescribe el apartado 2 del artículo 167 y sus concordantes.

La controversia deriva de la interpretación que haya de darse a este precepto legal, que dispone que «se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar [...]». Esta idea se repite en el artículo 169.3, que establece que el informe de la administración concursal y el dictamen

del ministerio fiscal se limitarán a determinar «*las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable*». Del mismo modo, quienes se personen como parte sólo pueden formular alegaciones sobre «si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado» (168.2 LC).

La doctrina científica y la praxis judicial habían interpretado estas normas de forma contradictoria, pues no resulta fácil definir en qué consiste analizar «las causas del incumplimiento del convenio» a los efectos de la calificación concursal. Algunos tribunales habían entendido que se trataba de revisar las razones por las que no se hubiera dado cumplimiento al plan de pagos (o cualesquiera otras prestaciones) comprometido en el convenio, llegando incluso a aplicar normas y principios propios de la responsabilidad por incumplimiento contractual, los cuales encajan mal en el enjuiciamiento de un comportamiento de gestión patrimonial. Según otra interpretación —más acorde a nuestro juicio con la finalidad de la sección de calificación—, se trataría de analizar el comportamiento del concursado durante la fase de cumplimiento del convenio (los hechos determinantes de la reapertura, dice el art. 172 *bis* LC) y pronunciarse sobre la calificación del concurso, a la vista de dicho comportamiento y conforme a las reglas generales que se aplican a todo deudor que actúa en el tráfico (arts. 164 y 165 LC).

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril del 2016 plantea la cuestión en los siguientes términos:

La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación, la amplitud de conocimiento en la sección de calificación reabierta tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio, ha dado lugar en la doctrina y la práctica concursal a dos tesis. De un lado, se considera que debe limitarse a las causas del incumplimiento, conforme se desprendería de una interpretación literal de los artículos 168.2 y 169.3 LC. De otro lado, quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC cualquiera que fuera el supuesto de apertura de la liquidación y *con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio*, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior. Esta última interpretación parte del deber legal de solicitar la liquidación que el artículo 142.3.º LC impone al concursado cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

2. La frustración del cumplimiento del convenio

2.1. El alcance de la calificación

El tribunal rechaza correctamente la idea de analizar hechos anteriores a la aprobación del convenio y lo hace por remisión a un razonamiento que procede de la Sentencia de 12 de febrero del 2013:

La ley regulaba, en el apartado 2 del artículo 167, las consecuencias del incumplimiento del convenio, en los casos en que previamente se había abierto la sección de calificación por tratarse de un convenio gravoso para los acreedores. El convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas

tipificadas en el artículo 164.1 LC, integrado, en su caso, con el artículo 165 LC, respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el artículo 164.2 LC, salvo la 3.ª, que presupone el incumplimiento del convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver a abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC).

Pero la ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un convenio «no gravoso» para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación.

Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el artículo 163.1.2.º prescribía «la formación de la sección de calificación del concurso [...] en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación».

Su alcance, es lógico que no esté sujeto a las restricciones del artículo 167.2 LC, pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el artículo 164.2.3.º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta

por el incumplimiento de un convenio «poco gravoso» pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los artículos 164 y 165 LC, y no sólo por la reseñada en el artículo 164.2.3.º LC («incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado»).

La Sentencia de 13 de abril del 2016 asume todo lo anterior y lo completa:

En esa línea argumentativa ya apuntada, afirmamos ahora que la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria.

La sentencia es plenamente compartible en este punto. No deben analizarse hechos anteriores a la aprobación del convenio, salvo en lo que sea necesario para aplicar la responsabilidad por el déficit concursal, ya que, como sólo procede en casos de apertura de la fase de liquidación, el juez, para fijar la condena por el déficit del concurso, atenderá *tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura* (art. 172 bis, apdo. 1, párr. 2.º).

Dicho esto, lo que verdaderamente importa es definir las reglas que deben aplicarse para emitir el juicio de calificación fortuita o culpable en la reapertura o en la pieza separada y ésta es una cuestión muy conflictiva porque la calificación concursal se asienta como regla general en la constatación de si en la generación o agravación de la insolvencia existió dolo o culpa grave en la gestión del patrimonio del deudor (art. 164.1 LC) y lo demás son presunciones legales de dicha gestión defectuosa que es aquella que de modo previsible lesiona la faceta patrimonial o funcional de los derechos de crédito afectados por el estado de insolvencia (arts. 164.2 y 165 LC).

2.2. Las causas de la calificación

En lo que se refiere a este problema la sentencia introduce una idea que no se

utiliza normalmente y es la de la «frustración del cumplimiento» del convenio:

Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado. De la literalidad del artículo 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de cumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos —incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento— tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación.

De este modo, se identifica «incumplimiento del convenio» con el incumplimiento del plan de pagos o las prestaciones comprometidas en el convenio y eso se distingue de la «imposibilidad de cumplimiento». Tal imposibilidad puede deberse, entre otras razones, a la *reinsolvencia* del deudor que, previendo que no podrá cumplir con los pagos u otras prestaciones comprometidas en el convenio, debe solicitar la apertura de la fase de liquidación, a riesgo de que lo hagan los acreedores que acrediten hechos externos de insolvencia (*cf.* art. 142.2 LC).

