

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia concursal

Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Madrid, noviembre de 2011

Contenido

1. Introducción	1
2. Admisibilidad en materia concursal del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal	3
2.1 Criterios generales.....	3
2.2 La admisibilidad de los recursos extraordinarios no debe determinarse en función de la cuantía, sino por razón de la materia	6
2.3 Inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal si no se admite el recurso de casación.....	7
2.4 Admisibilidad del recurso respecto de normas con menos de cinco años de vigencia	8
2.5 Régimen transitorio: resoluciones dictadas en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la LCon	9
3. Procedimiento y efectos de la declaración de concurso	10
3.1 Competencia territorial.....	10
3.2 Deber de solicitar la declaración del concurso	12
3.3 Procesos declarativos.....	15
3.4 Tasaciones de costas	16
3.5 Juicios declarativos en trámite	16
3.6 Efectos de la apertura de oficio de concurso por incumplimiento del convenio aprobado bajo la legislación anterior	17
4. Determinación de la masa activa	18
4.1 Legitimación de la administración concursal	18
4.2 La retroacción de la quiebra y el artículo 34 LH.....	19
4.3 Rescisión en la quiebra de los actos perjudiciales para la masa activa	19
4.4 Plazo para la retroacción en el CCom y para la rescisión en la LCon	20
4.5 Acción de reintegración del artículo 71.1 LCon	21
4.6 Los efectos de la formación del incidente concursal de impugnación del artículo 97.1 LCon respecto de los deudores	28
5. Determinación de la masa pasiva	28
5.1 Créditos de la Seguridad Social	28
5.2 Prohibición de compensación	29
5.3 Resolución en interés del concurso.....	30
5.4 Plazo para la inclusión de créditos en la lista de acreedores.....	30
6. Clasificación de créditos	31

6.1 Preferencia de los gastos de administración del concurso	31
6.2 Prenda de créditos	32
6.3 Relación entre la Ley General Tributaria y la Ley Concursal en materia de clasificación de créditos tributarios.....	33
6.4 Créditos de la Seguridad Social	33
6.5 Créditos por IVA	34
6.6 Créditos por retenciones por IRPF.....	36
6.7 Cómputo del límite para el privilegio general de los créditos de la Seguridad Social	37
6.8 Cómputo del límite para la aplicación del privilegio general de los créditos tributarios	38
6.9 Clasificación de los recargos tributarios de apremio.....	41
6.10 Créditos por sanciones impuestas después de la declaración del concurso por infracciones cometidas con anterioridad	42
6.11 Créditos derivados de un arrendamiento financiero	44
6.12 Clasificación como créditos subordinados de los pertenecientes a personas relacionadas con la sociedad.....	45
7. Calificación del concurso	46
7.1 Cuestiones de procedimiento	46
7.2 Criterios para la calificación como del concurso como culpable.....	46
7.3 Causas de culpabilidad	47
7.4 Responsabilidad del artículo 172.3 LCon:	49

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia concursal

1. Introducción

La 22/2003, de 9 de julio, comportó una profunda reforma cifrada, según la exposición de motivos, en la unidad legal (un solo texto regula los aspectos materiales y procesales), de disciplina (será igual tratamiento las situaciones concursales de todos los deudores, con independencia de su carácter o condición civil o mercantil) y el sistema (se establece un único proceso), el cual se configura con un carácter flexible.

La doctrina observó que la media anual de procedimientos de suspensiones de pagos y quiebras admitidos en los años anteriores a la entrada en vigor de la LCon no había sido sustancialmente inferior a los procedimientos concursales admitidos a partir de su entrada en vigor. Para algunos, esto significaba que el nuevo procedimiento concursal no había calado aún en la cultura empresarial, pues el empresario no utilizaba esta herramienta de gestión para intentar la solución de dificultades económico-financieras.

La situación, sin embargo, cambió radicalmente al estallar la crisis económica en que nos hallamos inmersos, pues el número de declaraciones de concurso de acreedores creció exponencialmente. A esta circunstancia fue debida la primera e importante modificación llevada a cabo mediante Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 marzo, antes de que hubiesen transcurrido cinco años desde su entrada en vigor -que tuvo lugar el 1 de setiembre de 2004-. Esta reforma se completó con la introducida por la ley 13/2009, de tres de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. En

el preámbulo del Real Decreto-Ley se justifica la reforma en "la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española" que ha permitido "comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones". Esta reforma respondió a un cuádruple objetivo: a) facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia; b) agilizar los trámites procesales; c) reducir los costes de la tramitación, y d) mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.

Una nueva reforma ha tenido lugar a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En su preámbulo se pone de manifiesto que "el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado". La nueva reforma contempla los siguientes aspectos principales: (a) perfecciona la regulación de los acuerdos de refinanciación regulando los deberes de las partes y la homologación judicial del acuerdo, incorporando el llamado "privilegio del dinero nuevo"; (b) agilizar el procedimiento concursal favoreciendo la anticipación de la liquidación e impulsando el procedimiento abreviado (c) serán determinadas soluciones para favorecer la conservación de la empresa; (d) se mejora la protección de los trabajadores afectados; (e) se modifica la regulación de los administradores concursales reconociendo, entre otros aspectos, la persona jurídica como administrador concursal; (f) se precisa la responsabilidad civil de los administradores societarios; (g) se establece un régimen concursal especial para las entidades deportivas. La Ley ordena su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, aunque determinados aspectos (comunicación de negociaciones, acumulación de solicitudes, prohibición de rescisión de los acuerdos de refinanciación en ciertas condiciones, consideración del dinero nuevo como caído contra la masa; homologación de los acuerdos de refinanciación).

Durante los años transcurridos desde la vigencia de la LCon se han planteado numerosas cuestiones sobre la interpretación de la Ley. Tras la primera oleada de resoluciones dictadas por los juzgados de lo mercantil, va siendo cada vez más nutrida la doctrina en la materia de las audiencias provinciales.

Dado el carácter novedoso de la LCon, las intervenciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la aplicación de la nueva Ley han estado prácticamente ausentes durante los primeros años de su vigencia. En la actualidad, sin embargo, comienzan a producirse resoluciones jurisprudenciales en la materia, las cuales están orientadas por la concepción que la LEC impone al recurso de casación como instrumento de unificación de criterios encaminado principalmente a resolver las discrepancias en la aplicación e interpretación de las leyes entre las audiencias provinciales. Todavía no ha sido posible dictar resolución alguna en relación con las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 ni por la Ley 38/2011.

Mi propósito en este trabajo es proponer una visión panorámica de las declaraciones que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido ya efectuando en esta materia.

2. Admisibilidad en materia concursal del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal

2.1 Criterios generales

El artículo 197 LCon (modificado por la L 13/2009, que numera de nuevo sus apartados) establece los recursos procedentes en materia concursal. Especialmente nos interesa considerar los apartados 4, 5 y 7.

El art. 197.4 LCon (antiguo art. 197.3 LCon) niega la posibilidad de recurso contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, pero admite que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

La Ley 38/2011 añade que «A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la

que apruebe la propuesta anticipada de convenio. Se exceptúan las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 [acciones rescisorias y demás de impugnación] y el artículo 80.2 [decisión denegatoria de la administración concursal], que serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente.»

El artículo 197.5 LCon (antiguo art. 197.3 LCon) admite el recurso de apelación contra las sentencias que aprueban el convenio, con las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación. La ley 38/2011 establece que este recurso tendrá carácter preferente.

A su vez, el artículo 197.7 LCon (antiguo art. 197.6 LCon) establece el régimen de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en los siguientes términos: «Cabrán recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la LEC, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera [comprende lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa] y cuarta [comprende lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos].»

- El ATS de 14 de octubre de 2008, RC n.º 1547/2005, desarrolla, en términos reiterados por otras muchas resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, los criterios generales sobre admisibilidad de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación en materia concursal y considera no susceptible de recurso un auto de la Audiencia por el que se resuelve el recurso interpuesto contra el auto del Juzgado por el que se declara el concurso necesario del deudor.

Con carácter general, esta resolución contempla, en primer lugar, el régimen aplicable: «El artículo 197.6 LCon [hoy art. 197.7 LCon] establece, por lo tanto, el régimen de los recursos extraordinarios contra las resoluciones recaídas en procedimientos concursales atendiendo a la clase de resolución y a su materia, marco que, en lo que a la eficacia

temporal de las normas se refiere, se completa con las previsiones de la DT primera, apartado quinto, en relación con la DF trigesimoquinta, y que se debe integrar, en su caso, con las previsiones contenidas en los apartados tercero y cuarto del mismo artículo 197 [hoy apartados 4 y 5], encontrándose inserto en el sistema y régimen de recursos establecido con carácter general en los capítulos IV y V del Título IV del Libro II la LEC 1/2000 y, mientras perviva, en el régimen provisional que establece su Disposición Final Decimosexta.»

El citado ATS considera los siguientes requisitos que deben concurrir para la admisibilidad de los recursos extraordinarios: «a) la necesidad de que se esté ante una resolución dictada por una Audiencia Provincial, lo cual implica, a su vez, la posibilidad de un recurso de apelación del que esta deba conocer; b) que la resolución sea relativa a alguna de aquellas materias que el legislador de la LCon ha considerado no solo trascendentes a los fines del concurso, sino también con autonomía y sustantividad dentro del mismo, bien en la fase común -haciendo aquella posible por permitir el recurso de apelación autónomo-, bien en las fases posteriores, abierta la liquidación o acordada la reapertura del concurso, cuales son la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso o las que constituyen el objeto de las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta; y c) que se de alguno de los presupuestos que abren el acceso a la casación -y, por ende, al recurso extraordinario por infracción procesal, durante la vigencia del régimen provisional previsto en la DF Decimosexta de la LEC 2000, conforme a lo establecido en su apartado primero- previstos en el apartado segundo del art. 477 LEC 2000, para cuya constatación debe estarse a los criterios exegéticos establecidos por esta Sala en torno al carácter diferenciado y excluyente de los cauces de acceso a la casación, prestando particular atención a si el procedimiento fue seguido por razón de la materia o por razón de la cuantía litigiosa».

En aplicación de estos criterios, el ATS considera inadmisibile el recurso de casación y, consiguientemente, el extraordinario por infracción procesal contra una resolución dictada por la Audiencia resolviendo el recurso interpuesto contra un auto del Juzgado por el que se declaraba el concurso necesario por no estimarse esta resolución comprendida en las enumeradas en la LCon.

- La STS 27/2011, RC n.º 67/2008, confirma esta doctrina en relación con un supuesto sobre modificación de la fecha a la de que debían retrotraerse los efectos de la quiebra, en los siguientes términos:

«[...] para la admisión del recurso de casación impone:

»1) Que se trate de una resolución dictada por una Audiencia Provincial.

»2) Que sea relativa a alguna de aquellas materias que el legislador de la Ley Concursal ha considerado con autonomía y sustantividad dentro del mismo, bien en la fase común - haciendo aquella posible por permitir el recurso de apelación autónomo-, bien en las fases posteriores, abierta la liquidación o acordada la reapertura del concurso; y

»3) Que concurra alguno de los presupuestos que abren el acceso a la casación.

»26. Pues bien, como tenemos declarado en los autos de 5 de mayo de 2009 (Recurso de Casación 1163/2007) y 15 de junio de 2010 (Recurso de Casación 1217/2009), **los criterios que se acaban de exponer imponen afirmar la irrecurribilidad en casación de la sentencia que versó sobre la modificación de la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la quiebra».**

2.2 La admisibilidad de los recursos extraordinarios no debe determinarse en función de la cuantía, sino por razón de la materia

- El ATS de 29 de abril de 2008, RC n.º 900/2006, aplica al ámbito concursal una reiterada doctrina sentada con carácter general, en el sentido de que la admisibilidad de los recursos extraordinarios en materia concursal está subordinada a la justificación del interés casacional, dado que estos procesos se tramitan por razón de la materia y no de la cuantía. El ATS contempla el supuesto de «la impugnación de una sentencia recaída en un procedimiento sustanciado por razón de su materia, cuyo cauce de acceso al recurso de casación es el establecido en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, denominado de "interés casacional", que exige la acreditación de dicho interés, ya en el mismo escrito preparatorio del recurso». Concluye que el recurso de casación es inadmisibile, dado que «habiéndose sustanciado el procedimiento por razón de la materia el cauce de acceso a la casación viene determinado por la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, esto es, acreditando la existencia de interés casacional, utilizándose de forma inapropiada en el escrito de preparación el cauce del ordinal segundo del referido art. 477.2, pues la circunstancia de que el valor económico de un pleito,

seguido por razón de la materia, exceda del límite fijado por la LEC para acceder a la casación en absoluto supone que pueda prescindirse de la acreditación del "interés casacional", como presupuesto de recurribilidad».

