

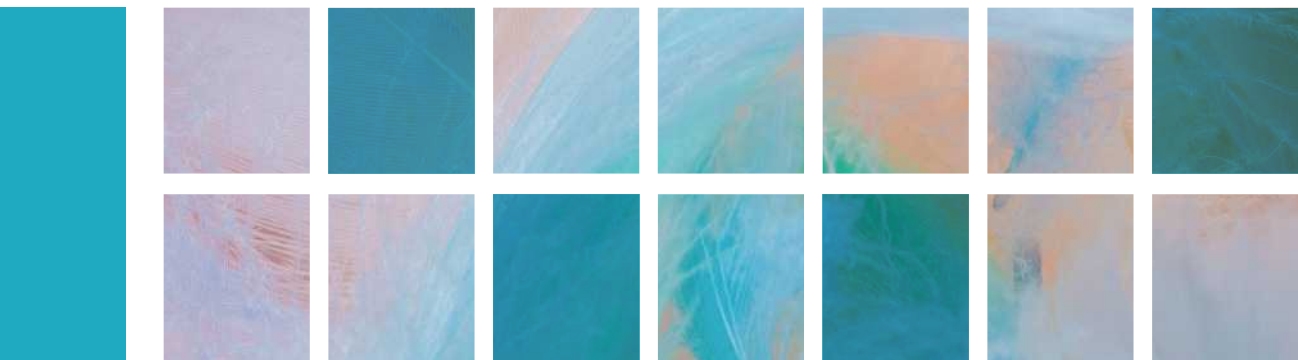
La calificación en el concurso de acreedores

Presupuestos, tramitación y efectos

3.ª Edición

Carlos Romero Sanz de Madrid

■ BOSCH



La calificación en el concurso de acreedores

3.ª Edición

Presupuestos, tramitación y efectos

Carlos Romero Sanz de Madrid

© Carlos Romero Sanz De Madrid, 2022
© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Tercera edición: Diciembre 2022

Segunda edición: Marzo 2020

Primera edición: Noviembre 2014

Depósito Legal: M-28623-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-671-2

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-672-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

La tramitación de la sección de calificación

1. La apertura de la sección de calificación
 - 1.1. Iniciación de la sección
 - 1.2. Iniciación de la sección por incumplimiento del convenio
2. Las alegaciones y el informe de los acreedores
3. El informe de la administración concursal
4. La falta de dictamen del Ministerio Fiscal
5. El auto de archivo de las actuaciones por la calificación fortuita de la administración concursal y la falta de informe de los acreedores
6. Emplazamiento de las personas afectadas por la calificación y los cómplices
7. La oposición a la calificación
 - 7.1. Quienes pueden formularla y qué postura pueden adoptar
 - 7.2. Tramitación de la oposición
8. Calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas
9. Los aspectos procesales de la calificación del concurso en la jurisprudencia del tribunal supremo

1. LA APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

1.1. Iniciación de la sección

La sección sexta o de calificación, comprende el conjunto de actuaciones procesales que se van a ocupar de valorar las conductas del deudor común o sus representantes legales, o en el caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones, así como los cómplices, que han conducido o agravado la situación de insolvencia, y que culminan con la resolución judicial que califica el concurso como fortuito o culpable. Se trata en definitiva de determinar las responsabilidades y, en su caso, la inhabilitación que impida en el futuro perjudicar la seguridad del tráfico, y la reparación del daño causado a la masa y a los acreedores¹.

1. En este sentido, López Sánchez, J., «La tramitación del incidente de calificación del concurso», en García-Cruces, J.A. (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra, 2012, pág. 107.

La formación de la sección sexta se confía de oficio al juez del concurso, precisamente en la misma resolución que ponga fin a la fase común (art. 446 del Texto Refundido de la Ley Concursal —en adelante, TRLC—²).

Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la continuación del concurso siempre que justifiquen la existencia de indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse determinadas acciones de reintegración o aporten por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable (art. 476.1 TRLC).

La sección de calificación se encabezará con copia auténtica del auto por el que se haya procedido a su formación y se incorporarán a ella copia auténtica de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación aportada por el deudor (*vid.* art. 7 TRLC), del auto de declaración de concurso y del informe de la administración concursal con los documentos anejos (art. 446.2 TRLC). Pero todos estos documentos testimoniados no excluyen la posible aportación de otros distintos a la sección de calificación, como lo demuestra la propia Ley al decir que «*Durante el plazo para la comunicación de créditos cualquier acreedor o cualquier personado en el concurso podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal cuanto considere relevante para fundar la calificación del concurso como culpable, acompañando, en su caso, los documentos que considere oportunos*» (art. 447 TRLC).

