

# Observaciones a las propuestas de interpretación de la reforma de la Ley Concursal 2014 en materia de calificación culpable del concurso

**Fernando Marín de la Bárcena**

*Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*

*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*Este comentario tiene la finalidad de avanzar en el diálogo recíproco iniciado con las propuestas de interpretación de los jueces de lo Mercantil de Madrid sobre las nuevas reglas de calificación culpable del concurso (Acuerdo de 7 y 21 de noviembre del 2014).*

- 1. Cuando en la redacción del párrafo segundo del apartado primero del artículo 167 de la Ley Concursal (LC) se exime de la apertura de la sección de calificación por aprobación de convenio gravoso que no rebase los umbrales impuestos para todos o algunas clases de acreedores, ¿esas clases han de ser necesariamente las previstas en el artículo 94.2 de la Ley Concursal o puede mantenerse también que concurre la exención de la apertura cuando el trato es a favor de clases de acreedores individualizados por causas objetivas —como, por ejemplo, la fecha del devengo del crédito o su cuantía— o por el origen contractual —como créditos derivados de ciertos suministros, etc.—?**

*Respuesta:* Debe mantenerse un criterio amplio. Aunque con la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, se han introducido en el artículo 94.2 de la Ley Concursal las subclases de acreedores privilegiados y a ellos hace una particular referencia el artículo 167.1, párrafo segundo, de la Ley Concursal, no parece excluida la posibilidad de que el trato más favorable del convenio pueda ser dispensado a otras clases o tipos de acreedores determinados por criterios objetivos distintos de las subclases legales.

El fin de la referencia en el artículo 167.1, párrafo segundo, de la Ley Concursal no es alterar la interpretación que ya se venía haciendo de la improcedencia de abrir la sección de calificación en los supuestos ya previstos, sino ampliar la exención de apertura de la calificación cuando el trato de favor es, precisamente, para ciertas subclases de acreedores privilegiados. Por supuesto, no se exime de la apertura de la calificación por tal causa legal cuando el trato convencional de favor se dispensa a las clases de acreedores que por su naturaleza no estuvieran ya afectos al convenio, como los acreedores públicos por sus privilegios generales. Debe pues tratarse de las clases de acreedores que sí estuvieran afectados por el convenio a quienes se les dispense dicho trato menos gravoso.

*Comentario:* La exposición de motivos del Real Decreto 11/2014 explica que la reforma tenía por finalidad aclarar las «dudas interpretativas» que habían surgido respecto al sentido del término «clase» en el artículo 167 de la Ley Concursal. Conforme a una interpretación *estricta*, ese concepto sería equivalente a la clasificación legal de créditos en distintas categorías (ordinarios, subordinados, privilegiados) y, conforme a una interpretación

*genérica*, se trataría de acreedores que reunieran características comunes según criterios objetivos que se han de definir en cada caso (*v. gr.*, compradores de billetes de avión en el concurso de Air Madrid, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 10 de enero del 2012). Como la ley contiene una nueva subdivisión en clases de acreedores privilegiados generales o especiales (financieros, laborales, públicos y resto de los acreedores) que pueden ser afectados por el convenio, se consideró «imprescindible» aclarar que el término «clase» debe entenderse *también* referido a esos grupos de acreedores «[...] entendiéndolo *igualmente* por tales las establecidas en el artículo 94.2 [...]».

Los jueces de lo Mercantil de Madrid han concluido que, de este modo, se convalida la interpretación genérica o amplia, por lo que todavía es posible definir en los convenios clases distintas.

En nuestra opinión, sin embargo, esta idea debe matizarse. La exposición de motivos explica que se consideran clase (*también, igualmente*) los grupos de acreedores que enuncia el artículo 94.2 de la Ley Concursal (laborales, públicos, financieros, resto) porque se entienden englobados en ella una «pluralidad de acreedores beneficiados por la solución concursal lo *suficientemente amplia* como para *hacer equivalente* el tratamiento a efectos de la sección de calificación». Tal *equivalencia* sólo es posible respecto de un concepto de clase predefinido legalmente (ordinarios, privilegiados, subordinados) y no conforme a un concepto de construcción jurisprudencial resultado de una consideración caso por caso de las distintas propuestas de convenio. El concepto de clase no puede quedar al arbitrio de los operadores que, en ocasiones, plantean subdivisiones que no pueden considerarse lo suficientemente amplias como para considerar que en su conjunto el convenio no es gravoso y evitar con ello la apertura de la sección de calificación. Consideramos por tanto que el legislador ha pretendido acotar la libertad contractual en este punto y que la finalidad de la reforma es aclarar que puede dividirse a los acreedores en laborales, públicos, financieros y resto de los acreedores. En la medida en que estas clases, suficientemente amplias, no sufran la quita superior al tercio o la

espera superior a tres años debería rechazarse la apertura de la sección de calificación.