- El ATS de 23 junio 2009 considera, en aplicación de esta doctrina, que el recurso de casación por interés casacional es el cauce adecuado para recurrir la sentencia dictada en el procedimiento sustanciado por los trámites del juicio verbal en ejercicio de la acción de separación de la masa activa de bienes que no pertenezcan al concursado. El ATS 3 marzo 2009 sienta idéntica doctrina para el recurso contra sentencia dictada en juicio sobre nulidad de Junta General de Acreedores y del convenio adoptado en ella.

Está jurisprudencia no resulta afectada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, pues el recurso de casación en interés de la ley sigue siendo aplicable a los procedimientos tramitados por razón de la materia aún que lo sea también ahora aquellos cuya cuantía no supere los 600.000 €.

2.3 Inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal si no se admite el recurso de casación

La DF decimosexta 1.2.^a LEC, al establecer el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, dispone, entre otros extremos, que «[s]olamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del art. 477 de esta Ley [proceso de protección de derechos fundamentales y asuntos de cuantía superior]».

- El ATS de 30 de octubre de 2007, RC n.º 464/2007, reitera la doctrina de que, mientras se mantenga el régimen transitorio de recursos extraordinarios establecido en la LEC, no es admisible el recurso extraordinario por infracción procesal si no se admite el recurso de casación. El ATS razona que «si bien la resolución que se pretende impugnar es una de aquellas a las que la LCon abre la vía de recurso, ya que se trata de una sentencia que versa sobre la calificación de la quiebra, su procedencia queda condicionada, tratándose del recurso

extraordinario por infracción procesal, a la procedencia del recurso de casación por la vía correspondiente, pues así se desprende de la recta inteligencia de la expresión "de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil "» y concluye que «la falta de preparación del recurso de casación por interés casacional juntamente con el extraordinario por infracción procesal determina la improcedencia de éste».

2.4 Admisibilidad del recurso respecto de normas con menos de cinco años de vigencia

El artículo 477.3 LEC define el interés casacional que fundamenta la admisibilidad del recurso de casación cuando el proceso no se sigue por razón de la cuantía afirmando que se considera que concurre este «cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

- El ATS de 28 de octubre de 2008, RC n.º 321/2008, admite un recurso de casación en materia concursal fundándose en que la norma que se cita como infringida tiene menos de cinco años de vigencia, «pues la recurrente funda el interés casacional en la aplicación de una norma -la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en concreto de su artículo 91.4 y 92, que se citan como infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación- cuya vigencia no supera cinco años, y sin que exista jurisprudencia sobre la misma o sobre otra de igual o similar contenido».

La LCon entró en vigor el 1 de septiembre 2004, por lo que estos cinco años ya se han extinguido. No así en relación con las modificaciones introducidas por el RDL del año 2009 ni las posteriores.

2.5 Régimen transitorio: resoluciones dictadas en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la LCon

La DT primera, apartado 5, LCon establece que «[l]as resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley [el 1 de septiembre de 2004, según la DF trigésima quinta] serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el art. 197».

- El ATS de 8 de julio de 2008, RC n.º 788/2006, recoge la doctrina sobre régimen transitorio de admisibilidad de los recursos extraordinarios en materia concursal. Con carácter general declara que «[l]a DT primera de la LCon, establece que los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la misma continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las contenidas en la misma norma de derecho transitorio. Conforme a lo indicado en su apartado quinto, las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197. [...] el apartado tercero establece que contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en los incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, si bien las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado la oportuna protesta; en el apartado cuarto se reserva el recurso de apelación a las sentencias que aprueben el convenio y a las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación; y, en fin, el sexto dispone que cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el caso particular examinado el ATS concluye que «[l]os criterios que se acaban de exponer permiten, ante todo, afirmar la recurribilidad en casación de la sentencia objeto de impugnación. Se trata de una sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y, por lo tanto -y según lo expuesto-, sometida al régimen de recursos establecido en su art. 197. Y se trata de una sentencia dictada en un juicio ordinario que versó sobre el ejercicio de una acción de nulidad

de un negocio jurídico celebrado dentro del periodo de retroacción de la quiebra, con base en al artículo 878 del CCom, de suerte que, atendida la finalidad reintegradora de la acción ejercitada, cuyos efectos patrimoniales se han de traducir, prima facie, en la restitución al patrimonio del quebrado del bien objeto de la compraventa o de su valor al tiempo en que salió del mismo, es dable sostener su equiparación a las acciones comprendidas en la sección tercera del concurso, y, por ende, su trascendencia respecto del resultado del concurso y su sustantividad de cara al acceso a los recursos extraordinarios, con independencia del concreto cauce procedimental seguido».

- El ATS de 26 de junio de 2007, RC n.º 866/2006, reitera esta doctrina en relación con sentencia dictada en juicio incidental que versó sobre la fijación de la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la quiebra, entendiendo que esta resolución no puede equipararse a las que resuelven acciones de reintegro de la masa y, por ende, no puede ser recurrida en casación: «Sin embargo, en el presente caso no cabe hablar del ejercicio de una acción de reintegración tendente a la restitución del patrimonio del quebrado, sino de una acción tendente a fijar la fecha a la que deben retrotraerse los efectos de la quiebra, de manera que la misma, sin olvidar que puede constituir un presupuesto para el ejercicio de las acciones de reintegración, no puede entenderse equiparada al ejercicio de tales acciones y por lo tanto, en contra de lo alegado por la parte recurrente, no puede entenderse incluida en las secciones tercera y cuarta del concurso».

3. Procedimiento y efectos de la declaración de concurso

3.1 Competencia territorial

- Según el ATS de 25 mayo 2010, RC n.º 1213/2009, sienta la doctrina de que la norma sobre el domicilio del deudor como fuero electivo no es aplicable analógicamente al concurso voluntario:

«[L]a "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en el artículo 10.1 LCon, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".

»Pero además, junto a este fuero principal, el art. 10.1 establece un fuero electivo al añadir a la regla general de competencia territorial que "Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquel.". Dicho supuesto es el que concurre en el caso que nos ocupa, sin embargo la cuestión discutida radica en dilucidar si dicho fuero electivo constituye una potestad otorgada al acreedor exclusivamente, y en consecuencia solo ejercitable en el supuesto del concurso necesario, o si dicha facultad también puede ser atribuible al deudor en el supuesto del concurso voluntario, al no existir acreedor instante del concurso. Tras un estudio pormenorizado y sistemático de las normas reguladoras de la competencia territorial en materia concursal, puede concluirse que el espíritu y finalidad de la norma competencial es el de facilitar a acreedores, en general a terceros, el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial de concurso del deudor, de manera que dicha facilidad será garantizada si el concurso se tramita en el partido judicial correspondiente al lugar en el que radique el centro de los intereses principales del deudor, en éste supuesto el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Zaragoza, ya que en otro caso, y admitiendo la aplicación analógica de la norma competencial al supuesto del concurso voluntario, de manera que éste pudiera optar por el lugar de su domicilio cuando éste fuera diferente al del centro de sus intereses principales, supondría que el procedimiento concursal se tramitara en lugar que pudiera ser no conocido por acreedores, en la medida en que en dicho lugar no se han centrado las operaciones mercantiles, comerciales u de otro orden entre el deudor y terceros, cuando lo que se pretende a través del conjunto de la legislación concursal es facilitar el conocimiento y acceso de acreedores al procedimiento judicial, a los efectos de garantizar la efectividad de sus créditos frente a la masa concursal.

»Por otro lado, al tratarse este de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002, el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al examen de oficio de la competencia

territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente", después de presentada la demanda y el art 10.5, de la Ley Concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado primero o en el apartado tercero de este artículo.»

El art. 10.5 es hoy el art. 10.4 LCon (Ley 38/2011).

- Según el ATS 6 abril 2010, RC n.º 404/2009, el centro de los intereses principales del deudor determinante de la competencia puede no coincidir con el estatutario de la sociedad deudora. Según el ATS de 18 febrero 2009, se trata del lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses.

Según el art. 10.1 II LCon «Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.»

- El ATS de 11 marzo 2009, cuestión de competencia núm. 195/2008 declara que «el inciso último del párrafo segundo del art. 10.1 de la Ley Concursal, tendente a evitar que la competencia territorial pueda ser determinada por la voluntad del propio deudor, debe ser interpretado en el sentido de que el término inicial para computar el plazo de seis meses es la fecha de publicación del cambio de domicilio social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no la fecha del acuerdo social correspondiente, dada la evidente transcendencia para terceros que por su propia naturaleza tiene la declaración de concurso, de suerte que al presentarse de nuevo la solicitud por el deudor en Madrid, 12 de junio de 2008, aún no habían transcurrido seis meses desde el 10 de marzo anterior.»

3.2 Deber de solicitar la declaración del concurso

El artículo 5 LCon dispone que «[e]l deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.»

El nuevo artículo 5 bis, introducido por la Ley 38/2001, establece que el deudor podrá poner en conocimiento del Juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener la adhesión es una propuesta anticipada y regula los efectos de esta comunicación.

Con este precepto la LCon zanja la polémica doctrinal en orden a si deudor tenía o no obligación legal de instar la quiebra. Paralelamente se modificó el artículo 262 LSA, el cual dispuso, en el apartado dos, párrafo II, que los administradores «[a]simismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el art. 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.»

El art. 365 LSC dispone en la actualidad que «[l]os administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso». El art. 367 LSC establece la responsabilidad solidaria de los administradores por el incumplimiento de esta obligación.

- La STS de 5 de diciembre de 2007, RC n.º 5175/2000, recoge la modificación que la LCon llevó a cabo en relación con la responsabilidad de los administradores sociales, introduciendo la exigencia de que, en los casos de disminución patrimonial, se promueva la disolución de la sociedad o el concurso. La STS declara, en efecto, que la responsabilidad concurre cuando han incumplido «los administradores sociales las obligaciones dispuestas en los apartados segundo y cuarto del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas en orden a promover la convocatoria de la junta general para acordar la disolución, y, en su caso, para promover judicialmente ésta, o instar la oportuna declaración de concurso, en este último caso, cuando tal cosa fuese exigible por ser de aplicación la redacción dada a los indicados preceptos, así como al apartado quinto del mismo artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

- En el mismo sentido, entre otras muchas, la STS de 14 de mayo de 2008, RC n.º 187/2001, según la cual la declaración de responsabilidad

de los administradores sociales «no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la disolución mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso -y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concorra su presupuesto objetivo-».