Se anticipa la presentación del informe de calificación de la administración concursal con la reforma del TR. En efecto, la administración concursal presentará al juez, en el plazo de los quince siguientes al de la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales, un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación con propuesta de resolución (art. 448. 1 TRLC).

Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda, expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (art. 448. 2 y 3 TRLC).

El mismo día de la presentación, el administrador concursal remitirá el informe a la dirección de correo electrónico de quienes hubieran formulado alegaciones sobre la calificación (art. 448.4 TRLC).

Ha desaparecido, a partir de la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, de 5 de septiembre de 2022 (en adelante, LRTRLC), el traslado del contenido de esa sección al Ministerio Fiscal para que emitiese dictamen. Habiendo sido sustituido por la posible actuación de los acreedores.

Son los acreedores quienes, dentro de los diez días siguientes al de la remisión del informe de calificación del administrador concursal, que hubieran formulado alegacio-

2. Antes de la reforma del art. 446 TRLC por la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, Ley 16/2022, de 5 de septiembre, era la resolución que aprobaba el convenio, el plan de liquidación o la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.

nes para la calificación del concurso como culpable, puedan presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable, siempre que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros según la lista provisional presentada por la administración concursal (art. 449 TRLC).

1.2. Iniciación de la sección por incumplimiento del convenio

Cuando la sección de calificación principia tras la resolución de incumplimiento del convenio, el art. 452.1 TRLC establece que el juez procederá de forma distinta:

- 1.º Si en la sección sexta se hubiera dictado sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de la propia resolución que ordene esa reapertura.
- 2.º Si continuara en tramitación, ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este título que le sean de aplicación.

El plazo para la presentación del informe o informes de calificación se iniciará al siguiente día de la notificación de la apertura de la liquidación al administrador concursal y a los acreedores personados en el concurso (art. 452.2 TRLC).

A pesar de que esta previsión pudiera pensarse que es superflua, ello no es así pues, tanto si ha recaído sentencia de calificación como si ésta está pendiente, ahora se tratará de depurar la posible responsabilidad por las conductas que han llevado al incumplimiento del convenio³.

En el convenio incumplido el enjuiciamiento se va a limitar a las causas del incumplimiento, y no a las demás causas de calificación⁴, pues ya habrán sido sentenciadas o aún estarán pendientes. Así resulta del propio título del art. 452 TRLC, que se refiere a «Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio». Y confirma el art. 453 TRLC, al tratar de la personación de acreedores y demás legitimados que, en caso de incumplimiento del convenio, si el informe o informes de calificación solicitaran la calificación del concurso como culpable, cualquiera de los mismos podrá personarse en la sección sexta o en la pieza separada, antes de la celebración de la vista, para defender esta calificación.

En el caso de reapertura de la sección o de formación de pieza separada, el informe o informes de calificación *«se limitarán a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución»*; en el caso de formación de la sección de calificación, se extendía —antes del silencio, por la supresión del apartado

3. García-Cruces, *La calificación del concurso*, Navarra, 2004, pág. 71.

4. García-Cruces, *La calificación del concurso*, Ob. cit., pág. 72.

2.º del art. 454 TRLC— a las demás causas legales de calificación, esto es, por las conductas de los arts. 443 y 444 TRLC, que no fuesen el incumplimiento del convenio, que no se han podido enjuiciar.

El Tribunal Supremo se había pronunciado en la sentencia de 12 de febrero de 2013⁵ en el sentido de admitir la posibilidad de que al abrir la sección de calificación, se pueda juzgar sobre la calificación por cualquiera de las causas reguladas en los antiguos arts. 164 y 165 LC (arts. 443 y 444 TRLC), y no sólo por la del antiguo art. 164.2.3.º LC (art. 443.6.º TRLC) —incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado—, pues al no tratarse del también suprimido convenio gravoso no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas relacionadas con la apertura del concurso de acreedores.

2. LAS ALEGACIONES Y EL INFORME DE LOS ACREEDORES

Durante el plazo para la comunicación de créditos, cualquier acreedor o cualquier personado en el concurso podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal cuanto considere relevante para fundar la calificación del concurso como culpable (art. 447 TRLC).

