

**ACERCA DEL RÉGIMEN JURÍDICO  
SUSTANTIVO DE LA CALIFICACIÓN  
DEL CONCURSO REABIERTA  
POR LA APERTURA DE LA FASE  
DE LIQUIDACIÓN SOLICITADA  
POR EL DEUDOR COMO CONSECUENCIA  
DE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR  
LAS OBLIGACIONES COMPROMETIDAS  
Y LAS NUEVAS OBLIGACIONES**

Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ

Ana BELÉN CAMPUZANO

*Catedráticos de Derecho Mercantil USP CEU*

*Dictum Estudio Jurídico y Económico*

## RESUMEN

La siguiente opinión legal responde a la consulta planteada acerca del régimen de la calificación del concurso de acreedores aplicable a la calificación reabierta a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación producida a solicitud del propio deudor convenido por imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones comprometidas en el convenio o las contraídas con posterioridad. En concreto, se plantea si son aplicables al supuesto y, en su caso, con qué consecuencias, las normas que la Ley Concursal prevé para la reapertura de la calificación concursal a resultas del incumplimiento del convenio y cuáles conductas del deudor, o, en su caso, sus administradores, o liquidadores de derecho o de hecho deben ser tenidas en cuenta. La solución del supuesto obliga a realizar algunas consideraciones sistemáticas y finalistas de la propia Ley, además de atender a la siempre necesaria interpretación literal de las normas aplicables.

### ABSTRACT

The following legal opinion responds to a query raised about the applicable system in Spanish Insolvency Law concerning a classification section reopened as a result of opening the winding-up phase at the request of the debtor when, during the term of the composition, the debtor is aware of the impossibility of fulfilling the payments undertaken and meeting the obligations contracted after the approval thereof. Specifically, it asks whether the rules of the Spanish Insolvency Act providing for the reopening of a classification section as a result of a declared infringement of composition are applicable to the case, and, where appropriate, with what consequences. It seeks to determine which acts of the debtor—or, depending on the case, their *de jure* or *de facto* directors or liquidators—must be taken into account. The solution requires making some systematic and final interpretations of the Spanish Insolvency Act itself, in addition to the ever-necessary literal interpretation of the rules.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Función y caracteres de la calificación concursal

Se pregunta acerca del régimen de la calificación del concurso que se reabra a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación producida a solicitud del propio deudor convenido por imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles. Se ha de tener en cuenta que la Ley 38/2011, de 11 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, modifica algunos de los preceptos considerados en este trabajo. Aunque a lo largo de él se hace referencia a algunas de las modificaciones, se respeta la normativa que era aplicable en el momento de la emisión de la opinión legal. En particular el apartado 3 del art. 142, por el que se pregunta, ha pasado a ser, sin ningún cambio en su redacción, el párrafo primero del apartado 2 del propio art. 142.

El art. 142.3 de la Ley Concursal dispone que «el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel». Y se plantea si son aplicables en tal caso, y con qué consecuencias, las normas que la propia Ley Concursal dedica a la reapertura de la calificación concursal a resultas del incumplimiento de convenio, es decir, el art. 168.2, según el cual los escritos de los interesados que se personaran «se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado», y el art. 169.3, según el cual «el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del

Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable», normas que, a primera vista, impondrían una limitación de la sección de calificación al enjuiciamiento de las conductas que hubieran determinado el incumplimiento del convenio.

Una vez más, la Ley Concursal oscurece la evidente solución con una tan innecesaria como deficiente regulación. En efecto, la Ley Concursal, tratando de regular algo que no necesitaba regulación, origina una serie de problemas cuya solución obliga a realizar algunas consideraciones sistemáticas y finalistas de la propia Ley. Así, en primer lugar, puede recordarse que el concurso de acreedores cumple una función represora o moralizante, tratando de que sean sancionados quienes generen o agraven la insolvencia, de modo que se establece una sección (la sección sexta) de calificación del concurso de acreedores (arts. 163 y ss. LC). Es cierto que el legislador llega a un pacto (verdadero «contrato social»), de manera que, a cambio de una solución razonable para los acreedores (arts. 163.1-1.º; 167.1 tras la reforma por Ley 38/2011), no se formará la sección de calificación. Naturalmente, no se formará la sección de calificación si esa solución razonable para los acreedores (cifrada en una quita inferior al treinta por ciento y en una espera inferior a tres años) llega a buen puerto. Si, por el contrario, esa solución fracasa y tal satisfacción no llega a producirse, la sección de calificación deberá formarse (o, en su caso, reabrirse), en todo caso (art. 163.1-2.º LC; art. 167, tras la reforma). Parece obvio, por tanto, que si el convenio fracasa y se abre la fase de liquidación, cualquiera que sea la forma en que esa apertura de la liquidación se produzca, el concurso ha de calificarse, con independencia de que se hubiera o no calificado con anterioridad, y así lo exige la Ley cuando dice que se formará la sección de calificación «EN TODOS los supuestos de apertura de la fase de liquidación» (art. 163.1-2.º). La función represora, que podía haber cedido al interés de los acreedores a una razonable satisfacción de sus créditos, debe volver a jugar en la medida en que el presupuesto del «contrato social» no se ha cumplido, y, por tanto, habrá de ser de