- Igualmente, la STS de 3 de abril de 2006, RC n.º 2702/1999, se refiere a la obligación de los administradores de «solicitar la disolución judicial de la sociedad (artículos 262.3 y 262.4 LSA) ya directamente ya mediante la promoción de la actividad del órgano colegiado de administración. (Después de la vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cabe también promover la declaración de concurso, en base a lo dispuesto en los artículos 3.1.II y 3.3).».
- El mismo sentido, la STS de 5 de diciembre de 2007, RC n.º 5175/2000, hace referencia a la obligación alternativa introducida por la LCon de promover el concurso cuando sea procedente.
- La STS de 14 de mayo de 2007, RC n.º 2141/2000, declara que cuando concurren causas de disolución de la sociedad la obligación de los administradores comporta la imposición legal de un mecanismo preconcursal mediante el que se obliga a la sociedad a evitar el concurso liquidándose o reconstruyendo su patrimonio, declarando que «la ley prevé, cuando concurren estas causas, un mecanismo preconcursal que consiste en que se obliga a la sociedad -antes de que sus pérdidas lo hagan imposible- a evitar el concurso, bien sea liquidándose, bien adoptando otro acuerdo alternativo tendente a reconstruir el patrimonio social, y la efectividad de dicho mecanismo se garantiza imponiendo una responsabilidad solidaria a los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de la obligación de promoverlo».
- La STS de 1 de diciembre de 2008, RC n.º 80/2001, recoge la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual la suspensión de pagos, en el régimen anterior a la modificación de la LCon, no sustituye a la disolución ni al concurso para tener por cumplida la obligación de los administradores de promoverlos en caso de disminución del patrimonio social: «Según la jurisprudencia de esta Sala la suspensión de pagos no sustituye, a efectos del cumplimiento de la obligación de promover la disolución por parte de los administradores en caso de disminución del patrimonio social, a la disolución ni al concurso, y tampoco suplía esta

omisión, en el régimen de la LSA anterior a su modificación por la Ley Concursal».

- La STS 30 de junio de 2010, RC 1337/2006, declara que «una vez que concurre la conducta negligente prevista por la norma y los administradores han incurrido en la responsabilidad prevista, la solicitud de concurso voluntario no opera como causa de exención de la responsabilidad a modo de excusa absolutoria ya que, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la responsabilidad concursal pretendida por la reforma operada por la referida Ley 19/2005, de 14 de noviembre, reiteramos, el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas regula un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya extinción supone la satisfacción de esta.»

3.3 Procesos declarativos

El artículo 50 LCon reserva la competencia para conocer de las demandas civiles a que se refiere el artículo 8 LCon al juez del concurso del deudor (acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; acciones sociales de extinción colectiva de contratos de trabajo; ejecución de bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado; medidas cautelares que afecten el patrimonio del concursado; asistencia jurídica gratuita; acciones de responsabilidad interpuestas subsidiariamente contra los socios; responsabilidad civil de los administradores sociales). El art. 8 LCon ha sido modificado por el RDL 13/2009 y por la Ley 38/2011). El art. 51 LCon, como veremos, establece la continuación de los juicios declarativos pendientes ante el órgano estuviere conociendo de ellos.

- La STS de 30 de marzo de 2007, RC n.º 1886/2000, desestima el recurso de casación que se fundaba en que no podía obtenerse por vía de acción declarativa ejercida fuera del expediente de suspensión de pagos la resolución de los contratos de arrendamiento, reclamación de pago y de entrega de los bienes objeto de leasing. La Sala entiende que, como afirma la sentencia de instancia, no es óbice la suspensión de pagos para que la entidad acreedora pueda plantear la demanda de juicio declarativo ordinario y obtener una sentencia que acoja sus pretensiones, pero añade que la decisión adoptada no puede producir el efecto de

dotar de la privilegio al crédito, cuya ejecución singular tampoco podrá derivar de la sentencia recaída, sino que habrá que estar a la aplicación del convenio. Para adoptar esta resolución se tiene en cuenta la DA primera LCon, que ordena que los Jueces y tribunales interpreten las normas legales que hacen referencia a los procedimientos concursales derogados poniéndolas en relación con las del concurso que en ella se regula, atendiendo fundamentalmente su espíritu y finalidad. Afirma la STS, en efecto, que: «[e]n todo caso, la DA Primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ordena que los jueces y tribunales interpreten las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por dicha Ley poniéndolas en relación con las del Concurso regulado en ella, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. En consecuencia, la solución del problema aquí suscitado implica tener en cuenta las deducciones que cabe obtener de preceptos como los artículos 50.1 61.2 y 62.1 de la Ley Concursal, en los que se prevé la posibilidad de nuevos juicios declarativos contra el concursado, la vigencia de los contratos con relaciones recíprocas, y la posibilidad de resolución.»

3.4 Tasaciones de costas

- La STS 10 de junio de 2008, RC n.º 4313/1999 declara que el mandato del artículo 50 LCon, el cual ordena «que los jueces del orden jurisdiccional civil se abstendrán de conocer de las demandas de las que debe conocer el juez del concurso [...] no es aplicable a la impugnación de honorarios por indebidos. Esta no es una demanda, ni se trata de un crédito ya firme. La impugnación de la tasación de costas se tramita, en el Juzgado por el Secretario y ante el Juez que haya actuado en el pleito, como disponen los artículos 422, 428 y 429 LEC de 1881 y cuando ya esté plenamente determinado se incluye en la masa pasiva del concurso.».

3.5 Juicios declarativos en trámite

El art. 51 LCon establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la

declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. A partir de la Ley 38/2011, solo se admite por excepción la acumulación «de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.»

- El ATS de 12 de febrero de 2009, RC n.º 212/2008, resuelve un conflicto negativo sobre competencia territorial suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de lo Mercantil de Córdoba y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valdepeñas relativo al conocimiento de un juicio verbal en tramitación en el momento de la declaración del concurso declarando que «al ser de aplicación preferente el art 51 de la Ley Concursal que dispone que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Dado que el procedimiento verbal iniciado en los Juzgados de Valdepeñas es de fecha 18 de abril de 2008 y la declaración del concurso por parte del Juzgado de Córdoba tuvo lugar el 4 de julio de 2008, corresponde la competencia al primeramente citado. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 51.1 párrafo primero in fine de la Ley Concursal, en relación con el párrafo segundo del mismo, sobre posible acumulación».

3.6 Efectos de la apertura de oficio de concurso por incumplimiento del convenio aprobado bajo la legislación anterior

- La STS 81/2011, de 28 de febrero, RC n.º 1870/2007, resuelve sobre los efectos de la apertura de oficio de concurso por incumplimiento del convenio aprobado bajo la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos:

«En el recurso de apelación de la TGSS se alega que el objeto del procedimiento es únicamente la liquidación de la empresa, y que la administración concursal se extralimita al volver a calificar los créditos conforme a la Ley Concursal, y está realizando una aplicación retroactiva de la norma contraria a lo previsto en los arts. 9.3 CE y 2.3 CC, así como a la E. de M. de la LC, punto duodécimo, párrafo cuarto. Por la Administración Concursal se opuso que la pretensión de la TGSS de que los acreedores

ordinarios cobrarían después de los acreedores cuyos créditos nacieron entre la suspensión y el concurso es "absurdo por injusto" [...].

»La disposición transitoria primera de la LC dispone que los procedimientos de suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior. En el apartado 2 establece como excepción el supuesto de incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales, en cuyo caso "la resolución judicial que declara el incumplimiento... producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella". Esta última referencia implica que se excluye la eventualidad de abrir la fase de convenio, lo cual es lógico dado que se viene de un incumplimiento, pero **no cabe prescindir inexorablemente de que se forme la masa pasiva, pues de otro modo no sería posible en este supuesto especial la liquidación -pago de acreedores** (art. 154 a 162 LC), como sí lo es en los casos ordinarios del art. 143 LC».

4. Determinación de la masa activa

4.1 Legitimación de la administración concursal

- Según la STS 634/2010, 14 de octubre, RC n.º 1643/2006, los síndicos de la quiebra no tiene legitimación para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores:

«4. Ningún precepto atribuye a la masa pasiva de la quiebra la titularidad de las acciones previstas en los artículos 105.5 LSRL y 135 LSA, que pertenecen individualmente a quien afirme ser acreedor de la sociedad o socio o tercero perjudicado por la actuación de los acreedores, con independencia de que su crédito haya sido o no reconocido en la quiebra.

»5. Ante la falta de norma que legitime a los síndicos no pueden invocarse los principios rectores del juicio de quiebra. La afirmación de que es conveniente para los acreedores del quebrado que los síndicos promuevan estas acciones no es título jurídico suficiente, como tampoco la autorización del comisario de la quiebra ya que no tiene la virtualidad de conferir a los síndicos una habilitación para litigar si la ley no les confiere la necesaria legitimación.

»6. El criterio expuesto resulta coincidente con el manifestado por el legislador en la vigente legislación concursal, que en el artículo 48.2 LC atribuye a los administradores del concurso la legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en las leyes, asistan al concursado persona jurídica contra sus administradores, auditores o liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, pero no les habilita para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que personalmente corresponden a los acreedores del concurso».

La Ley 38/2011 establece la legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra su administradores, auditores o liquidadores en el artículo 48 quáter.

4.2 La retroacción de la quiebra y el artículo 34 LH

- La STS de 29 de julio de 2010, RC n.º 265/2006, entiende que la protección del artículo 34 LH es aplicable a la protección de los subadquirentes de buena fe frente a la nulidad del artículo 878 CCom:

«Así las cosas, es claro que la sentencia recurrida no se opone a la doctrina jurisprudencial ya consolidada de esta Sala, que además resulta especialmente pertinente al caso, atendidas las circunstancias de que la definitiva retroacción de los efectos de la quiebra llegó hasta la fecha de la constitución misma de la sociedad quebrada, que cuando los cónyuges codemandados compraron la casa y constituyeron hipoteca sobre la misma no constaba ya registralmente la quiebra y, en fin, que la sindicatura demandante no procuró en su momento la constancia registral del incidente de rectificación de la fecha de retroacción, por lo que **cobra toda su relevancia el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución para propiciar una interpretación del art. 878 C.Com. compatible con la eficacia del art. 34 de la Ley Hipotecaria**».

- En el mismo sentido, la STS 676/2010, de 10 de noviembre, RC n.º 459/2007, declara lo siguiente:

«La segunda cuestión que se plantea se refiere a la posición jurídica del subadquirente, es decir, el que no adquirió del deudor quebrado sino que se trata de un segundo o posterior adquirente. Este tema también ha tenido diversas vicisitudes **habiendo predominado durante muchos años la tesis de la inoperancia del art. 34 LH frente al rigor del art. 878, párrafo segundo, C. de Comercio** (SS., entre otras, 17 de marzo de 1.958, 15 de noviembre de 1.991, 16 de marzo de 1.995, 16 de febrero y 22 de mayo de 2.000), si bien **ha terminado por prevalecer el criterio que permite aplicar al subadquirente que reúna los requisitos al efecto la condición de tercero hipotecario** (con antecedente en Sentencias de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993; 28 de octubre de 1996 y 14 de junio de 2000, se recoge en Sentencias de 13 de diciembre de 2005; 14 de febrero, 30 de marzo y 19 de junio de 2006, 19 de marzo de 2007 y 8 de marzo y 29 de julio del 2010)».

4.3 Rescisión en la quiebra de los actos perjudiciales para la masa activa

- La STS de 7 de mayo de 2008, RC n.º 2270/2001, invoca el criterio de la LCon sobre rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa como justificación externa del criterio jurisprudencial favorable a no

aplicar la sanción de nulidad a las operaciones del quebrado realizadas durante el período de retroacción de la quiebra si no existe perjuicio para los acreedores. Para ello recuerda la doctrina mantenida en otras sentencias de la Sala «en las que se explica que "los inconvenientes que para la seguridad jurídica se derivan de aquellos sistemas de reintegración de la masa activa de la quiebra que se sirven de la sanción de nulidad absoluta para aplicarla a todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la fecha a la que se retrotraen los efectos de aquélla, como el sancionado en el artículo 878.2 del Código de Comercio, han sido puestos de manifiesto por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que, en la Exposición de Motivos lo califica de perturbador, y en su artículo 71 lo sustituye por otro formado por acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes había hecho el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, los apartados tres y cuatro de la disposición adicional tercera de la ley 1/1991, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras, en relación con la disposición derogatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, y el artículo 11.1 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, preceptos todos ellos a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, Concursal, reformada por la citada Ley 25/2005, de 24 de noviembre.»

- Esta doctrina es ratificada, entre otras, por las SSTs 676/2010, de 10 de noviembre; 801/2010, de 14 de diciembre; 224/2011, de 23 de marzo, RC n.º 4/2008; 572/2011, de 5 de septiembre, RC n.º 788/2006; 576/2011, de 6 de septiembre, RC n.º 1011/2006; 586/2010, de 29 de septiembre, RC n.º 44/2006; 676/2010, de 10 de noviembre, RC n.º 459/2007; 801/2010, de 14 de diciembre, RC n.º 708/2007.