Y con posterioridad a estas alegaciones, y dentro de los diez días siguientes al de la remisión del informe de calificación del administrador concursal, los acreedores que hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable podrán presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable, siempre que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros según la lista provisional presentada por la administración concursal (art. 449 TRLC).

La condición de parte de los acreedores no ofrece duda dados los términos literales del art. 449 TRLC, habrá que considerarles parte; además en el sentido estricto, ya que pueden formular pretensiones autónomas de calificación. Y ello, porque las pretensiones de calificación, a partir de LRTRLC, ya no están reservadas legalmente a la administración concursal y al Ministerio Fiscal, pues éste ya no emite dictamen de calificación, y, sin embargo, es sustituido por, en su caso, la calificación de los acreedores. En efecto, la administración concursal formula una propuesta de calificación, porque lo señala el art. 448.1 TRLC (*«presentará un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución»*). Pero el Ministerio Fiscal ya no formula dictamen, sólo, según el nuevo art. 450 bis TRLC: *«En el caso de que en cualquiera de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez, en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación*

5. Puede verse en el epígrafe «Los aspectos procesales de la calificación del concurso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

o declaradas cómplices, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal».

El art. 450.6 TRLC veda la interposición de cualquier recurso al auto de archivo cuando el informe de la administración concursal lo califica de fortuito el concurso y los acreedores no hubiesen presentado informe de calificación⁶. Ello puede explicarse por el diseño legal tras la forma por la LRTRLC de la sección de calificación. La administración concursal es el órgano del concurso que defiende el interés objetivo del titular del derecho —la masa—, esto es, la colectividad de acreedores en la sección de calificación; el Ministerio Fiscal defiende el interés público para sancionar y reprimir hechos que puedan ser constitutivos de delitos. Pero no hay pasividad por parte de la administración concursal que ha formulado su propuesta de calificación fortuita. El legislador

6. Antes de la LRTRLC, se mantuvo por un sector de la doctrina (García-Cruces, *La calificación del concurso*, Ob. cit., págs. 93 y 94; Rosende, C., en Cerdón Moreno, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, Ob. cit., pág. 621; Cerdón, «Los aspectos procesales de la reciente reforma de la Ley Concursal», en Beltrán-Prendes (Coord.), *Los problemas de la Ley Concursal*, Navarra, 2009, pág. 58; López Sánchez, J., «La tramitación del incidente de calificación del concurso», en García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Ob. cit., pág. 136. En contra Sánchez Gómez, en Bercovitch (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*) Prendes (Coord.), *Los problemas de la Ley Concursal*, Navarra, 2009, pág. 58; López Sánchez, J., «La tramitación del incidente de calificación del concurso», en García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Ob. cit., pág. 136) que impedir el derecho a recurrir de los acreedores y personas que acrediten un interés legítimo y hayan calificado el concurso culpable contra el auto de archivo por coincidencia sobre la calificación fortuita del concurso del informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal conculca el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de sus pretensiones, lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), generando indefensión, por infracción del derecho al proceso debido, entendido como el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo, si concurren los presupuestos procesales. Para García-Cruces el obstáculo se salvaría «si, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativo al derecho a obtener una resolución fundada en derecho como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, se entiende que, en tales casos, concurre una razón fundada en un precepto legal que impide un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por los interesados. Si bien, esa doctrina del TC exige, asimismo, que la causa legal que obsta el pronunciamiento del fondo ha de ser respetuosa con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 16 octubre 1984 [RTC 1984,93]; 25 febrero 1997 [RTC 1997,36]), lo que podría ser dudoso en este caso».

En contra, Sánchez Gómez, en Bercovitch (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*), que impedir el derecho a recurrir de los acreedores y personas que acrediten un interés legítimo y hayan calificado el concurso culpable contra el auto de archivo por coincidencia sobre la calificación fortuita del concurso del informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal conculcaba el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de sus pretensiones, lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), generando indefensión, por infracción del derecho al proceso debido, entendido como el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo, si concurren los presupuestos procesales.