aplicación en su integridad el sistema legal de calificación, excluyéndose —por supuesto— en caso de una segunda calificación aquellas conductas que ya hubieran sido valoradas en la primera calificación.

La segunda consideración general es doble: de un lado, el sistema de calificación de la Ley Concursal no excluye la valoración de conductas posteriores a la declaración de concurso (*vid.* arts. 164 y 165 LC) y, de otro lado, como se encarga de establecer de forma expresa la propia Ley Concursal (art. 176.1-2.º), el concurso no concluye hasta que el convenio resulte íntegramente cumplido. Por esa doble razón parece evidente que para la calificación que se formara o se reabriera habrán de ser relevantes todas las conductas del concursado y de otras posibles personas producidas tras la aprobación judicial del convenio.

Pues bien, a la vista de esas dos consideraciones generales, nos parece más que evidente que a la sección de calificación concursal que se forme o se reabra habrá de aplicarse —como a cualquier otro supuesto— el sistema legal de calificación contenido en los arts. 164 y 165 de la Ley, a fin de valorar todas las conductas que hayan podido generar o agravar la insolvencia (y no hayan sido ya valoradas). En sentido similar se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza en la sentencia de 18 de octubre de 2010 (Ponente: Martínez Areso, Alfonso María) que, a propósito de la apertura por vez primera de la pieza de calificación como consecuencia del incumplimiento de convenio no gravoso, consideró que el tribunal no está limitado para el examen de todas las causas de calificación que aleguen los actores.

## 1.2. El problema

Sin embargo, hay que insistir en que la Ley Concursal, tratando de regular un problema, lo crea, al establecer que, cuando la liquidación se hubiera abierto a consecuencia del incumplimiento del convenio, «el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable» (art.

169.3), lo que ha llevado a considerar que en tal caso la sección de calificación se limitará a valorar el incumplimiento del convenio y sus causas. Así lo estimó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de 18 de julio de 2011 (Ponente: Alemany Eguidazu, Jesús Miguel), que consideró expresamente que no deben aplicarse las disposiciones generales del sistema de calificación de concurso, sino que «sólo debe valorarse si existe incumplimiento del convenio de conformidad con el derecho de contratos». De forma mucho más técnica, la reforma producida por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, establece, a propósito de la más grave consecuencia de la calificación, la responsabilidad concursal, que el juez «atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura» (art. 172 bis.1-II), sin ceñirse, por tanto, al incumplimiento del convenio.

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMENTARIO

Pues bien, para contestar a la consulta realizada, parece necesario analizar, en primer lugar, el significado de los arts. 168.2 y 169.3, para determinar si en efecto estarían limitando el ámbito de cognición de la calificación del concurso culpable en los supuestos en que la sección de calificación se reabriera por incumplimiento de convenio (*sub 1*), y analizar, en segundo lugar, el ámbito de aplicación de tal especialidad, para determinar si sería aplicable al supuesto de apertura de la fase de liquidación a solicitud del deudor por imposibilidad de incumplimiento de las obligaciones comprometidas y de las nuevas obligaciones (*sub 2*).