4.4 Plazo para la retroacción en el CCom y para la rescisión en la LCon

- Según la STS 227/2011, de 25 de marzo, RC n.º 67/2008, el plazo para la rescisión establecido en la LCon no puede extrapolarse al plazo de retroacción previsto en el CCom para la quiebra:

«...] como sostiene la sentencia recurrida, "no cabe extrapolar el plazo de dos años que la nueva Ley Concursal prevé en su artículo 71 para las acciones rescisorias, que suponen un sistema

legal diferente al de la retroacción absoluta, que respondía a sus propios presupuestos y que carece de encaje en la nueva Ley Concursal (la cual prescinde de ella, respetándola, sin embargo, para los procesos previos", máxime cuando, como sostiene la sentencia 791/2010, de 13 de diciembre "La aplicación de la normativa de la Ley Concursal en la materia debe hacerse de modo unitario, sin que sea factible diferenciar aspectos favorables o desfavorables respecto de la anterior"».

4.5 Acción de reintegración del artículo 71.1 LCon

A) Norma legal

El artículo 71 LCon, modificado por la Ley 38/2001, dice lo siguiente:

«Artículo 71. Acciones de reintegración.

»1. Declarado el concurso, **serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.**

»2. **El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario**, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

»3. **Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando** se trate de los siguientes actos:

»1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

»2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

»3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

»4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

»5. **En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:**

»1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

»2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

»3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

»6. No podrán ser objeto de rescisión **los acuerdos de refinanciación** alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:

»1.º **El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor** en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

»2.º El acuerdo **haya sido informado favorablemente por un experto independiente** designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

»3.º **El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público** al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

»7. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente».

B) Actos ordinarios

- La STS de 27 de octubre de 2010, RC n.º 10/2007 plantea, en el caso que resuelve, la cuestión de si concurre la prohibición de rescisión del art. 71.5.1º LCon relativa a "actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales":

«La primera alegación se refiere a que procedía inadmitir la acción ejercitada dado que las compraventas fueron "actos ordinarios de la actividad empresarial de la sociedad vendedora", y, por consiguiente, se hallan excluidos de la acción de reintegración con base en el art. 71.5.1.º de la LC. [...] [E]l planteamiento del motivo debe ser rechazado porque se trata de una "cuestión nueva" que, precisamente por su entidad, **debió haber sido planteada en la**

fase de alegaciones y no lo fue, por lo que le es aplicable la regla de "pendente appellatione nihil innovetur" [...].

»Es evidente que **la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado** lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un **sacrificio patrimonial injustificado**. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora [...], **uno de cuyos socios [...] era acreedor de [la concursada]**. Y a este respecto es especialmente significativo que el mismo día 31 de agosto de 2004 en que se formalizó la compraventa, **los hijos del administrador de [la concursada] pactaron con la sociedad compradora [...] entrar a formar parte como socios** mediante una ampliación de capital. Todo ello se pone de manifiesto de modo irrefutable en las sentencias de primera instancia y de apelación, la que, aparte sus propios argumentos asume los de la resolución apelada. Y a todo ello aún cabe añadir la **falta de pago de parte del precio y del IVA** que puso al descubierto el incidente concursal».

C) Mala fe

Según el art. 73 LCon:

«Artículo 73. Efectos de la rescisión.

»1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

»2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

»3. **El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.**»

- La STS de 27 de octubre de 2010, RC n.º 10/2007, respecto de la cuestión relativa a la mala fe de la compradora, resuelve lo siguiente:

«La primera cuestión se refiere a la declaración de mala fe respecto de [...]. Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, **la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores**. Pero tales presupuestos concurren en el caso. Así lo declara el Juzgador de 1ª Instancia -"hay dos datos (dice) que ponen de manifiesto la mala fe de **los compradores**, es decir, que los mismos **eran conscientes de la grave crisis económica de la empresa y del perjuicio que podían sufrir el resto de los acreedores**"-; así lo admite la de apelación; y, en cualquier caso, claramente se deducen ambos presupuestos de los hechos. Por otro lado, **las diversas**

circunstancias concurrentes revelan que, con la compraventa a un precio notablemente más bajo del valor de mercado, al tiempo que se perjudica el patrimonio de la sociedad, se beneficia a una entidad, [la compradora], de la que el socio [...] es un importante acreedor de [la concursada], y en cuya sociedad se efectúa una operación de ampliación de capital para que entrasen a formar parte los hijos del Sr. [...], precisamente administrador y socio único de la vendedora, [la concursada], lo que supone una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico, y la sanción adoptada.»

- La STS de 27 de octubre de 2010, RC n.º 10/2007, ya citada, estudia también si la mala fe puede darse en el supuesto del artículo 71.1 LCon, y da una respuesta afirmativa:

«La segunda cuestión que se plantea se refiere a que de la interpretación conjunta de los arts. 71 y 73.3 LC se deriva que la mala fe determinante de la conversión del crédito en subordinado únicamente puede darse en los supuestos segundo y tercero de dicho artículo 71, pero en ningún caso en el supuesto del art. 71.1 LC. La alegación carece de fundamento alguno. **No tiene ningún sentido que si se prueba el perjuicio (sin necesidad de presunción) no quepa apreciar mala fe, y, en cambio, si no se prueba, pero se presume, sí. La referencia del art. 71.1, inciso final, a "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" tiene carácter general y significa que la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar.»**

- Respecto de la cuestión relativa a la cancelación de la hipoteca por el comprador, la misma STS de 27 de octubre de 2010, RC n.º 10/2007 resuelve lo siguiente:

«La tercera cuestión se resume en que tanto la sentencia de primera instancia como la de la apelación prescinden de un circunstancia esencial tanto para calificar la conducta de [...] -la recurrente- cuanto para la exclusión de cualquier perjuicio derivado de la mala fe de comprador y vendedor: la cancelación en fecha inmediatamente posterior a la venta de las dos hipotecas que gravaban la finca [hay que entender las fincas], actuación que es incompatible con la mala fe declarada en la sentencia de primera instancia y confirmada en la de segunda instancia. [...] [D]esde la óptica de fondo, también debe rechazarse el motivo, dado que **la recurrente retuvo una parte del precio para hacer efectivos los préstamos que garantizaban dichas hipotecas, y, por otro lado, no cabe olvidar que las cargas se cancelaron después de declarado el concurso** con lo cual no se toma en cuenta la posibilidad de paralización de ejecución de garantías reales *ex* art. 56 LC».

- La STS, Pleno, 548/2010, de 16 de septiembre, RC n.º 1924/2006, aprecia un supuesto de concurrencia de mala fe a efectos de calificación del crédito del acreedor objeto de la acción de rescisión como subordinado estableciendo los requisitos que deben concurrir:

«[...] carece de sustento la alegación del motivo relativa a una supuesta falta de base fáctica en la sentencia recurrida para apreciar la mala fe, pues, entre otras alusiones, en el fto. de d.º quinto, B, ap. 4) se hace referencia a que [la entidad financiera] actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que [la entidad financiera] conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia

de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. **La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico».**

D) Aplicación retroactiva de la presunción de perjuicio por gratuidad

- La STS 548/2010, de 16 de septiembre, RC n.º 1924/2006, resuelve la cuestión de la aplicación retroactiva de las normas sobre clasificación de créditos:

«La Disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal, bajo la rúbrica de "Procedimientos concursales en tramitación", dispone que "los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, sin más excepciones" que las que expresa, que aquí carecen de interés. La LC entró en vigor el 1 de septiembre de 2.004 (Disposición Final 35ª) salvo la modificación de los artículos de la LEC relativa a los emplazamientos en los recursos de apelación y extraordinarios que entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE.

»De lo anteriormente expuesto se deduce que **la Ley Concursal es aplicable a todos los concursos instados a partir del 1 de septiembre de 2004, si bien debe resaltarse la importancia de la Disposición Adicional Primera, que, bajo el título de "Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes", dispone que "los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley, poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad"**. Sin embargo, como la LC tiene normas procesales y sustantivas, la aplicabilidad de éstas -especialmente- puede suscitar dificultades de derecho intertemporal, tal y como sucede en el caso, dado que, siendo aplicable la LC, la operación se produjo con anterioridad a la misma, pero se halla dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del concurso establecido para las acciones de reintegración en el art. 71.1.

»Examinadas las alegaciones de las partes en relación con los arts. 2.3 CC, 9.3 CE y Disposiciones transitorias del CC, singularmente las de los números segundo y tercero, **el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal, tal y como se hizo por la resolución recurrida.**

»Se acuerda así por las razones siguientes:

»**El supuesto de que se trata exige la aplicación en bloque de la normativa de la LC. Las circunstancias concurrentes impiden individualizar las distintas actuaciones, y darles un tratamiento separado.** Nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una operación compleja, de modo que las diversas operaciones que la integran se hallan íntimamente interrelacionadas y responden a una finalidad única; y es por ello que se impone un trato jurídico unitario.

»Por otro lado, **la aplicación de la nueva normativa es más favorable, o cuando menos no más rigurosa -dura o estricta-, que la anterior**, sin que sea preciso discurrir acerca de los efectos o consecuencias de la retroacción judicial del sistema jurídico actualmente derogado (arts. 1024 del Código de Comercio de 1.829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885).

»Además, **de aceptarse la tesis de la irretroactividad se daría lugar a lo que se denomina "resultado paradójico"**, que incluso podría incurrir en un fraude de ley. Habida cuenta que la retroacción judicial que establecía la normativa anterior fue sustituida por la retroacción legal de la acción de reintegración del art. 71 LC, de estimarse que no es aplicable este precepto por razones de derecho transitorio sucedería que quedarían indemnes conductas ilícitas, en cuanto reprobables con arreglo al mismo, como las del caso enjuiciado, dado que conforme al régimen procesal aplicable de la nueva Ley no habría posibilidad de acordar aquella retroacción judicial. De ahí que la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal y opere con efecto retroactivo.

»Finalmente, con carácter de refuerzo argumentativo, debe tenerse en cuenta también el contenido de la Disposición Adicional 1ª LC antes expresado, sin olvidar que nos hallamos ante una operación compleja que no agotó sus efectos y que la nueva normativa concursal en la materia ha tenido en cuenta para separarse de la derogada sólidas razones de seguridad jurídica».

- La STS 791/2010, de 13 de diciembre, RC n.º 824/2007, entiende que la presunción de perjuicio derivada de los actos a título gratuito (artículo 71.2 LCon) es aplicable a los actos anteriores a la entrada en vigor de la LCon:

«El motivo se desestima por aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 16 de septiembre de 2010, número 548, cuyo contenido es aplicable plenamente al presente caso, tanto más que aquí no concurre un supuesto del art. 73.3, inciso final, de la LC.

»Las razones que fundamentan la desestimación se pueden resumir en tres puntos: (a) La aplicación de la normativa de la LC en la materia debe hacerse de modo unitario, sin que sea factible diferenciar aspectos favorables o desfavorables respecto de la anterior, (b) El nuevo régimen legal de la LC en la materia es en términos generales menos riguroso que el anterior, debiendo observarse que precisamente la consolidación del criterio jurisprudencial "flexible", frente al "estricto", en la interpretación de la nulidad del art. 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885, se produjo por influencia de la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio; y, (c) La apreciación razonable de que **la regulación de la LC en cuanto a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración está impregnada de naturaleza intertemporal y opera con efecto retroactivo**. Ello se revela singularmente en que, **de no aceptarse así, los actos del deudor dañados injustificadamente para su patrimonio, y con detrimento de los acreedores quedarían indemnes, pues, al ser de aplicación a los concursos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley el régimen de ésta (Disposición Transitoria Primera), no resultaría posible acordar la retroacción judicial** de los artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1885, con lo que se produciría un resultado "paradójico", e incluso posiblemente fraudulento».