Sin embargo, no creíamos ((*La calificación en el concurso de acreedores*, 2.^a ed., 2020, pág. 258) que se pudiese considerar conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el carácter irrecurrible del auto que ordenaba el archivo resultaba de lo establecido en la propia Ley Concursal (art. 170.1); y, según había manifestado el Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva sólo resulta en relación con los recursos de acuerdo con el régimen de los mismos establecido en la Ley (*Vid.* STC 229/1998, de 1 de diciembre, RTC 1998/229). .Es decir, el legislador ordinario podía establecer o no el derecho a recurrir, y, además, cuáles son los requisitos para la admisión de los mismos. Y esto es lo que hacía la Ley Concursal en el art. 170 LC, cuando señalaba expresamente que no había recurso alguno si la calificación de la administración concursal y el Ministerio Fiscal coinciden en declarar fortuito el concurso.

parece confiado en el mejor criterio técnico y la asunción de los distintos intereses afectados que viene a suponerse en el informe de la administración concursal. Debe tenerse en cuenta que las alegaciones iniciales de los acreedores o quienes acrediten un interés legítimo informarán a la administración concursal de todo lo relevante para la calificación, incluso con proposición de prueba; y serán conocidas y valoradas, y, en su caso, tenidas en cuenta por la administración concursal.

Veamos algunas resoluciones de la Audiencias.

AAP de Barcelona de 22 de mayo de 2008, Sección 15.ª, n.o Resolución 204/2008, ROJ: 4955/2008 (Pte. Ignacio Sancho Gargallo)

FUNDAMENTOS DE DERECHO. «PRIMERO: El recurso de queja viene motivado por la inadmisión del recurso de apelación interpuesto por Daniel contra el auto dictado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona por el que se inadmite la reposición del auto de 10 de abril de 2007 que califica el concurso fortuito, como consecuencia de no haberse solicitado la calificación culpable por la Administración concursal ni por el Ministerio Fiscal.

El Juzgado inadmitió el recurso de apelación porque el art. 170 LC expresamente excluye la recurribilidad de ese auto que califica el concurso fortuito.

El recurso de queja se funda en: que conforme al art. 197.2 LEC cabía recurso de reposición; la aplicación indebida e interpretación errónea del art. 170 LC, pues en este caso el auto es nulo de pleno derecho, conforme al art. 238.3 LOPJ, ya que presupone que el Ministerio Fiscal hubiera calificado el concurso de fortuito y en este caso lo hizo de culpable. De esta forma, la única manera de salir al paso de esta arbitrariedad es el recurso de apelación, aplicando lo previsto en el art. 172.4.º LC.

SEGUNDO: Para abordar la cuestión controvertida conviene hacer dos apreciaciones acerca de la legitimación para interesar la calificación del concurso y del procedimiento establecido en la Ley para ello.

La calificación, en virtud del principio dispositivo, requiere de una solicitud concreta que, caso de interesarse el concurso culpable, debe alcanzar a todo lo que se pretenda sea objeto de pronunciamiento en la sentencia. Esta solicitud la formula la administración concursal, aunque también interviene el ministerio fiscal, pues a la vista del informe de la administración, emitirá un dictamen en el que se pronunciará sobre la calificación procedente y el resto de los pronunciamientos solicitados (art. 169 LC). Esta legitimación es exclusiva, de forma que la Ley expresamente ha querido evitar la acumulación de acciones particulares, de forma que tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal tienen la llave de la calificación, pues sólo a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación.

Si tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal califican fortuito el concurso, el Juez sin más trámite dictará auto archivando la sección, contra el que no cabe recurso alguno (art. 170.1 LC).

Y basta que uno de los dos legitimados para pedir la calificación, la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal, hubieran calificado culpable el concurso, para que se dé traslado de la solicitud al deudor, a las personas afectadas por la calificación propuesta y a los cómplices, para que puedan oponerse en su caso (art. 170.2 LC).



La calificación en el concurso de acreedores, como una de las piezas fundamentales del mismo —por las importantes consecuencias económicas que puede tener para los deudores insolventes— se analiza en esta 3.ª edición debidamente adaptada al Texto Refundido de la Ley Concursal y a su posterior reforma de septiembre de 2022. La citada reforma, introduce cambios fundamentales en la calificación, tales como: el nuevo papel relevante que asumen los acreedores en la pieza de calificación (informando a la administración concursal de cuanto considere relevante para fundar la calificación culpable, y emitiendo, en su caso, informe de calificación), a la vez que deviene marginal la intervención del Ministerio Fiscal, al desaparecer el dictamen que emitía; la introducción de la transacción en los efectos económicos de la calificación; la creación de un procedimiento especial para la calificación de las microempresas; etc.

Finalmente, cabe destacar que la obra ofrece también una completa radiografía de la doctrina jurisprudencial dictada tanto por las Audiencias Provinciales como por el Tribunal Supremo, algunas sentencias resultan especialmente novedosas al ser posteriores a la publicación del TRLC.