### 2.1. El significado de la especialidad

#### 2.1.1. Consideración general

Como señaláramos en el planteamiento, la Ley —de forma tan innecesaria como equívoca— dispone de tres normas procesales espe-

ciales para el supuesto en que la apertura de la liquidación se declare de oficio por razón de incumplimiento de convenio y el concurso ya se hubiera calificado con anterioridad, por haber sido el convenio alcanzado con anterioridad de los considerados gravosos. Esas normas se refieren, respectivamente, a la forma en que se ha de proceder a la reapertura de la sección sexta (art. 167.2), a la personación de terceros interesados en la sección de calificación así reabierta (art. 168.2) y a los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal en tal reapertura de la sección (art. 169.3), y parecen limitar en tal caso el juicio de cognición de la calificación al hecho de que el incumplimiento del convenio sea imputable al concursado, hecho que determina, sin más, la calificación del concurso como culpable (art. 164.2-3.º).

Estimamos, sin embargo, que el juicio de calificación del concurso debe ser el mismo en todos los supuestos y también, por tanto, en caso de que la liquidación se abra de oficio por resolución del convenio derivada del incumplimiento del mismo imputable al concursado (arts. 142.1-5.º y 164.2-3.º LC). Y lo consideramos así, tanto sobre la base de la interpretación funcional como desde la propia literalidad de los preceptos considerados. Desde la primera perspectiva, si en algún caso concreto el régimen general de calificación no fuera aplicable, nos encontraríamos con diferencias injustificadas entre unos concursos y otros y, sobre todo, se fomentaría el fraude de los deudores (*sub* 1.2). Literalmente, además, la Ley no limita la cognición a la imputabilidad del convenio imputable al concursado (*sub* 1.3).

### 2.1.2. La interpretación funcional

Si el régimen «general» de calificación no fuera aplicable a la reapertura de la sección de calificación, nos encontraríamos con diferencias injustificadas entre unos concursos y otros. Si en la reapertura de la sección solo se pudiera valorar si el incumplimiento de convenio es imputable al deudor, se estaría excluyendo de examen cual-

quier otra circunstancia que pudiera haber agravado la insolvencia, u otro hecho que determine *ex lege* la calificación del concurso como culpable —como una irregularidad contable relevante posterior—, lo que conduciría a un resultado manifiestamente incongruente: las mismas conductas (por ejemplo, una irregularidad contable relevante o una inexactitud grave en el informe semestral sobre cumplimiento de convenio) conducirían a resultados diferentes: si el convenio aprobado no hubiera sido «gravoso», al no existir reapertura de la sección de calificación, el concurso se calificaría como culpable, por aplicación de las normas generales; mientras que si el convenio aprobado hubiera determinado la formación de la sección de calificación por ser gravoso, el concurso se calificaría como fortuito porque tales normas no resultarían aplicables.

La reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011 deja clara esta interpretación al establecer que, «si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura», dando por sentado que puede haber más «hechos determinantes de la reapertura» que el incumplimiento del convenio.

Además, si para calificar el concurso en caso de reapertura de la sección sólo pudiese valorarse si el «incumplimiento» es imputable al deudor, sería relativamente fácil que éste optara por la aprobación de un convenio gravoso, aunque su contenido resultara inviable, para posteriormente solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplimiento (art. 142.3). Si, además, se produjera un cambio de administradores sociales tras la aprobación del convenio, parece aún más necesario que en la reabierta sección de calificación se valoren todas las conductas posteriores a la primera calificación, y que en cualquier calificación determinarían la culpabilidad del concurso. Afirmar lo contrario sería otorgar «carta blanca» a los nuevos administradores para la comisión de determinados hechos que,

en igualdad de condiciones, han podido determinar la calificación culpable para los anteriores administradores. Esta interpretación no es de ninguna manera coherente con el sistema concursal y no puede —ni debe— ser querida por la Ley.

Parece, por tanto, que las referidas normas limitan su especialidad al ámbito estrictamente procesal, estableciendo cómo ha de reabrirse la sección sexta (art. 167.2), qué pueden hacer en tal caso los interesados (art. 168.2) y cuáles son en tal caso los deberes de la administración concursal (art. 169.3), sin que en modo alguno puedan suponer una limitación del enjuiciamiento de las conductas del concursado.

### 2.1.3. *La interpretación literal*

#### 2.1.3.1. El significado de las especialidades

Los arts. 167.2, 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal son normas de carácter procesal, ubicadas en el capítulo II del título VI, denominado «De la sección de calificación», concretamente bajo la rúbrica «De la formación y tramitación», después del Capítulo I, que, bajo la rúbrica de «Disposiciones generales», regula el aspecto sustantivo de la calificación. De la lectura de esos tres preceptos no se puede deducir la grave consecuencia de que en la sección de calificación deban excluirse de examen aquellos hechos que, no siendo determinantes del incumplimiento del convenio, conllevarían la calificación del concurso como culpable. Al contrario, en los tres preceptos se alude al pronunciamiento sobre la culpabilidad del concurso.