E) Actos gratuitos

- La STS 791/2010, de 13 de diciembre, RC n.º 824/2007, declara que la calificación de un acto como gratuito depende de las circunstancias del hecho y de que puede serlo el acto de constitución de una hipoteca por quien no es deudor:

«En el enunciado del motivo tercero se alega infracción del art. 71.2 LC, por **considerar acto de disposición a título gratuito la constitución hipotecaria efectuada por la hipotecante no deudora.** [...]

«Sucede, sin embargo, que lo que realmente se pretende combatir mediante el motivo es la calificación jurídica de gratuito del acto de constitución de hipoteca, pues **se entiende por la recurrente que fue oneroso con base en que existió una hipoteca anterior que se canceló y sustituyó por otra con significativas contraprestaciones o ventajas económicas para las hipotecantes** -nuda propietaria concursada y usufructuaria-. Pero **ello supone un problema de interpretación y calificación contractual para cuya resolución nada dice el art. 71.2 LC**, y como consecuencia se deriva que la utilización de la infracción de este precepto legal como pie del motivo resulta artificioso, y supone defecto de técnica casacional, que se produce, entre otros supuestos, cuando no hay relación entre el tema debatido -en el caso concreto, dilema sobre si es acto de disposición oneroso o acto de disposición gratuito- y la norma legal que se alega como conculcada, cuya invocación resulta efectuada únicamente con carácter instrumental.

»[...] **Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-**. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida».

- La STS 548/2010, de 16 de septiembre, RC n.º 1924/2006, contempla un supuesto de ampliación de hipoteca como acto gratuito:

«La alegación relativa a que la sanción que el legislador establece en el art. 71.2 LC respecto de los pagos anticipados "no se refiere a los préstamos hipotecarios" no es relevante en el supuesto que se enjuicia porque **la existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción -con independencia de que también se razone sobre ella en la resolución recurrida- sino de la propia realidad de su existencia al ampliarse la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia**».

4.6 Los efectos de la formación del incidente concursal de impugnación del artículo 97.1 LCon respecto de los deudores

- La STS 563/2010, de 28 de septiembre, RC n.º 612/2007, declara que el efecto de preclusión derivado de la no-impugnación de la lista de acreedores del artículo 97.1 LCon no afecta a los deudores del concursado:

«La Sentencia [...] de la Audiencia Provincial [...], estima el recurso de apelación y, con revocación de la Sentencia del Juzgado, acoge la demanda y condena a [...] a pagar a la actora la cantidad de [...], más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. La razón determinante del fallo es que [la condenada] conoció, o al menos con una simple diligencia hubiese estado en condiciones de conocer, que en el inventario se reflejaba una deuda por importe de 433 437,74 euros, y sin embargo no la impugnó mediante el correspondiente incidente concursal, por lo que, de conformidad con el art. 97.1 de la Ley Concursal, transcurrido el plazo legal establecido ya no puede negar la recepción de la mercancía y la existencia de deuda.

»La amplia argumentación de la sentencia recurrida es comprensible y responde a consideraciones bastante razonables pero no puede ser compartida. **No cabe extender el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación mediante el incidente concursal a las personas incluidas por la Administración concursal en la relación de deudores del concursado, ni cabe equiparar estos deudores con los acreedores a los efectos del art. 97.1 LC, ni siquiera en el caso de que los deudores conozcan la inclusión en la masa activa del concurso.** La desigualdad de trato tiene sólido apoyo en las diferentes características y efectos jurídicos, además de configuración -formación-, de las respectivas listas; a lo que cabe añadir las distintas peculiaridades de las condiciones de acreedor y de deudor, y su respectiva posición en el proceso concursal, y en el proceso civil en general, no resultando razonable en esta última perspectiva que un deudor tenga que plantear un proceso incidental -ejercicio de acción declarativa negativa- por el simple hecho de haber sido incluido en una relación por Administración concursal, generalmente sin más base que la documentación o manifestaciones unilaterales del concursado».

5. Determinación de la masa pasiva

5.1 Créditos de la Seguridad Social

- La STS de 3 de enero de 2008, RC n.º 4174/2000, declara que, a partir de la LCon, los créditos de la seguridad social están sujetos a su normativa. Declara, en efecto, que «la Ley 40/1980 fue derogada por el apartado d) de la Disposición derogatoria única del Texto Refundido de

la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1994, pasando el contenido de los dos párrafos del apartado 1 del artículo 15 de aquella a integrar el contenido del artículo 22 del nuevo texto refundido, que posteriormente sería modificado por el apartado 1 de la Disposición final 16.^a de la LCon de 2003 para someter expresamente a esta los débitos por cuotas de la Seguridad Social en caso de concurso».

5.2 Prohibición de compensación

El artículo 58 LCon, modificado por la Ley 38/2011, dice que «[s]in perjuicio de lo previsto en el art. 205 [derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia] declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.»

- La STS de 25 de octubre de 2007, RC n.º 4356/2000, se refiere a la jurisprudencia que se opone a la compensación de las deudas del concursado como antecedente del criterio establecido en la LCon. La STS declara, en efecto, que «[e]l silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor en una es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra [...], suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales -sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005-, en defensa de una "par condicio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis".»

5.3 Resolución en interés del concurso

- La STS 687/2011, de 11 de octubre, RC n.º 1457/2008, resuelve sobre los requisitos para la resolución contractual en interés del concurso:

«En las dos instancias se ha declarado resuelta, en aplicación de la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, la **cesión de créditos que convinieron, antes de ser declarado el concurso de [...], SAD, esta sociedad, como cedente, y su acreedora, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, como cesionaria.**

»[...] En conclusión – incluso superando la dificultad que representa calificar como recíproca la relación nacida de la cesión entre cedente y cesionaria –, **no se cumple la exigencia del artículo 62, apartado 2, de la Ley 22/2.003, consistente en que las obligaciones estuvieran pendientes de cumplimiento por las dos partes. En efecto, aunque se entendiera - extrayendo consecuencias posibles de lo que no consta - que Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al admitir la cesión, aceptó modificar el régimen de exigibilidad de su crédito, dicha novación o efecto se habría ya producido.**

»El artículo 61, apartado 2, párrafo segundo fue incorrectamente aplicado en las instancias, como denuncia la recurrente».

5.4 Plazo para la inclusión de créditos en la lista de acreedores

- La STS, Pleno, 316/2011, de 13 de mayo, RC n.º 2006/2007, sienta doctrina sobre el plazo para la comunicación de los créditos:

«La existencia de esos dos plazos – el de un mes para la comunicación del crédito y el de dos meses para la presentación del informe con la lista – ha permitido entender que **cuando la Ley 22/2003 vincula consecuencias jurídicas a la comunicación tardía del crédito, se está refiriendo a la que se efectúa en el segundo, esto es, una vez vencido el establecido en el apartado 1, del artículo 85 y en la regla quinta del apartado 1 del artículo 21 y antes de agotarse el previsto en el apartado 1 del artículo 74. En ningún caso después de la presentación del informe, pues la última oportunidad de comunicar un crédito se considera, desde la posición apuntada, que desaparece para el acreedor con el vencimiento del plazo establecido para aquélla.**

»Esa interpretación, que lleva como consecuencia considerar que **la impugnación de la lista de acreedores efectuada en el trámite incidental previsto en el artículo 96 no constituye vía adecuada para comunicar créditos y obtener su inclusión, si no es que hubieran sido comunicados antes o que resultaren de los libros y documentos del deudor o constaren en el concurso por cualquier otra razón - artículo 86 -, se apoya (1º)** en que la primera parte de la norma del ordinal primero del artículo 92, al regular la sanción de subordinación que el legislador vincula a la comunicación retrasada, sólo se refiere a los créditos que, "habiendo sido comunicados tardíamente" – esto es, vencido el plazo de los artículos 85, apartado 1, y 21, regla quinta del apartado 1 -, fueran "incluidos por la

administración concursal en la lista de acreedores" - esto es, antes del vencimiento del plazo de presentación del informe señalado por el artículo 74 -; y (2º) en las diferencias existentes entre la comunicación de créditos – regulada en el artículo 85 – y la impugnación de la lista de acreedores – prevista en el artículo 96 -».

6. Clasificación de créditos

6.1 Preferencia de los gastos de administración del concurso

Según el art. 84.2 LCon tienen la consideración de créditos contra la masa, entre otros, «[l]os [créditos] de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, [cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa -añade la Ley 30/2001-] hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas» (número 2.º); y «[l]os [créditos] de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos» (número 3.º).

El art. 1924.2.º A CC (que atribuía preferencia, con respecto a los bienes muebles e inmuebles del deudor no afectados a créditos especialmente privilegiados, a los gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores) fue derogado por la LCon.

- La STS de 12 de junio de 2007, RC n.º 2035/2000, en la línea de la modificación introducida por la Ley 38/2011, aplica este precepto, hoy derogado, declarando que los honorarios no pueden incluirse en el supuesto de hecho cuando no se prueba que los gastos se hicieron en

interés común de los acreedores y con la aprobación de los órganos del concurso.

6.2 Prenda de créditos

Según el artículo 90.1.7.º LCon (anterior art. 90.1.6.º) son créditos con privilegio especial «[l]os créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados».

La Ley 38/2001, además de modificar la numeración de este precepto, añade lo siguiente: «[l]a prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.»

- La STS de 20 de junio de 2007 se apoya en la LCon para justificar la jurisprudencia anterior sobre admisión de la prenda de créditos. Declara, en efecto, que «[h]a de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º)».
- La STS de 22 de febrero de 2008, RC n.º 5666/2000, se refiere también a la LCon para apoyar la jurisprudencia relativa a la admisión de la prenda de créditos, aunque en el caso niega el carácter de crédito privilegiado por hallarse pendiente la transferencia del crédito de la realización de la obra: «Esta interpretación estaría en concordancia con el tratamiento que para la prenda de créditos se delinea en el artículo 90.6.º, inciso segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y con la jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las SSTs de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, etc.»

6.3 Relación entre la Ley General Tributaria y la Ley Concursal en materia de clasificación de créditos tributarios

- La STS 657/2011, de 3 de octubre, RC n.º 657/2011, recoge la doctrina de sentencias anteriores, en las que se establece la preferencia de la LCon sobre la LGT en materia de clasificación de créditos tributarios:

«Destacamos en la sentencia 564/2010, de 29 de septiembre, tras las números 1231/2009, de 21 de enero, 492/2009, de 22 de junio, y 589/2009, de 20 de septiembre, que **la interpretación del artículo 77 de la Ley 58/2003 propuesta, de nuevo, por el recurrente para defender, con la afirmación de una contradicción entre dicha Ley y la 22/2003, la derogación tácita y parcial de ésta en un punto capital para el sistema que establece, como es el régimen de los privilegios, no resulta respetuosa con el canon hermenéutico de la totalidad y, al fin, ha de ser rechazada**».

La Ley 38/2011 ha modificado el artículo 77.2 LGT estableciendo que el proceso concursal los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LCon, rectificando el texto anterior que preveía esta sumisión para el caso de convenio, y no para el caso de liquidación.

6.4 Créditos de la Seguridad Social

- La STS de 21 de enero de 2009, RC n.º 341/2007, del Pleno de la Sala Primera, declara que los recargos por falta de ingreso en plazo reglamentario de las deudas de la seguridad social tienen la naturaleza de créditos subordinados por su naturaleza de sanciones impropias y su carácter de obligaciones accesorias. Entiende que «el concepto de sanción pecuniaria debe entenderse en un sentido amplio, en sintonía con una interpretación lata -que no extensiva-, que armoniza con el texto y la "ratio" de la norma» y concluye que «el recargo controvertido tiene la naturaleza de una sanción impropia, en cuanto castigo por la falta de cumplimiento de la deuda habida con la Seguridad Social, sin que tenga finalidad resarcitoria ni compensatoria». Para la STS «[l]a calificación del recargo como crédito subordinado es coherente con su carácter de obligación accesorio, pero, sobre todo, lo que es más significativo es que se ajusta plenamente a la previsión de la Exposición de Motivos (V, párrafo quinto) de la LCon en cuanto se refiere al ámbito de los créditos subordinados como comprensivo de "las sanciones

impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios, como de la Seguridad Social".» La STS concluye que «[l]a propia Ley General de la Seguridad Social asocia los recargos y las sanciones al enumerar entre los recursos de la Seguridad Social "las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones, u otras de naturaleza análoga" (art. 86.1, c).»