La sentencia razona que todos estos casos deben ser tratados igual porque en todos se produce la «frustración del cumplimiento del convenio», esto es, no se ha superado la situación de insolvencia que motivó la apertura del procedimiento en la forma que fue acordada con los acreedores. La calificación debe

centrarse en averiguar si tal frustración fue fortuita o imputable (se supone que por una gestión dolosa o culpable grave) al concursado:

Interpretación que consideramos más acorde con la ratio de los artículos 167.2 y 164.2.3.º LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, *respecto de las causas de calificación*, a la determinación de si la *frustración del cumplimiento del convenio* es imputable al deudor concursado.

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo queda fijada en los siguientes términos:

La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los artículos 164.2.3.º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. *Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.*

La conclusión que se extrae de esta doctrina jurisprudencial es que el escrutinio de la gestión del patrimonio del deudor durante la fase de cumplimiento del convenio «gravoso» se centrará en analizar si la «reinsolvencia» (que determina la imposibilidad de cumplimiento con apertura obligatoria de la liquidación), la solicitud de liquidación voluntaria (que también hace imposible el cumplimiento) o el incumplimiento de los pagos o prestaciones comprometidas es imputable a razones externas o a una gestión defectuosa por parte del deudor.

Sin embargo, si hemos interpretado bien el razonamiento del tribunal, y se hace

patente cuando se observa la solución que se ofrece al caso, el análisis versará exclusivamente sobre los efectos patrimoniales que una gestión defectuosa haya podido tener sobre la frustración del cumplimiento del convenio y no sobre aquellos comportamientos que carezcan de relevancia patrimonial, como la comisión de irregularidades relevantes en la llevanza de la contabilidad o la infracción de deberes de información semestral, pero que afectan negativamente a la faceta funcional de los derechos de crédito y, de este modo, también agravan la insolvencia.

3. Otra interpretación posible

La solución que ofrece el tribunal implica una contradicción valorativa que resulta inadmisibles porque, efectivamente, se hará de peor condición a cualquiera que actúe en el tráfico que a los administradores de una persona jurídica durante la fase de cumplimiento del convenio gravoso. Por ejemplo, las irregularidades contables relevantes que puedan cometer durante ese periodo de tiempo no tendrán sanción alguna.

En nuestra opinión, es posible interpretar los preceptos legales sobre reapertura que, de forma más acorde con la naturaleza y función de las normas sobre calificación concursal, evite tal contradicción.

El principal defecto que plantea el razonamiento del Tribunal Supremo en esta sentencia es que se ha tratado de dotar de sentido material a una norma puramente *procesal*, como es el artículo 167.2 de la Ley Concursal (del que derivan los arts. 168.2 y 169.3). La finalidad de estos preceptos legales es coordinar la tramitación de la reapertura o la pieza separada con la pieza principal o la sección archivada en casos de aprobación de convenio gravoso y evitar solapamientos, no regular causas de calificación del concurso ya previstas en los artículos 164 y 165 de la ley. Dicho de otro modo: cuando el legislador invita a preguntarse sobre las causas del incumplimiento del convenio o limita los escritos de las partes en este sentido, lo hace con la finalidad de delimitar el alcance del juicio de calificación a la gestión del comportamiento del deudor

durante la fase de cumplimiento del convenio gravoso y separarlo de este modo del comportamiento anterior (es decir, se trata de valorar los hechos determinantes de la reapertura, como exige, de forma más clara, el artículo 172 *bis* de la Ley Concursal).

Creemos que el concepto «incumplimiento del convenio» se utiliza en estas normas en un sentido más amplio que el de impago de los plazos o de las prestaciones comprometidas en el convenio (distinción que aparece con claridad en el artículo 142.2 de la Ley Concursal): la regulación procesal de la calificación concibe el convenio cumplido como la superación definitiva de la insolvencia que determina el archivo definitivo del procedimiento, y el convenio incumplido, como cualquier otro resultado que implique la apertura de la fase de liquidación y, con ello, la reapertura de la calificación del concurso.

Si esto es así, si de lo que se trata es de coordinar, en caso de convenio gravoso, el enjuiciamiento del comportamiento del deudor antes de la apertura del concurso y durante el cumplimiento del convenio, ya no hay ninguna razón para aplicar causas de calificación distintas de las previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal para cualquier otro deudor insolvente.

Habrà que atender, claro está, algunas especialidades. Por ejemplo, no se puede aplicar al incumplimiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación del mencionado artículo 142.2 el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 2 de la misma ley (ni por tanto debe aplicarse la presunción del art. 165.1.º LC) porque la solicitud

debe ser inmediata, y en esto la sentencia es acertada.

En definitiva, como prevé expresamente el artículo 169.3, la administración concursal y el ministerio fiscal deben pronunciarse sobre «las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable». El juicio de calificación sirve para separar la insolvencia fortuita de la que obedece a una gestión del patrimonio del deudor que no haya mantenido una relación socialmente adecuada con la esfera de los acreedores sociales (dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia). Y no sólo se trata de perjudicar la esfera patrimonial de los derechos de crédito (*v. gr.*, interfiriendo dolosamente en la verificación de los pagos comprometidos o perjudicando ilícitamente el patrimonio del deudor), sino también su esfera funcional (*v. gr.*, cometiendo irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial). En ambos casos se produce una agravación de la insolvencia y en ambos casos se deben deducir las responsabilidades que procedan mediante la calificación culpable del concurso.

Con todo, hay que reconocer que, si ésta es la conclusión a la que razonadamente ha llegado la Sala Primera del Tribunal Supremo, habrá que reformar la ley en este punto, ya que, desde luego, no tiene sentido que durante la fase de vigencia de convenio «gravoso» los administradores del deudor queden liberados del escrutinio de su comportamiento en los mismos términos que cualquier otro que actúe en el tráfico, por ejemplo, los que lograron la aprobación de un convenio «no gravoso».