**2. De acuerdo con el tenor literal del artículo 165.4.º de la Ley Concursal, ¿qué se entiende por frustrar la consecución de un acuerdo de refinanciación? ¿Se refiere al acuerdo ya logrado cuya ejecución se hace imposible o abarca también la imposibilidad de alcanzar el acuerdo de refinanciación ante la negativa a aprobar la capitalización?**

*Respuesta:* El supuesto de hecho contemplado en la norma podría darse en ambos casos, tanto si la consecución del acuerdo mismo aparece frustrada por la negativa a alcanzar el acuerdo de voluntades de capitalizar crédito —lo que requiere no obstante una particular carga de prueba sobre aquel extremo—, como cuando, tras alcanzarse el acuerdo, su ejecución se frustra por aquella negativa, más accesible en la acreditación probatoria. Y además, la negativa a la capitalización, que genera la frustración anterior, puede manifestarse intrasocietariamente, tanto por la negativa de los administradores sociales a someter a la junta de socios el acuerdo de ampliación de capital, como por el rechazo por parte de dicha junta a la ampliación propuesta, ya que en ambos casos son comportamientos externamente imputables a la persona jurídica deudora.

*Comentario:* La solución nos parece correcta en lo que se refiere a la interpretación del término «frustrar la consecución», que puede ser *ex ante* (se impide llegar al acuerdo de refinanciación) o *ex post* (*v. gr.*, se activa una condición resolutoria como consecuencia de la negativa a capitalizar).

Otra cosa es que se quiera extender su aplicación a los administradores. La remisión que se efectúa en el artículo 172 a este concreto apartado cuarto del artículo 165 de la Ley Concursal demuestra que se trata de una presunción de concurso culpable exclusivamente referida al comportamiento de los socios (o socio único) que se nieguen a aprobar en junta general una capitalización de deuda en cualquiera de sus modalidades y en el contexto de una refinanciación por insolvencia. La

obligación de los administradores de proponer a la junta general la adopción del acuerdo de capitalización y aconsejar su adopción, si resulta lo más conveniente para la protección de la esfera funcional y patrimonial de los derechos de crédito en la proximidad a la insolvencia, deriva de las reglas generales y habrá de ser enjuiciada conforme a la cláusula general (art. 164.1 LC).

**3. Para integrar la presunción de que la capitalización responde a una causa razonable, en el artículo 165.4.º de la Ley Concursal ¿es necesario que el informe del experto independiente se pronuncie expresamente sobre dicha razonabilidad o basta con que ésta pueda deducirse de los términos propios de su contenido, previsto en el artículo 71 bis.4 de la Ley Concursal?**

*Respuesta:* De entrada debe tenerse presente que, si no existe informe al respecto, no hay presunción de que la capitalización propuesta sea razonable a estos efectos de la calificación concursal, por lo que dicha cuestión deberá ser objeto de prueba en la sección de calificación, sin interferencia de presunción alguna. Tampoco existirá la presunción cuando el número de informes que sostengan la razonabilidad de la medida de capitalización coincida con el de los que rechacen dicho carácter. En todo caso, para generar la presunción de razonabilidad a la que se refiere el precepto, es preciso que el informe contenga un pronunciamiento *ad hoc* sobre dicho juicio de razonabilidad de la capitalización concretamente propuesta, sin que pueda integrarse dicha presunción por deducciones de otros extremos típicos del informe del artículo 71 bis.4 de la Ley Concursal.

*Comentario:* La penosa redacción de la norma plantea dudas sobre cuál es el contenido del *juicio de razonabilidad*, esto es, si se refiere a la capitalización de deuda como instrumento de la refinanciación, a la negativa de los socios por el alcance de la dilución o a ambas cosas a la vez. En nuestra opinión, parece que ha de referirse a ambas cosas, pero hace falta todavía pronunciarse sobre cómo han de valorarse los activos para determinar cuándo una dilución es razonable. En

principio, cuando la posición de los socios tras la ejecución del acuerdo de refinanciación no fuera peor que en la liquidación concursal de los activos y ésta resultare inevitable, oponerse no puede considerarse legítimo. Sería preciso comparar entonces el valor que tendrían las participaciones sociales conforme a un principio de empresa en funcionamiento una vez realizada la operación con su valor en el contexto de una liquidación concursal. Si los socios no quedan en peor posición, deberían colaborar con la refinanciación.