Esta doctrina es ratificada por la STS 1232/2009, de 21 enero.

6.5 Créditos por IVA

- La STS 589/2009, de 20 de septiembre, fija como doctrina que los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponible anteriores a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para la liquidación, constituyen créditos concursales:

«c) El nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT. Estos artículos establecen que el nacimiento de la obligación tributaria principal tiene lugar en el momento del devengo, en el que se entiende realizado del hecho imponible (presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo), aunque la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar o parte de la misma en un momento distinto del devengo del tributo.

»d) Aplicando este principio, debe entenderse que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por el IVA, que es el de la realización del hecho imponible, determina que el crédito tenga carácter concursal si se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, en virtud de lo establecido en el artículo 84.2.10.º LCon, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación haya concluido con posterioridad. En efecto, de acuerdo con este precepto son créditos contra la masa "[l]os que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso". El artículo 84.1 LCon establece que "[c]onstituyen la masa pasiva los

créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa".

»e) El carácter de obligación legal del crédito por IVA, sujeto a la legislación especial tributaria, no comporta alteración alguna en cuanto a la determinación del momento de nacimiento del crédito, puesto que el artículo 167 LIVA, que se invoca por la parte recurrente, se limita a establecer, en relación con su liquidación, el momento en que los sujetos pasivos deben determinar e ingresar la deuda tributaria. La liquidación constituye, según las normas generales de la LGT (artículos 101 y 120), un acto, encuadrado en el procedimiento de gestión, apto para la cuantificación provisional o definitiva de la deuda tributaria, pero no altera, si nada especial se establece, el momento del devengo. Por el contrario, el artículo 75 LIVA regula el devengo del impuesto ateniéndose al momento de la entrega del bien, de la prestación del servicio, de la recepción de la obra, de la realización de las operaciones gravadas o de la expedición y transporte, según los casos.»

- En el mismo sentido, STS, Pleno, 590/2009, de 1 de septiembre, RC n.º 253/2007; 215/2011, de 6 de abril, RC n.º 2204/2007; 701/2011, de 3 de octubre, RC n.º 2270/2008.
- La STS 140/2011, de 13 marzo, RC n.º 2229/2006, fija como doctrina que los créditos como consecuencia de la expedición de facturas de rectificación del IVA por hechos imponible anteriores a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para la liquidación, constituyen créditos concursales:

«Aunque esta Sala no se ha pronunciado expresamente sobre la específica cuestión de las facturas rectificativas del IVA, la STS de 1 de septiembre de 2009, RC n.º 253/2007 se decanta por el criterio del devengo y fija como doctrina que **los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponible anteriores a la declaración del concurso constituyen créditos concursales y no créditos contra la masa. Para alcanzar esa conclusión la sentencia se ampara en una serie de argumentos que cabe extrapolar al tema litigioso con el resultado de considerar acertada la decisión tomada por la AP en la sentencia recurrida.**»

6.6 Créditos por retenciones por IRPF

- La STS de 20 de septiembre de 2009, RC n.º 202/2007 fija como doctrina que los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. La citada sentencia justifica dicha conclusión con los siguientes argumentos:

«El nacimiento de la obligación tributaria principal que corresponde al contribuyente por renta tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT. Según el artículo 6.1 LIRPF 2004 constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente. Este precepto debe completarse con lo dispuesto en el artículo 12 LIRPF 2004, del que resulta que hecho imponible es la obtención de renta por el contribuyente durante el período impositivo anual («El IRPF se devengará el 31 de diciembre de cada año [...]). Sin embargo, la obligación del retenedor es una obligación tributaria (artículo 58 LGT) autónoma respecto de la obligación tributaria principal (según se reconoce unánimemente en la doctrina científica y en la jurisprudencia administrativa) y tiene un carácter bifronte, pues comporta en sí misma («en todo caso») la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que debe retenerse si la retención no se verifica («En todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarles de ésta»: artículo 101.4 LIRPF 2004). Según el artículo 76 LIRPF de 2004 «[c]on carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes.» De esta regulación se sigue que **la obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el momento del abono de las rentas o salarios con independencia de que la retención se realice o no y del momento en que proceda efectuar el ingreso.** No entendemos aceptable la posición de la Abogacía del Estado con arreglo a la cual nacerían en momentos diversos la obligación de retener y la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro, pues la regulación que acaba de exponerse refleja que se trata de dos aspectos de la misma obligación tributaria sujetos a un régimen conjunto.

»Aplicando este principio, **debe entenderse que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, que es el del abono de las rentas o salarios, determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, en virtud de lo establecido en el artículo 84.2.10.º LCon, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad.** En efecto, de acuerdo con este precepto son créditos contra la masa «[l]os que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso». El artículo 84.1 LCon establece que «[c]onstituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa».

»El carácter de obligación legal del crédito por retenciones por el IRPF, sujeta a la legislación especial tributaria, no comporta alteración alguna en cuanto a la determinación del momento de nacimiento del crédito, puesto que la obligación formal de declaración a que está obligado el retenedor durante un determinado plazo en que debe producirse el ingreso constituye, según las normas generales de la LGT (artículo 119 LGT), un acto, encuadrado en el procedimiento de gestión, mediante el que el obligado tributario reconoce o manifiesta la

realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos, pero no altera, si nada especial se establece, el momento del nacimiento de la obligación.

»La clasificación del crédito por retención por el IRPF en atención al momento en que procede el ingreso, que propugna la recurrente, tendría el inconveniente de introducir discriminaciones según el régimen fiscal del concursado, pues, de modo similar a como ocurre con el IVA, los plazos de ingreso pueden sufrir alteraciones según el sujeto obligado. Frente a la regla general que ordena el ingreso en los veinte primeros días de abril, julio, octubre y enero, la Administración del Estado, y los retenedores con un determinado volumen de operaciones, deben ingresar las retenciones en los veinte primeros días de cada mes (art. 69 RIRPF 2004).

»**La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado.** Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del Derecho tributario, los cuales deben ceder (como de hecho ceden, en el propio ámbito tributario, cuando se establecen plazos especiales para el ingreso) para hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen. La DA octava LGT establece que, en materia de «Procedimientos concursales», «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».

- Esta doctrina es confirmada por la STS 10/2011, de 31 de enero, RC n.º 844/2007

6.7 Cómputo del límite para el privilegio general de los créditos de la Seguridad Social

- La STS de 21 de enero de 2009, RC n.º 341/2007, en cuanto a la forma de cuantificar los créditos de la Seguridad Social, declara que el cálculo de 50% de los créditos de la Seguridad Social a los que se reconoce el privilegio general a que se refiere el art. 91.4.º LCon debe hacerse descontando los créditos ya clasificados, porque los créditos que tienen un privilegio específico se hacen efectivos con antelación, y los créditos subordinados no es razonable que se tomen en cuenta para incrementar la base de cálculo que repercute en favor del privilegio general.

La STS sienta, en primer término, que «[e]s obvio que el legislador pudo haber optado por una dicción más sencilla y precisa, y no lo hizo (acaso por los avatares que sufrió la norma en el trámite parlamentario), pero de ello no cabe deducir que excluyó la fórmula de cálculo adoptada por la resolución impugnada (que entendemos la más lógica y racional), y

menos todavía que pretendió recoger la que defiende el recurso, u otra de las que se sostienen, con no menos buenas razones, en la doctrina.»

Para ello sostiene que «[u]n criterio lógico y racional aconseja que se descuenten los créditos ya clasificados, no sólo ya para evitar el sin sentido de una doble calificación, sino, además, porque los que tienen un privilegio específico (arts. 90 y 91.2.º LCon) ya se hacen efectivos con antelación (art. 156 LCon), y en cuanto a los subordinados no es razonable que se tomen en cuenta para incrementar la base de cálculo que repercute en favor del privilegio general, cuando sucede que dichos créditos están sujetos a discriminaciones en diversos aspectos y entre ellas la de postergación en el pago (art. 158 LCon)». Considera la STS que «[l]a solución que se sigue es plenamente ajustada a la regulación legal, tanto en lo que se refiere al texto literal [...] [y] asimismo armoniza plenamente con las líneas directrices del sistema consistentes en restricción de los créditos privilegiados, interpretación restrictiva de los privilegios, y respeto al principio de igualdad de trato de los acreedores - "par condicio creditorum"»

6.8 Cómputo del límite para la aplicación del privilegio general de los créditos tributarios

- La STS de 21 de enero de 2009, RC n.º 842/2007, del Pleno de la Sala Primera, aplica esta misma doctrina en cuanto a la forma de cómputo para determinar el privilegio que corresponde a los créditos de la Hacienda Pública y en cuanto a la configuración como créditos subordinados de los recargos de apremio de carácter tributario.

La STS examina en primer término la cuestión relativa a la forma de cómputo y sienta como antecedentes que «[e]l planteamiento de la AEAT es que este precepto debe ser interpretado de forma que para "el cálculo del límite del 50% es necesario primero determinar y sumar el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública independientemente de su calificación o condición, y a continuación sobre el resultado calcular el 50%, de modo que esa cifra sería el límite del privilegio de los créditos de la Hacienda Pública, a los que resulte aplicable el art. 91.4 de la LCon"» y que «el criterio de la Audiencia Provincial, que ratifica la decisión de primera instancia, se resume en que "la correcta

interpretación de la norma impone excluir de la suma total del crédito concursal los importes que gozan de privilegio especial del art. 90.1 LCon, los beneficiarios del privilegio general del art. 91.2.º LCon, y el crédito que se califica como subordinado conforme al art. 92.4.º, atribuyendo el privilegio general del art. 91.4.º al 50% del crédito concursal resultante".»

La STS dice compartir la solución adoptada por la sentencia de la Audiencia Provincial y para ello razona en los siguientes términos: «Para determinar la base a que debe aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento no cabe tomar en cuenta los créditos incardinables en los arts. 90, 91 y 92 LCon porque los mismos ya están clasificados con una u otra condición, y, por consiguiente, quedan fuera de la categoría genérica de los no clasificados, y ello no sólo es coherente con un argumento de lógica formal del sistema, sino que además evita el sin sentido de una doble calificación de los créditos ya clasificados. La exclusión de la base del cálculo de los créditos con privilegio especial (art. 90 LCon) y de las retenciones (art. 91.2.º LCon) se ratifica por su específico rango privilegiado (arts. 155 y 156 LCon) y por la propia disposición legal (inciso primero del art. 91.4.º LCon); en tanto que la exclusión de los créditos subordinados se refuerza si se advierte, por un lado, que no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se deban tomar en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, y, por otro lado, que una de las directrices de la LCon es la de limitación de los privilegios, en favor de cuya orientación, con interpretación restringida de los mismos, abundan razones de diversa índole (existencia en la Administración de información privilegiada, económica y financiera, sobre el concursado; absoluta falta de transparencia y ausencia de publicidad de los privilegios públicos; criterio restrictivo, e incluso excluyente, de los mismos en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno).»

- Esta doctrina es ratificada por la STS 491/2009 de 29 junio; 589/2009 de 20 septiembre; 492/2009 de 22 junio; 1231/2009, de 21 enero; 207/2011, de 25 de marzo, RC n.º 398/2007; 657/2001, de 3 de marzo, RC n.º 1099/2008.
- La STS 573/2010, de 30 de septiembre, RC n.º 670/2007 completa la argumentación en los siguientes términos:

«Basó el Abogado del Estado tal pretensión en la citada norma del apartado segundo del artículo 77 de la Ley 58/2003, a cuyo tenor "[e]n caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

»Con apoyo en la literalidad de dicha norma integrada con un argumento "a contrario", **afirma el Abogado del Estado que la calificación procedente según la Ley 22/2003 sólo resultaría aplicable a los créditos tributarios si en el procedimiento concursal se adoptase la solución del convenio. Y que, si se procediera a la liquidación, la calificación debería efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del mismo artículo 77** – a cuyo tenor "[l]a Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta ley" -[...].