A) El art. 167 de la Ley concursal regula algunas formalidades relativas al trámite de la formación de la sección: el apartado primero del precepto dispone en qué resolución se debe ordenar dicha apertura y qué documentos deben incorporarse a ella. El apartado segundo, que es la norma que sirve para delimitar el supuesto de hecho, dis-

pone que, en caso de resultar incumplido un convenio gravoso, «se procederá del siguiente modo a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar». La norma, a la que luego se remiten los arts. 168.2 y 169.3, se limita, pues, a establecer algunas previsiones procedimentales destinadas a distinguir la tramitación de la calificación que se ha de seguir por razón del incumplimiento de convenio gravoso, diferenciando los supuestos en los que en la sección ya abierta con anterioridad (al aprobarse el convenio gravoso) ya se hubiese dictado sentencia —en cuyo caso se ordenará la reapertura de la sección— o no, en cuyo caso se deberá ordenar la formación de una pieza separada dentro de la misma. La misión de la norma es, pues, simplemente, procedimental (y, como luego veremos, aunque no se mencione expresamente, no hay inconveniente en considerarla aplicable a todos los supuestos de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación).

B) El art. 168.1 de la Ley Concursal concede a los acreedores o titulares de intereses legítimos el derecho a personarse en la sección de calificación, alegando por escrito cuanto consideren relevante; sin que por ello ostenten legitimación para solicitar la calificación del concurso como culpable; tanto es así, que si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto con el que no cabrá recurso alguno (art. 170.1 LC). Pues bien, de acuerdo con esa norma general, el apartado 2 del propio art. 168 dispone que, en caso de reapertura de la sección, «sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón del incumplimiento de convenio». Se impone, pues, a los acreedores una *limitación*, coincidente con la que tienen con un carácter general: los acreedores deberán limitarse a analizar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón del incumplimiento del convenio. La Ley limita las facultades de los acreedores, pero en modo alguno puede eso significar que el juez

no vaya a poder valorar otros hechos diferentes del incumplimiento del convenio.

### 2.1.3.2. La interpretación literal del art. 169.3 de la Ley Concursal

C) En fin, la interpretación literal del art. 169.3, que es el más relevante a los efectos considerados, tampoco conduce a entender que el enjuiciamiento en la calificación queda limitado al incumplimiento del convenio. En efecto, a diferencia de lo establecido en el art. 168.2, en relación con los interesados (cuyos «escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable *en razón del incumplimiento de convenio*», el art. 169.3 dice que la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal, «se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable», es decir, que los órganos concursales —administración concursal y Ministerio Fiscal primero y el juez después— deberán determinar si el incumplimiento del convenio producido —ese es el supuesto de hecho— es o no imputable al concursado, porque, en caso afirmativo, el concurso deberá ser calificado necesariamente (en todo caso) como culpable (art. 164.2-3.º) y deberán determinar, *además*, si el concurso debe o no ser calificado como culpable, para lo cual no solo podrá atenderse al incumplimiento del convenio, sino también, lógicamente, al resto de conductas del concursado o de sus administradores —liquidadores o apoderados generales—. La administración concursal debe pronunciarse obviamente sobre las causas del incumplimiento, pues hay un hecho de calificación culpable directamente aplicable, el incumplimiento de convenio imputable al concursado, pero debe pronunciarse también sobre si «el concurso debe ser calificado como culpable», atendiendo, como no puede ser de otra manera, a todo el sistema legal de calificación concursal. Y eso será así aun en el caso en que se considere que el incumplimiento del convenio ha sido imputable al concursado, puesto que la realización de otras conductas influirá en la duración

de la pena de inhabilitación (art. 172.2-2.º) y en la cuantía de la condena a la cobertura del déficit (art. 172.3).

## 2.2. El ámbito de aplicación de la especialidad

Además, cualquiera que sea el significado de los arts. 168.2 y 169.3, parece claro que, por su propio carácter limitativo, tales normas serán aplicables solo al caso especial que tratan (la continuación o reapertura de la sección de calificación por apertura de la liquidación por *incumplimiento del convenio*), y no, por tanto, a otros casos de reapertura de la sección de calificación.