**4. En cuanto al párrafo segundo del artículo 165.4 de la Ley Concursal y a la exclusión del derecho de adquisición preferente cuando se transmite a una sociedad *holding*, ¿debe ser ésta una entidad controlada por el acreedor transmitente de las participaciones sociales?**

*Respuesta:* Debe partirse de la siguiente reflexión: en la excepción derivada de la transmisión al *holding*, parece que, si la norma debe tener un efecto útil, la entidad adquirente deberá estar controlada por el acreedor que haya canjeado el capital (en otro caso, basta para sortear la protección del derecho de adquisición preferente de los socios que el comprador constituya un *holding ad hoc*). Si bien podría reprocharse a esta interpretación cierta incompatibilidad con el tenor literal de la norma —que alude a «cualquier entidad»—, esa objeción podría superarse fácilmente interpretando que la citada referencia lo que pretende es englobar cualquier tipología societaria que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades, no excluir la exigencia de una vinculación entre la sociedad transmitente y la adquirente. En todo caso, si la compradora está controlada por el acreedor que ha canjeado el capital, formará parte de su grupo, por lo que la previsión se nos antoja igualmente superflua.

No obstante, por criterios de seguridad jurídica, debe mantenerse que el derecho de adquisición preferente puede ser excluido en la transmisión de las participaciones sociales a cualquier sociedad *holding*, controlada o no por el transmitente, siempre y cuando la operación no engen-

dre un fraude de ley, derivado palmariamente del supuesto de constitución de dicha sociedad *ad hoc* para eludir aquel derecho de adquisición preferente de los socios.

*Comentario:* De forma un poco confusa, la pregunta denomina sociedad *holding* a «cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades». Los jueces de lo Mercantil de Madrid consideran que no es necesario que esta entidad esté controlada por los acreedores (si fuera así, sería suficiente con la referencia al grupo) para que se pueda excluir el derecho de suscripción preferente.

En nuestra opinión, la solución podría ser más sencilla. El último inciso del precepto revela los intereses contrapuestos que subyacen a la regulación («En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior»). La finalidad de la norma es que las participaciones sociales no acaben en poder de terceros distintos de quienes facilitaron la refinanciación, sin dar la posibilidad a los socios de recuperar la inversión mediante el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente. El concepto de tercero no es jurídico, sino económico, y debe referirse a los participantes en la refinanciación. Si la entidad *meramente tenedora o administradora de las participaciones en el capital de otras entidades* (denominada *holding*) en cuyo favor se realiza la transmisión es titular de un interés económico autónomo y separado respecto de quienes facilitaron la refinanciación (es *tercero* en términos económicos), habrá que reconocer siempre el derecho de adquisición preferente. El reconocimiento de este derecho es importantísimo para que este incentivo negativo a la obstaculización sea compatible con la protección del derecho a la propiedad privada.

5. **¿En qué momento del proceso de calificación se verifica la existencia de la presunción de razonabilidad de la capitalización por informe de experto independiente (o mayoría de informes coincidentes, en caso de existir una pluralidad de ellos), a fin de establecer las cargas probatorias de cada parte? ¿Existe una exigencia de**

**aportar esos informes durante el proceso de negociación de la refinanciación?**

*Respuesta:* Debe inicialmente precisarse que se ha utilizado en la formulación de la pregunta la expresión «carga probatoria» de modo impropio, al mero fin de resaltar más plásticamente dónde está la duda interpretativa del precepto, ya que dicha institución de la carga de la prueba (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no tiene por finalidad fijar *ex ante* los extremos que cada parte debe probar en la litis, sino determinar *ex post* por parte del tribunal las consecuencias de la omisión de cierta actividad probatoria. El momento preclusivo para que dichos informes puedan generar la presunción de razonabilidad de la capitalización, y con ello, a su vez, se establezca la presunción de culpabilidad concursal por negativa a capitalizar, es aquel en que se manifestó la negativa a capitalizar, ya sea por la oposición a proponerla por el órgano de administración, ya sea por el rechazo de la junta de socios a admitirla. Es una carga de la parte que invoca dicha presunción de razonabilidad, generada por los informes, probar que fueron emitidos en tiempo hábil para generarla. No obstante, para generar dicha presunción o combatirla, no es exigencia que el interesado aporte o revele los informes durante el proceso de negociación; y de hecho tales informes podrán ser aportados al incidente de calificación sin perjuicio de la controversia sobre su fecha de emisión. En todo caso, será relevante para la valoración la fecha de nombramiento del experto independiente por el Registro Mercantil.