»Pues bien, la aplicación del referido canon de interpretación muestra, por un lado, **una norma – la del apartado segundo del artículo 77 de la Ley 58/2003** – que, si se prescindie del texto de la justificación de la enmienda, **puede ser entendida como la innecesaria repetición de lo que establece la Ley 22/2003, en relación con la posición del crédito privilegiado en la adopción y en la eficacia del convenio en el concurso**. Propiamente, para entender existente una contradicción entre los dos textos a que nos referimos se hace imprescindible completar el apartado segundo del artículo 77 de la Ley 58/2003 con un argumento "a contrario", cuya razón de ser sólo resulta de la explicación dada en la presentación de la enmienda.

»En el otro lado está la Ley 22/2003 que se promulgó con el fin de contener – como objetivamente contiene - una regulación exhaustiva del concurso, incluidas las excepciones del principio general de igualdad de trato de los acreedores, mediante el reconocimiento a alguno de la facultad de cobrar con preferencia a los demás – apartado segundo del artículo 89 -. Conforme a dicha Ley, la "ratio" de los privilegios nada tiene que ver con el propósito de conservar la empresa del concursado. La calificación de dichos privilegios se efectúa en la fase previa del procedimiento, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte – convenio o liquidación – y sin previsión de condicionamiento alguno al hacerla, poco compatible con los principios esenciales del sistema.

»Lo expuesto excluye, en buena técnica – como sucedió en el caso decidido en la mencionada sentencia -, la posibilidad de interpretar la norma nueva en el sentido que se afirma en el recurso, que es lo que habían señalado las sentencias de 21 de enero, 22 de junio y 20 de septiembre de 2009 -».

- En el mismo sentido, STS 564/2010, de 29 de septiembre, RC n.º 683/2007; 177/2011, de 17 de marzo, RC n.º 2209/2007; 215/2011, de 6 de abril, RC n.º 2204/2007.

6.9 Clasificación de los recargos tributarios de apremio

- La STS citada en el apartado anterior (STS 21 de enero de 2009, RC n.º 842/2007) examina a continuación la cuestión relativa a la clasificación de los recargos de apremio como créditos subordinados. Observa que «[l]a sentencia recurrida califica a los efectos concursales los recargos tributarios de apremio como créditos subordinados del art. 92 LGT». Dice compartir este criterio, en primer lugar, porque «en materia de clasificación de créditos a efectos de un concurso, la regulación de la Ley General Tributaria se halla subordinada a la normativa de la Ley Concursal, pues [...] sigue siendo prevalente el régimen de la LCon porque la Disposición adicional octava de la LGT de 2003 establece que, en materia de "Procedimientos concursales", "lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento"; y, en segundo lugar, porque «entre los principios o criterios rectores que caracterizan la regulación concursal figuran: la limitación de los privilegios de Derecho público (sin llegar a su supresión, o fuerte restricción, de otros ordenamientos de nuestro entorno); la "par condicio creditorum", con igualdad de trato de los acreedores; y el trato discriminatorio, en diversos aspectos, y entre ellos la postergación en el cobro, (arts. 27, 97.2, 118, 122, 134 y 158 LC), para los denominados créditos subordinados», de donde puede deducirse «como una de las razones orientativas del sistema que explican la calificación de un crédito como subordinado el carácter accesorio de la obligación, y tal naturaleza de obligación accesorio de los recargos del periodo ejecutivo resulta de modo incuestionable de la propia LGT [...] Es cierto, que la E. de M. parece limitar la justificación de la accesoriedad a los intereses, pero sucede que las modalidades de recargo ejecutivo y recargo de apremio reducido excluyen -y, por ende, sustituyen- a los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo (art. 28.5, "in fine", LGT)».

Desde otro ángulo, la STS razona que «el problema que aquí se plantea es si el recargo de apremio controvertido (y en concreto el de apremio ordinario que, a diferencia del apremio reducido, es compatible con los intereses de demora, conforme al art. 28.5 LGT) puede ser calificado de sanción pecuniaria a los efectos de su posible inclusión en el art. 92.4.º LCon [...] la sanción es un concepto muy amplio, en cuanto consecuencia inexorable del incumplimiento de un deber jurídico, que

opera para castigar un comportamiento que el ordenamiento desapruueba o rechaza, y dentro de cuyo concepto hay que distinguir las sanciones propias, que comprenden las punitivas -ejercicio del "ius puniendi"- y las administrativas, consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, y las impropias, variadísimas, que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias, y no están sujetas a los estrictos principios de la legalidad constitucional sancionadora. No parece dudoso que el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria».

La STS añade que «[l]a inclusión de los recargos ejecutivos [sin perjuicio de lo dicho en relación con los intereses moratorios] en el art. 92.4.º LCon resulta reforzado, por un lado, por los términos de la E. de M. en cuanto se refiere a "sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social", y, por otro lado, por la amplitud de la expresión legal "los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias"»

Finalmente concluye que «esta conclusión no incide en la interpretación extensiva denunciada por la parte recurrente con fundamento en el art. 4.2 CC. Ello es así porque no se debe confundir la disyuntiva interpretación extensiva-restrictiva con la de interpretación lata-estricta, dado que cuando una fórmula legal es genérica y permite una cierta amplitud, no se incurre en interpretación extensiva si se atribuye a la expresión legal la máxima extensión dentro del texto de la norma, pues tal interpretación no deja de ser declarativa permitida por el propio contenido del precepto interpretado.»

En el mismo sentido, STS 207/2011, de 25 de marzo, RC n.º 398/2007; STS 573/2010, RC n.º 670/2007; STS 177/2011, de 17 de marzo, RC n.º 2209/2007.

6.10 Créditos por sanciones impuestas después de la declaración del concurso por infracciones cometidas con anterioridad

- La STS 55/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1627/2007, considera que el momento de nacimiento de la deuda derivada de sanciones tributarias corresponde al momento de comisión de la infracción, por lo que

constituyen créditos concursales los derivados de sanciones impuestas por hechos cometidos con anterioridad a la declaración de concurso:

«El objeto del proceso versa sobre Derecho Concursal y se resume en la pretensión de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que **solicita se le reconozca como crédito contra la masa el importe de diversas partidas correspondientes a sanciones tributarias impuestas con posterioridad a la declaración de concurso**, incardinable en las obligaciones "ex lege" del art. 84.2.10º de la Ley Concursal, a lo que se opone la administración del concurso de la entidad [...] la cual considera que se trata de un crédito concursal, por lo que interesó se desestimara la demanda entablada por el Abogado del Estado.

»[...] Dejando a un lado aspectos dialécticos que no son relevantes para la decisión del proceso, como, entre otros, los relativos a la naturaleza de la sanción, los principios y reglas del Derecho Administrativo sancionador, el carácter constitutivo o no de la resolución que impone la sanción, incluso el que tal concepto no es en absoluto unitario, **lo que verdaderamente importa en orden a la calificación de los créditos a que se refiere el art. 84.2.10º de la Ley Concursal es cuando se produce su nacimiento, y no su reconocimiento. Y tal génesis tiene lugar con el hecho normativo que, por constituir un incumplimiento o infracción tributaria, crea la posibilidad de la sanción. No es, por lo tanto, la fecha de la resolución administrativa que impone la sanción, como no lo sería la resolución judicial que declarase la existencia de una responsabilidad extracontractual (que figura en el mismo apartado del precepto legal), lo que hay que tener en cuenta, sino la fecha en que se produce el acaecimiento del que nace la obligación.** La LC se refiere a las obligaciones nacidas de la Ley. En realidad, como ha reiterado la doctrina, todas las obligaciones nacen de la ley, pero "strictu sensu" se entiende como tales las que no cabe ubicar en alguna de las denominadas fuentes clásicas -contratos, "cuasi-contratos", delitos y "cuasi-delitos"-, con lo que el concepto viene a operar con carácter residual que recoge todas las restantes posibles fuentes de las obligaciones. Sin embargo, en puridad, la ley no crea obligaciones, sino que atribuye a determinados hechos tal virtualidad, por lo que la fuente de la obligación es el hecho contemplado en la ley como idóneo para generar una obligación -crédito, en el aspecto activo-. Y no hay duda que en el caso de sanciones por irregularidades tributarias, es el comportamiento del sujeto al impuesto el que da lugar a la infracción merecedora de sanción. Y como ese comportamiento -hecho fuente de la obligación- se produjo antes de la declaración de concurso no cabe calificar el crédito correspondiente como contra la masa, sino de concursal, de conformidad con el art. 84.2.10º, "a contrario sensu", de la Ley Concursal».

• La STS 504/2011, de 1 de julio, RC n.º 947/2008, siguiendo esta doctrina, considera créditos concursales los créditos por sanciones impuestas después de la declaración del concurso, que a consecuencia de infracciones contenidas con anterioridad a dicha fecha:

«Puesto que el acto de abonar una sanción, entendida como acto de gravamen que disminuye la esfera jurídica del sancionado, no tiene parangón con la liquidación de un impuesto, y que en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración han de respetarse principios comunes a todo Derecho sancionador, como son los de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, culpabilidad, proporcionalidad y personalidad de la sanción, retroactividad de la más favorable e imposibilidad de sancionar dos veces el mismo hecho, esta Sala ha señalado que la cuestión aquí planteada no puede resolverse mediante una aplicación automática del criterio del devengo, fijado por esta Sala en materia de clasificación de créditos tributarios a partir de las SSTs de 1 de septiembre de 2009 [RC n.º 253/2007] y 20 de septiembre de 2009 [RC n.º 202/2007]). En consecuencia, al margen de dichas singularidades del Derecho

administrativo sancionador o de la consideración de la resolución que impone la sanción como acto de carácter constitutivo, constituye doctrina de esta Sala que **la controversia que aquí se enjuicia debe resolverse en atención, singularmente, a los principios que rigen en materia concursal, entre ellos el principio de igualdad entre acreedores, dado que, precisamente en aras a salvaguardar esa igualdad, la jurisprudencia ha declarado también que procede una interpretación restrictiva de los créditos contra la masa,** pues lo contrario aboca a dar un trato diferenciado al crédito principal respecto del que reciben en la ley los intereses y los recargos. Desde esta óptica, a la hora de calificar un crédito a efectos de la LCon, no ha de confundirse la sanción con la obligación (crédito en su vertiente activa) de la que dimana.

»Estos postulados han llevado a esta Sala (STS de 23 de febrero de 2011 [RC n.º 1627/2007]) en un supuesto idéntico al de autos donde también estaba en cuestión la correcta calificación de los créditos por sanciones, a sentar el criterio de que la cuestión de la clasificación concursal de los créditos por sanciones administrativas debe resolverse atendiendo, no al momento del nacimiento de la obligación, sino al momento de comisión de la conducta sancionada, por ser esta la determinante del régimen aplicable también a la sanción, en congruencia, de una parte, con los principios rectores de la potestad sancionadora, entre ellos el de irretroactividad, que imposibilitan sancionar conductas que no estuvieran ya tipificadas en el régimen vigente al tiempo de su comisión, y, como se anticipó, también con una interpretación restrictiva de los créditos contra la masa, en aras a salvaguardar la igualdad entre los acreedores.

»Esta doctrina ha sido después aplicada por la STS de 13 de junio de 2011, [RC n.º 1306/2007] y su aplicación al caso determinan el rechazo del recurso y la confirmación de la decisión desestimatoria de apelación, toda vez que no se discute que las infracciones tributarias que dieron lugar a su ulterior sanción se cometieron con anterioridad a la fecha de declaración del concurso».

- Confirma esta doctrina la STS 253/2011 bis, de 5 de abril, RC n.º 1306/2007.