Como es sabido, en efecto, la liquidación concursal puede ser voluntaria o necesaria. El deudor podrá solicitar la liquidación en cualquier momento del concurso, siempre —claro está— que no hubiera presentado una propuesta —anticipada u ordinaria— de convenio (liquidación voluntaria), y la liquidación habrá de abrirse necesariamente siempre que no llegue a aprobarse un convenio y siempre que se constate el fracaso del convenio aprobado, en cuyo caso puede hablarse de *liquidación necesaria* o, más exactamente, de apertura necesaria de la fase de liquidación:

a) Así, se establece que la liquidación deberá abrirse, *de oficio* por el juez, siempre que fracase la solución convenida, sea porque no llegare a presentarse o a admitirse a trámite ninguna propuesta de convenio, porque no llegare a concluirse con la mayoría de acreedores o no llegare a aprobarse por el juez, sea, en fin, porque se declarase la nulidad o *el incumplimiento del convenio* (art. 143.1).

b) Además, la liquidación deberá abrirse también a solicitud de parte, mediante la imposición de dos reglas que evocan el momento de la declaración de concurso: de un lado, se impone al concursado que hubiera alcanzado un convenio con sus acreedores el *deber* de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posteriori-

dad a la aprobación judicial del convenio (art. 142.3; deber que evoca el de solicitar la declaración de concurso cuando conozca el estado de insolvencia: art. 5), y, de otro lado, se concede a los acreedores la *facultad* de solicitar la liquidación cuando acrediten la existencia durante la ejecución del convenio de alguno de los hechos que permiten la solicitud de concurso (art. 142.4; *vid.* art. 2.4). Con esas dos medidas, en las que —insistimos— se evoca el momento de la declaración de concurso, regulando una suerte de «reinsolvencia» del concursado, se persigue un tránsito rápido desde la fase de convenio a la fase de liquidación, como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento del convenio concluido con los acreedores y aprobado por el juez y de las nuevas obligaciones contraídas, que se traduce, en definitiva, en una *conversión directa* de la fase de convenio en fase de liquidación, y, para lo que ahora interesa, *sin necesidad, pues, de tener que solicitar la resolución judicial del convenio que llegase a ser incumplido, ni, por supuesto, de esperar a la resolución judicial de incumplimiento.*

Pues bien, parece claro que los arts. 168.2 y 169.3, por su propio carácter limitativo, serán aplicables solo al caso especial que tratan (la continuación o reapertura de la sección de calificación por apertura de la liquidación por *incumplimiento del convenio*), y no, por tanto, a otros casos de reapertura de la sección de calificación, en especial, a la apertura de la liquidación por *imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles*, que trata justamente de evitar ese incumplimiento y cuyo incentivo fundamental para el concursado es, precisamente, el de evitar el juego del hecho de calificación que obligaría a calificar el concurso como culpable cuando la liquidación se abriera de oficio por resolución del convenio por incumplimiento (art. 143.1-5.º LC), por el simple hecho de que el incumplimiento fuera imputable al concursado (art. 164.2-3.º).

### 3. CONCLUSIÓN

La sección de calificación reabierta por la apertura de la fase de liquidación solicitada por el deudor como consecuencia de la im-

posibilidad de cumplir las obligaciones comprometidas y las nuevas obligaciones se rige, como cualquier otra calificación, por el sistema legalmente previsto (arts. 164 y 165 LC), sin que pueda considerarse en ningún caso restringida al enjuiciamiento de una conducta (el incumplimiento del convenio u otra). Afirmar lo contrario y restringir el enjuiciamiento supondría una diferencia intolerable entre concursos y fomentaría el fraude, lo que atentaría contra la función represora del concurso.

El sistema de calificación se aplica íntegramente, incluso en el caso en que la sección de calificación se reabra por apertura de la liquidación producida de oficio por la resolución por incumplimiento de convenio.

Es evidente que las limitaciones existentes, cualquiera que sea su significado, se reducen al supuesto de liquidación de oficio por resolución judicial de incumplimiento de convenio, algo que no se produce en este caso, en el que la liquidación se solicita precisamente para evitar que el incumplimiento de convenio llegue a producirse.