*Comentario:* La aportación de los informes a los socios durante la negociación del proceso de refinanciación ha de servir para minimizar la prueba exoneratoria que puedan ofrecer los socios respecto de la falta de culpa o de imprevisibilidad del resultado consistente en la frustración del acuerdo de refinanciación.

6. **Cuando se delimita el círculo de sujetos afectados por la calificación, en el caso de los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización, ¿opera la misma presunción de razonabilidad de**

### la capitalización prevista en el artículo 165.4.º de la Ley Concursal?

*Respuesta:* Cada norma tiene una finalidad distinta. El artículo 165.4 de la Ley Concursal establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad concursal, mientras que el artículo 172.2.1.º de la Ley Concursal tiene como finalidad delimitar el perímetro de sujetos afectados por la calificación. El propósito diferente que anima ambas normas, con un sentido altamente diferenciado, lleva a concluir que, aun cuando el legislador ha utilizado una misma expresión, «causa razonable», en ámbitos normativos tan distintos, el significado jurídico de tal expresión debe ser conforme en cada caso con el objeto de la norma y, por tanto, gozar de una entidad distinta.

Así, la causa razonable de la oposición del socio, como comportamiento propio suyo, servirá para situarlo fuera de la esfera de las personas afectadas por la calificación en aquel concurso en que ya habrá sido considerado culpable, por la presunción del artículo 165.4 de la Ley Concursal en atención al comportamiento imputable a la persona jurídica deudora. Por tanto, la existencia de informes que prediquen la razonabilidad de la capitalización, en sede valorativa del artículo 165.4 de la Ley Concursal, y generen para la calificación de concurso la presunción de que la negativa del deudor era irrazonable, no alcanzan por sí solos a extender dicha presunción al socio concreto. En otras palabras, no hacen presumir que su negativa a la capitalización era también irrazonable, cuando debe ser juzgada su inclusión en la esfera de las personas afectadas. Se abrirá, en este segundo paso del examen jurídico, esa cuestión a la prueba en el proceso contradictorio, y en particular el socio podrá realizar alegaciones personales que acrediten que su oposición a capitalizar era subjetivamente razonable, pese a la presunción de irrazonabilidad inferida del informe del experto independiente en el ámbito del artículo 165.4 de la Ley Concursal.

*Comentario:* Es correcto distinguir entre el *juicio de calificación* (que se refiere al

comportamiento imputable al deudor persona jurídica) y la *atribución de la condición de persona afectada por la calificación*, que puede quedar excluida si concurren razones que permitan excluir la imputación subjetiva u objetiva del comportamiento o del resultado a las personas concretas cuyo comportamiento se analiza en esta sede. El concepto de causa razonable (en el doble sentido apuntado en el comentario anterior) pertenece al juicio de calificación y por tanto se sitúa en el plano de la antijuridicidad de la conducta. El artículo 172 se limita a concretar que los socios sólo se considerarán personas afectadas si observan el comportamiento previsto en el artículo 165.4.º de la Ley Concursal.

No hay por ello dos conceptos de causa razonable. La exclusión de la atribución a los socios de la condición de persona afectada debe efectuarse con arreglo a las categorías generales sobre culpa e imputación objetiva. En principio deben considerarse personas afectadas los socios que no hubieran votado expresamente a favor de la capitalización razonable, pero éstos, además de combatir la antijuridicidad de la conducta y por tanto la calificación culpable por este motivo (hay causa razonable), pueden excluir la atribución de la condición de persona afectada si prueban que falta la culpa como título de imputación subjetiva conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (*v. gr.*, no asistieron a la junta por impedirse un suceso externo ajeno a su control) o concurre alguna causa de exclusión de la imputación objetiva del comportamiento (*v. gr.*, confiaron válidamente en el consejo que le dieron los administradores encargados de la negociación con los acreedores) o del resultado (*v. gr.*, no era previsible la frustración del acuerdo por ese motivo o no incrementaron el riesgo de que ese acuerdo se frustrase). También pueden alegar y probar, claro está, causas de justificación.

7. **Cuando en la delimitación de los socios como personas afectadas se previene que lo son en función del grado de contribución a la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo, ¿se permite por tal norma graduar el alcance final de su responsabilidad patrimonial o es sólo una norma de delimitación de socios afectados y no afectados por la calificación?**

*Respuesta:* La norma del artículo 172.2.1.º de la Ley Concursal es de delimitación de la esfera de las personas afectadas y no de gradación de la responsabilidad de éstas, a lo que se destina el artículo 172 *bis* de la Ley Concursal. Por tanto, es un juicio destinado a excluir o incluir al socio como persona afectada, con pleno alcance en ambos casos. La extensión de su responsabilidad, en su caso, pertenece a una valoración normativa ulterior. Lo que desde luego no es fácil es el juicio de contribución de cada socio a la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo, ni aun en el caso de que se traslade a este juicio la doctrina jurisprudencial del test de resistencia utilizado en sede de impugnación de acuerdos sociales (ténganse presentes los supuestos de sociedades con capital atomizado, de fijación de agrupación de acciones para obtener derecho de voto, etc., o bien supuestos numéricos de especial dificultad, como el de la sociedad que cuente con cuatro socios, dos de ellos con el 10 % de capital cada uno, y dos con el 40 % cada uno, donde haya votado a favor de la capitalización sólo uno de los socios que tienen el 10 %, y donde la supresión imaginaria del voto contrario de cada uno de los tres restantes pueda conducir a hipótesis de valoración causal paradójicas). En todo caso, deberá considerarse relevante para esta atribución al socio de la condición de persona afectada tanto su voto en contra como su ausencia en la junta de modo que impida su celebración.

*Comentario:* Como ya ha quedado señalado, estamos de acuerdo. La calificación culpable del concurso y la atribución de la condición de persona afectada es una cuestión separable de la atribución de las consecuencias jurídicas que conlleva dicha calificación. Éstas deben imponerse mediante un juicio específico de atribución del daño causado en el caso de las normas indemnizatorias o de la generación o incremento del déficit por traslación o incremento indebidos del riesgo de insolvencia (en el art. 172 *bis* LC).

La referencia al *grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo* se sitúa todavía en el plano de la atribución de la condición de persona afectada por la calificación y, por tanto, es un presupuesto para que pueda

activarse la ulterior atribución de las consecuencias jurídicas inherentes a esa calificación si concurren sus presupuestos.

En nuestra opinión, la referencia al grado de contribución para la formación de la mayoría sirve para distinguir entre la mera contribución causal al rechazo del acuerdo de capitalización y aquel comportamiento al que, además, resulte objetivamente imputable ese resultado. Es posible, por ejemplo, que haya socios que hayan votado en contra y contribuido causalmente al rechazo del acuerdo, pero cuyo voto no haya incrementado el riesgo de que se produjera el resultado anti-jurídico (la frustración de la refinanciación), porque el acuerdo habría sido rechazado de todos modos. Todo socio que vota en contra habrá contribuido desde el punto de vista causal a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo, pero la frustración de la financiación podría ser sólo objetivamente imputable a los que disponían de un número de votos determinante según el caso. La atribución de la condición de persona afectada y las consecuencias correspondientes deben reservarse para estos últimos.

#### **8. ¿Del segundo párrafo del artículo 172.2.1.º de la Ley Concursal deriva una presunción de inclusión como persona afectada por la calificación en contra de los administradores que no hubieran recomendado la capitalización?**

*Respuesta:* No, la norma tiene por finalidad establecer la presunción exonerativa prevista explícitamente en ella, pero no es posible deducir por el método interpretativo *a sensu contrario*, la presunción legal opuesta. La presunción legal exige una norma que la establezca con claridad (art. 385.1 LEC) sin que por vía interpretativa pueda inferirse una presunción de sentido contrario a la recogida en el texto legal.

*Comentario:* Totalmente de acuerdo. La obligación de proponer a la junta y recomendar a los socios la capitalización, si es lo más conveniente para los intereses de la colectividad de los acreedores en la proximidad a la insolvencia, es una exigencia de la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley Concursal (recuérdese que se responde por dolo o culpa grave en la *generación* de la insolvencia). El respeto a la faceta funcional de los

derechos de crédito puede requerir garantizar la conservación de la empresa como unidad generadora de recursos mediante el apoyo a la refinanciación ofrecida con propuesta de capitalización si los términos son

razonables para los socios. La referencia que se hace al comportamiento de los administradores en el artículo 172 refuerza esa idea, pero la norma no pretende establecer ninguna presunción.