6.11 Créditos derivados de un arrendamiento financiero

- La STS 559/2011, de 28 de julio, RC n.º 267/2008, declara que el crédito de los arrendadores financieros sobre las ventas encargadas por el arrendatario y las exigibles por una cláusula deben crecimiento anticipado gozan de privilegio especial respecto de la máquina arrendada:

«[...], SA pretendió que su crédito contra la concursada, [...], SL, nacido de un contrato de arrendamiento financiero, fuera calificado por la administración concursal como dotado de privilegio especial respecto de la máquina arrendada, en aplicación del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

»[...] Se ha dado por supuesto que la máquina arrendada la tiene en posesión la concursada, [...], SL, puesto que [...], SA no ha ejercitado la acción tendente a recuperarla -a cual, una vez declarado el concurso, habría quedado sujeta a la limitación temporal que

establece el artículo 56 de la Ley 22/2003, de tratarse de un bien afecto a la actividad empresarial de la concursada-.

»Además, **la posee en concepto de arrendataria**, pues no ha ejercitado la opción de compra prevista en el contrato ni Lico Leasing, SA ha incluido en su crédito el precio residual, fijado a tal efecto.

»**Se cumplen, en definitiva, las condiciones objetivas precisas para otorgar al crédito la cualidad que su titular reclama, en aplicación de la repetida norma del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto.**

»**Y no cabe considerar que la opción de la arrendadora por reclamar a la arrendataria el abono de las rentas vencidas y por vencer** -todas ellas reconocidas en el concurso, sin salvedad en el plano cuantitativo-, **en lugar de por la resolución del vínculo** -pese a que, en alguna ocasión, se ha utilizado en los escritos de alegaciones dicho término impropia-, **con la consiguiente recuperación de la máquina, constituya impedimento para la calificación de aquel como privilegiado».**

6.12 Clasificación como créditos subordinados de los pertenecientes a personas relacionadas con la sociedad

- La STS 664/2011, de 10 de octubre, RC n.º 1275/2008, considera un supuesto de crédito subordinado al amparo del art. 93.2 LCon:

«A diferencia de lo que sucede con otros casos de subordinación de los créditos contra el deudor concursado, **el previsto en el ordinal segundo del apartado 2 del artículo 93, en relación con el ordinal quinto del artículo 92, ambos de la Ley 22/2.003 -que fueron los aplicados para la calificación en las dos instancias -, no depende del pacto a que pudieran haber llegado los interesados ni de cuál hubiera sido el objeto de la deuda o el comportamiento del acreedor, sino, exclusivamente, de que éste resulte ser una de las personas especialmente relacionada con la deudora a que la norma primeramente citada se refiere.**

»Por ello, **declarado que la ahora recurrente había sido administradora de [...], SA en el tiempo que establece el precepto, actuó correctamente el Tribunal de la instancia al calificar el crédito de aquella como subordinado**, pues interpretó de conformidad con los cánones a que se refiere el artículo 3 del Código Civil la referida norma, que pospone a la satisfacción de los demás créditos el que tenga por titular a quien, por ser o haber sido administrador de la persona jurídica declarada en concurso, ejerció actividades de gestión de la misma y tuvo acceso inmediato a una información completa sobre su situación económica, de la que pudo aprovecharse para asegurar su posición en el futuro procedimiento concursal, con independencia de que lo hiciera.

»Por otro lado, la calificación impugnada por [...] no es incompatible con el hecho de que, para generar alguno de sus créditos, hubiera recurrido a la cooperación y repartido la disponibilidad de la cuantía total con otras entidades financieras, sin haber asumido el papel de agente o comisionista de los demás».

7. Calificación del concurso

7.1 Cuestiones de procedimiento

- En un caso de concurso voluntario, la STS 662/2010, de 27 de octubre, RC n.º 10/2007, declara que (i) el informe de la administración concursal no es necesario que aporte los documentos que figuran en las restantes secciones del concurso; (ii) los administradores sociales tienen la condición de personas afectadas a los efectos de calificación del concurso:

«El art. 169 de la Ley Concursal dispone en relación con **el informe de la administración concursal que habrá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso**. La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero **ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso**, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión.

»[...] el recurso debió ser inadmitido porque, en lo que hace referencia a los Srs. [...], estos no habían recurrido y la entidad [...] carecía de legitimación en lo que se refiere a los intereses de los mismos en virtud del principio de personalidad del recurso. **Los dos administradores sociales mencionados tienen la condición de "personas afectadas" por la calificación del concurso, de conformidad con el art. 170.2 LC, y por consiguiente con un interés propio en el incidente, que es exclusivo en cuanto a las medidas o pronunciamientos que les pueda afectar desfavorablemente** (arts. 448 LEC y 172 LC). Y lo cierto es que ni prepararon ninguno de los recursos extraordinarios, como tampoco los interpusieron, por lo que en el Auto de admisión de esta Sala de 8 de septiembre de 2.009 no figuran como recurrentes [...].»

7.2 Criterios para la calificación como del concurso como culpable

- La STS 644/2011, de 6 de octubre, RC n.º 1013/2008, examina los criterios legales para la calificación del concurso como culpable:

«La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.

»Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico

resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

»Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

»Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que **la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-**.

»Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno – varios - de mera actividad, respecto de aquella consecuencia.

7.3 Causas de culpabilidad

- En un caso de concurso voluntario, la STS 662/2010, de 27 de octubre, RC n.º 10/2007, declara que los hechos que determinan la declaración de culpabilidad del concurso es indiferente que deban atribuirse a uno o a los dos administradores sociales:

«La segunda razón se refiere a la alusión a la falta de una actuación del Sr. [...] que pudiera incidir en la declaración de culpabilidad del concurso, que procede examinar por lo que atañe a la afectación a la entidad deudora -que por razones de legitimación es el único aspecto que cabe considerar-. A la cuestión debe darse respuesta diciendo que **cualquiera que fuere la decisión del "dubio" no tendría consecuencia práctica, y por consiguiente resultado útil que justificase la casación, porque para la declaración de culpabilidad del concurso de [...] resulta irrelevante si los hechos que fundamentan los respectivos supuestos normativos son atribuibles a uno o a ambos administradores sociales; pero, en cualquier caso, la condición de administrador, no discutida, y la falta de constancia (cuando menos) acerca de que el Sr. [...] haya tratado de evitar las conductas constitutivas de los hechos relevantes ex art. 169 en relación con el 164.1 y 2. 1º y 2º ambos de la Ley Concursal, justifican plenamente la decisión adoptada**».

- La STS 56/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1626/2007 justifica la de calificación como culpable del concurso en el hecho de que los administradores continuaron asumiendo deudas en situación de insolvencia definitiva en perjuicio de los acreedores:

«Las menciones que el Tribunal de apelación dedica en la sentencia recurrida al deber del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada de promover la disolución de la misma cuando concurren determinadas causas, no tienen, en el conjunto de la resolución recurrida, otra significación que la meramente secundaria que es propia de una argumentación "ex abundantia". Así resulta de que la norma aplicada por la Audiencia Provincial para calificar el concurso como culpable hubiera sido la

del artículo 164, apartado 1, de la Ley 22/2003 y de que dicho Tribunal hubiera declarado expresamente que en el proceso no se había ejercitado la acción regulada en el apartado 5 del artículo 105 de la Ley 2/1995 - lo que, por otro lado, resulta coherente con la norma del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 22/2.003 -.

»Hemos de insistir en que, de la lectura de la sentencia recurrida – y de la primeramente apelada, cuya argumentación fue aceptada por la Audiencia Provincial en todo lo que no fuera contradictorio con la de la propia - resulta la **evidencia de que la norma del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003 fue aplicada en el trámite de calificación del concurso porque los administradores de la sociedad deudora continuaron contratando y asumiendo deudas en una situación de insolvencia definitiva de aquella, con el convencimiento de que los acreedores no iban a ver satisfechos en ningún momento sus derechos** – no obstante el préstamo concedido a la deudora por el ahora recurrente, el cual fue calificado por el Tribunal de apelación como totalmente insuficiente para entender excluido el criterio de imputación establecido en el artículo 164, apartado 1, de la repetida Ley concursal -».

- La STS 56/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1626/2007 considera como causa de culpabilidad la ocultación de información a los órganos del concurso:

«[...] el Tribunal de apelación consideró que los administradores de la sociedad concursada habían incrementado la insolvencia de la misma con una actuación gravemente culposa.

»**La culpa grave la presumió dicho Tribunal en aplicación de los artículos 42, apartado 1, y 165, ordinal 2º, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, a partir de la afirmación, basada en el resultado de la prueba y en el resto de las actuaciones, de que habían ocultado a los órganos concursales, de un modo intencionado, que quien realmente ejercía las funciones de gestión de la sociedad era un administrador de hecho [...], oculto bajo la apariencia de una administradora de derecho [...].**

»El artículo 42, apartado 1, de la Ley 22/2.003 contiene una regla general por la que los administradores de la sociedad concursada tienen el deber de informar a los órganos del concurso de todo aquello que sea necesario o meramente conveniente para el interés de éste.

»La Audiencia Provincial consideró que convenía a la tramitación del concurso conocer quien había administrado realmente la sociedad concursada, que no era otro que el ahora recurrente, oculto bajo la cobertura de una administradora aparente. Y declaró probado no solo que esa anómala situación fue disimulada intencionadamente por ambos administradores – la de derecho y el de hecho -, sino también negada por ellos "de forma tajante y rotunda" a la administración concursal al ser requeridos al efecto.

»[...] **la calificación del dato ocultado como de conveniente conocimiento para la tramitación del concurso se muestra plenamente razonable**, dado lo anómalo de las situaciones aparentes, normalmente buscadas de propósito para la obtención de resultados fraudulentos».

7.4 Responsabilidad del artículo 172.3 LCon:

- La STS 56/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1626/2007 se pronuncia sobre la naturaleza de la responsabilidad impuesta a los administradores de la sociedad declarada en concurso culpable:

«El Juzgado de lo Mercantil aplicó el artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, y **condenó a los administradores demandados a satisfacer los derechos de los acreedores sociales en medida equivalente al total de lo que no percibieran en la liquidación de la masa activa.**

»La Audiencia Provincial mantuvo esa condena, pero redujo su importe, teniendo en cuenta que el ahora recurrente había ingresado, como socio y como administrador de hecho, en [la empresa concursada] en el año dos mil uno. Por ello restó del pasivo total de la concursada el existente con anterioridad al ejercicio correspondiente al mencionado año.

»[...] Ello sentado, **el artículo 172, apartado 3, cuya indebida aplicación se denuncia en el motivo, carece de la naturaleza sancionadora** que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable - por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de [la empresa concursada], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

»En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, **la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas.** Las cuales, además identifican su supuesto de hecho desde un punto de vista sustancialmente distinto, a los efectos de aplicarle la regla "*tempus regit actum*".

- La STS 644/2011, de 6 de octubre, RC n.º 1013/2008, ya citada. examina los requisitos de la responsabilidad de los administradores en caso de la calificación del concurso como culpable por irregularidades contables:

«La condena de los administradores de una sociedad concursada - en el caso enjuiciado, Frisopol, SAL - a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003, **no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.**

»Ello sentado, para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, **además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -**, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación

que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 – haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo - haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... -.

»Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

»Eso es lo que pretenden los recurrentes, a los que se atribuyó la comisión en la contabilidad de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada – artículo 164, apartado 2, ordinal primero -, dado que impugnan la condena por no haberse demostrado que esas irregularidades, no obstante su trascendencia a los efectos tenidos en cuenta por el legislador al describir el tipo, hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad. Eficacia que, como se ha dicho, es ajena a aquél».

- La STS 615/2011, de 12 de septiembre, RC n.º 1211172008, considera que la responsabilidad establecida en el artículo 172.3 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, al administrador de la sociedad concursada no consiste en una norma sancionadora en sentido estricto y no puede considerarse que se aplique retroactivamente cuando se hace por la existencia de deudas anteriores a la declaración de concurso:

«[...] lo que, a estos efectos, identifica las deudas sociales objeto de la posible condena, total o parcial, que contempla el apartado 3 del artículo 172 de la repetida Ley, no es la fecha de su nacimiento, sino el hecho de que sigan siendo exigibles, por no haber sido satisfechas, al liquidarse la masa activa del concurso».

El artículo 172.3 LCon ha sido sustituido por el artículo 172 bis LCon introducido por la Ley 38/2011. Este artículo dice lo siguiente:

«Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal.

»1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit.

»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.

»En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

»2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

»3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

»4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación».