

18.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 2010

Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable

Comentario a cargo de:
CARMEN SENÉS MOTILLA
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Corbal Fernández

Asunto: El apartado 1 del artículo 171 de la Ley Concursal regula la oposición a la calificación de concurso culpable en los siguientes términos: “*Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal...*”.

La cuestión polémica consistía en que según una interpretación, la oposición planteada debe ser considerada como *demanda* del incidente concursal, debiéndose conferir traslado a la administración concursal para la contestación; según otra interpretación, el escrito de oposición debe valer como *contestación* al informe de la administración concursal –y/o el dictamen del Ministerio Fiscal–, siendo el trámite siguiente la convocatoria de la vista (en el estado de la legislación anterior al *Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo*).

El Tribunal Supremo considera que la oposición a la calificación de concurso culpable debe ser considerada *contestación* al informe de la administración concursal y que la incomparecencia de los afectados por la calificación da lugar a la declaración de rebeldía.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010

Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable

CARMEN SENÉS MOTILLA
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería*

Resumen de los hechos

En autos de concurso voluntario, la entidad concursada formalizó escrito de oposición a la calificación de concurso culpable sostenida por la administración concursal. Según el tenor del escrito, la oposición “se articula en la persona de sus administradores Dn... y Dn..., contra quienes se dirige esta pieza, debiendo entenderse realizadas las manifestaciones en interés de la deudora, y en su propio interés”. El escrito de oposición concluía suplicando al juzgado la absolución de todos los pedimentos solicitados y la condena en costas de la administración concursal.

El juzgado de lo mercantil acordó formar pieza separada de incidente concursal y considerando el escrito de oposición como demanda incidental (*sic*), ordenó emplazar a la administración concursal para la contestación a la demanda (de oposición). La administración concursal cumplimentó el trámite de contestación mediante escrito cuyo contenido no excedió de la ratificación del informe de calificación presentado en su día.

Tras la celebración de la vista, el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia, parcialmente estimatoria de la demanda de oposición (*sic*) a la calificación de concurso culpable, cuya parte dispositiva contenía los siguientes pronunciamientos: 1.º La calificación de concurso culpable; 2.º La afectación de esta declaración a los dos administradores sociales de la entidad concursada; 3.º La inhabilitación de ambos administradores para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona jurídica durante un periodo de dos años desde la firmeza de la sentencia de calificación; 4.º La condena de ambos administradores a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores del concurso o de la masa y a devolver los bienes que hubieran recibido de la masa activa; y 5.º La condena a uno de los administradores sociales al pago total del importe de los créditos que los acreedores no percibie-

ran en la liquidación de la masa activa. La sentencia no contenía pronunciamiento de imposición de costas procesales.

Frente a la sentencia de instancia, la entidad concursada interpuso recurso de apelación, en nombre propio y en interés de los administradores sociales condenados. En el recurso se denunciaban, como infracciones procesales, la indebida tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable, a la que debió seguir la inmediata convocatoria de la vista sin traslado a la administración concursal para la contestación; la incongruencia de la sentencia por alteración de la *causa de pedir*, al haber sido calificado el concurso culpable con apoyo en la cláusula general prevista en el apartado 1 del artículo 164 de la Ley Concursal cuando no había sido invocada por la administración concursal en su informe; la infracción de las normas que rigen la práctica de la prueba pericial y su valoración deficiente, con repercusión en la apreciación de la agravación del estado de insolvencia; y la infracción de las normas sobre aportación de documentos, dado que la administración concursal se limitó a solicitar la valoración de los que ya obraban en los autos principales del concurso, prescindiendo de la aportación física de éstos. Respecto de la *cuestión de fondo* —calificación de concurso culpable— se efectuaban alegaciones diversas sobre la improcedencia de la aplicación de la cláusula general de culpabilidad, así como de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 164 de la Ley Concursal. Por añadidura, se combatía también la pérdida de derechos y la condena a la devolución de los bienes recibidos de la masa impuesta a ambos administradores y la condena impuesta a uno de ellos al pago total del déficit de los acreedores por ser arbitraria y desproporcionada. La Audiencia Provincial desestimó íntegramente las pretensiones impugnatorias con imposición al recurrente de las costas de la segunda instancia.

Frente a la sentencia de apelación la entidad concursada preparó sendos recursos extraordinarios —por infracción procesal y de casación— en los que reiteraba las pretensiones hechas valer en apelación. La Audiencia Provincial los tuvo por preparados en nombre de la entidad concursada.

La representación procesal de la entidad concursada, en nombre de ésta, interpuso en tiempo y forma los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal se articuló en seis motivos: 1.º Al amparo del ordinal 3.º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunció la infracción de los artículos 170, 171 y 194 de la Ley Concursal; 2.º Al amparo del mismo ordinal se denunció la infracción del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3.º Al amparo del ordinal 2.º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunció la infracción de las normas reguladoras de la sentencia; 4.º Al amparo del mismo ordinal se denunció la infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y de los artículos 335, 343 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5.º y 6.º Al amparo del mismo ordinal se denunció la infracción del apartado 2 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, el recur-

so de casación se articuló en dos motivos: 1.º Por infracción del apartado 2 del artículo 172, en relación con el apartado 1 del artículo 164, ambos de la Ley Concursal, al haberse realizado una interpretación que infringe el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil; y 2.º Por infracción del apartado 3 del artículo 172 de la Ley Concursal (por error se citó el ordinal 3.º del apartado 2).

Los recursos fueron admitidos a trámite y en consonancia con el tenor de los escritos de preparación e interposición, el Tribunal Supremo los tuvo por interpuestos en nombre de la entidad concursada. En los trámites previos a la decisión, el Ministerio Fiscal apoyó la estimación de los tres primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (tramitación indebida del incidente de oposición a la calificación de concurso culpable, falta de aportación en forma de la prueba documental e incongruencia de la sentencia).

COMENTARIO

Sumario: **1. Sometimiento al Pleno de la Sala Primera de la decisión de los recursos extraordinarios interpuestos frente a sentencia de calificación del concurso culpable.** 1.1. Posiciones de las Audiencias Provinciales sobre la tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable. 1.2. La denuncia en sede casacional de la incongruencia *extra petitum* de la sentencia de calificación. **2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010.** 2.1. La tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable. 2.2. La formalización de la pretensión de calificación de concurso culpable. 2.2.1. *Determinación de la causa petendi y tratamiento procesal de los efectos legales de la calificación culpable.* 2.2.2. *La carga de la aportación de los documentos relativos a la cuestión de fondo.* 2.3. Valoración de la prueba de los hechos que fundamentan la calificación de concurso culpable y la resistencia del deudor. 2.4. La legitimación para impugnar la sentencia de calificación del concurso culpable y el estatuto procesal de los administradores sociales. **3. Cuestiones controvertidas pendientes de pronunciamiento por el Tribunal Supremo.** **4. Conclusiones.** **5. Bibliografía.**

1. Sometimiento al Pleno de la Sala Primera de la decisión de los recursos extraordinarios interpuestos frente a sentencia de calificación del concurso culpable

La sentencia objeto de este comentario es la primera que dicta el Tribunal Supremo sobre la calificación del concurso con arreglo a la Ley Concursal, dado que los recursos extraordinarios interpuestos con anterioridad en esta materia no superaron el trámite de admisión. Además de por la primicia, la sentencia también es singular porque el sometimiento de los recursos al Pleno de la Sala Primera no viene propiciada por posicionamientos jurisprudenciales encontrados sobre una misma cuestión, de suerte que, la doctrina que en ella se sienta parece anticiparse a la proliferación de recursos que pudieran sobre-

venir a causa de la dispar interpretación por las Audiencias Provinciales de los preceptos que regulan la tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable, así como por las implicaciones que en el derecho de defensa de los afectados por esta calificación pudiera tener la formulación menos rigurosa de los escritos de calificación –*informe* de la administración concursal y/o *dictamen* del Ministerio Fiscal–. Sirva esta consideración como justificación del contenido de los epígrafes que siguen, en cierta medida referido a los posicionamientos de la denominada jurisprudencia (*sic*) menor.

1.1. Posiciones de las Audiencias Provinciales sobre la tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable

La práctica concursal ha puesto de manifiesto la dispar interpretación y aplicación por los tribunales especializados del apartado 1 del artículo 171 de la Ley Concursal en relación con los trámites a seguir en el supuesto de oposición a la calificación de concurso culpable, ya a instancia del deudor, ya de alguno o algunos de los afectados por la calificación o los considerados cómplices. La disparidad trae causa del tenor del precepto, que impone al juez del concurso la sustanciación de la oposición “por los trámites del incidente concursal”, siendo así que en una primera interpretación la oposición formalizada es considerada como *demanda incidental*, con el consiguiente traslado para la contestación a la administración concursal, y en su caso, al Ministerio Fiscal, como autores de los respectivos *informe* y *dictamen* (*ex artículo* 169.1 y 2 LC), en tanto que, una segunda interpretación considera la oposición como *contestación* a los citados escritos, entendidos éstos como vehículo formal para el ejercicio de la *pretensión* de culpabilidad.

Expresiva de la primera interpretación es la SAP Cáceres (1.^a) 24-2-2009 (JUR 2009\188065), que frente a la pretensión del apelante de que se tenga por desistido al administrador concursal único por inasistencia a la vista del incidente concursal, con fundamento en que el informe de calificación tiene la consideración de demanda, el tribunal la estima “*una conclusión absolutamente equivocada, (pues) resulta patente que dicho informe no sólo no tiene la consideración de demanda, sino que se configura como una fase inexcusable y preceptiva de la sección de calificación del concurso; y, hasta el extremo ello es así, que no es este dictamen el trámite que inicia el incidente concursal, sino la oposición a la calificación, tal y como contempla el artículo 171 de la Ley Concursal cuando establece que “si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal”*. No es incorrecto, pues –según nuestro criterio–, que, una vez promovida la oposición, se continúe directamente el proceso conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.4 de la Ley Concursal), mas –en rigor– tampoco lo sería si se estimara la oposición a la calificación de concurso como la demanda iniciadora del incidente concursal (porque es quien lo provoca) y se confiriera a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que la contestaran en la

forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.3 de la Ley Concursal)”.

De la segunda interpretación dan cuenta las resoluciones de otras Audiencias Provinciales [v. SAP Jaén (1.^a) 15-11-2007, JUR 2008\93868], incluida la sentencia impugnada en estos autos, que deja constancia de la irregularidad que supone conferir traslado a la administración concursal del escrito de oposición presentado por la entidad concursada, sin perjuicio de estimar que en el caso concreto dicha irregularidad no comprometió el derecho de defensa del deudor en la medida en que el escrito presentado por la administración concursal se limitó a la ratificación del informe inicial [SAP Murcia (1.^a) 31-7-2008, AC 2008\1743].

Junto a la implicación ya citada sobre el posible desistimiento de la administración concursal por incomparecencia a la vista del incidente concursal [v. SAP Madrid (28.^a) 30-4-2010, Recurso N.º 347/2009], la consideración que deba merecer el *informe* de calificación conlleva otras tantas disfunciones procedimentales que los tribunales se ven obligados a revolver en el marco de la nulidad de las actuaciones procesales, y que en el mejor de los casos, es sintomático de una inseguridad jurídica a la que conviene poner punto y final [cfr. SAP Oviedo (1.^a) 20-2-2009, Recurso N.º 301/208; SAP Murcia (4.^a) 29-4-2008, JUR 2008\331756; SAP Córdoba 11-10-2007, Recurso N.º 157/2007].

1.2. La denuncia en sede casacional de la incongruencia extra petitum de la sentencia de calificación

Una segunda cuestión que se ha suscitado en la apelación de sentencias de calificación del concurso es la posible incongruencia *extra petitum* por incluir el fallo pronunciamientos propios del concurso culpable –*ex artículo 172.2 de la Ley Concursal*– sin que en los escritos de calificación hubiera invocación explícita de la causa legal que provocó la insolvencia (circunstancia que concurre en el recurso extraordinario por infracción procesal que resuelve el Pleno) o petición concreta de las sanciones que se imponen [cfr. SSAP Alicante (8.^a) 12-3-2009, AC 2009\907 y 11-3-2009, AC 2009\902].

La incidencia que en el ámbito de la congruencia de la sentencia pudiera tener la imposición *ex officio* de los efectos que la ley anuda a la declaración de concurso culpable ya se habían planteado con al Tribunal Supremo en sendos recursos de casación que fueron inadmitidos a trámite: el primero, por cuanto la posible incongruencia excede el ámbito material del recurso de casación, no habiendo acreditado el recurrente el *interés casacional* respecto de la infracción de una norma sustantiva relativa al fondo del asunto, según es inherente a la función nomofiláctica del instituto casacional, por cuanto las cuestiones procesales corresponden al recurso extraordinario por infracción procesal [ATS 12-1-2010, Recurso N.º 1851/2008]. Por su parte, el segundo recurso también re-

sultó inadmitido, porque aunque la infracción del apartado 3 del artículo 172 de la Ley Concursal que se invocaba como infringido pudiera servir al *interés casacional*—por ser norma de carácter sustantivo y de vigencia no superior a cinco años, como requiere la impugnación de la sentencia de calificación en tanto que resolución dictada en procedimiento seguido por razón de la materia [v. entre otros, ATS 13-10-2009, Recurso N.º 190/2008]—, la dimensión procesal que el recurrente confirió a la impugnación, cuestionando el acreditamiento de los hechos generadores del daño y el nexo causal que los liga residenció la cuestión en el marco del derecho a la prueba, y por tanto, del recurso extraordinario por infracción procesal; considerando el Tribunal Supremo que el interés casacional invocado por el recurrente era “claramente artificioso” (ATS 2-3-2010, Recurso N.º 2200/2008) y, por tanto, que el recurso extraordinario por infracción procesal resultaba inadmisibles, al carecer de autonomía funcional por remisión expresa de la Ley Concursal —apartado 6 del artículo 197— a los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición final 16ª.1-5.ª LEC).

En el supuesto que resuelve la sentencia del Pleno, a diferencia del anterior citado, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal vino propiciada por la previa admisión del recurso de casación, al haber acreditado el recurrente el *interés casacional* de forma autónoma, mediante invocación de la infracción del apartado 3 del artículo 172 de la Ley Concursal por falta de graduación de la responsabilidad concursal que impone la sentencia (ATS 8-9-2009, Recurso N.º 76/2009). Repárese, que en el recurso de casación se alegaba también una infracción de carácter procesal —la posible infracción del apartado 2 del artículo 172 de la Ley Concursal en relación con el apartado 1 del artículo 164— por aplicación en el fallo de medidas no solicitadas por la administración concursal en su informe. Aspecto éste sobre el que el Tribunal Supremo “pasa de puntillas”, precisamente, en la decisión del recurso extraordinario por infracción procesal, sin lugar a dudas, haciéndose cargo de la relevancia de esta cuestión en la salvaguarda del derecho de defensa de los afectados por la calificación de concurso culpable (Fundamento de derecho 4.º).

Sin pretender exponer ahora el entramado que comporta el régimen de interposición y decisión de los recursos extraordinarios en nuestro sistema procesal civil, a tenor del régimen transitorio (*sic*) establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los rígidos criterios de interpretación adoptados por el Tribunal Supremo (*Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios para la admisión de recursos extraordinarios, de 12-12-2000*), dejamos constancia de la situación singular que se produce en el supuesto de autos, a saber: el recurso extraordinario por infracción procesal pudo ser admitido a trámite porque *a priori* lo fue el de casación (Disposición final 16ª.1-5.ª LEC), pero fue resuelto, aunque desestimado, a pesar de la desestimación del recurso de casación por la concurrencia de una causa de inadmisión (falta de legitimación del recurrente). Y este aparente galimatías tiene lugar porque una vez admitidos los recursos extraordinarios —y

ambos lo fueron, aunque indebidamente–, la secuencia y forma de su resolución vienen predeterminados por la ley (Disposición final 16^a.1-6.^a LEC).

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010

Dada cuenta de los problemas que se plantean en la práctica concursal en relación con la tramitación de la sección sexta del concurso, y en particular, de la oposición a la calificación de concurso culpable, estamos ya en disposición de examinar la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario, aunque guiados por el *iter* procedimental sobre el ejercicio de la pretensión de calificación de concurso culpable, lo haremos sin apego estricto al orden de sus fundamentos jurídicos.

2.1. La tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable

El Tribunal Supremo no aborda la cuestión de la tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable de forma directa, pero sí indirectamente, en cuanto el recurrente hace valer que la alteración procedimental padecida en la instancia, consistente en conferir traslado a la administración concursal para la contestación del escrito de oposición, le habría deparado indefensión, y solicita –como ya lo hiciera en apelación–, la declaración de nulidad de las actuaciones desde el momento en que tuvo lugar. Quiere advertirse con ello, que aunque el Tribunal Supremo comparta la apreciación del tribunal *a quo* sobre la incorrecta tramitación de la sección de calificación –que a la postre, deparó la indebida omisión de la declaración de rebeldía de los afectados por la calificación–, en puridad, la doctrina que se sienta versa sobre la declaración de nulidad de los actos procesales y su aplicación al concreto supuesto planteado, sin prejuzgar con ello la posible declaración de nulidad de cualesquiera otras alteraciones procedimentales que pudieran ser generadoras de indefensión. Así, por ejemplo, si a diferencia de lo que aconteció en el supuesto de autos, el traslado a la administración concursal del escrito de oposición hubiera sido empleado para introducir *hechos nuevos* o fundamentos jurídicos en apoyo de la calificación de concurso culpable que no hubieran sido invocados en el informe. Sirva este ejemplo como muestra de la recta interpretación de la doctrina que sienta el Tribunal Supremo, sobre la que no puede concluirse sin apego estricto a las pretensiones impugnatorias hechas valer por el recurrente (arts. 476.2 y 487.2 y 3 LEC).

Según la entidad concursada (recurrente), dos son los ámbitos en los que la irregular tramitación de la sección de calificación le produjo indefensión: de un lado, la celebración de la vista, con inversión de las posiciones procesales de las partes y consiguiente alteración del orden para efectuar alegaciones y prac-

ticar prueba; de otro, la carga de la prueba que corresponde a las partes procesales (se sobreentiende que según la posición que ocupan en el procedimiento). Y frente a la declaración de nulidad de actuaciones solicitada –al amparo del ordinal 3.º del apartado 1 del artículo 469– el Tribunal Supremo desestima el motivo por entender que el defecto procesal no ha causado indefensión *real y efectiva* al recurrente –*indefensión material*–, dado que en la vista pudo alegar y probar cuanto estimó conveniente a su derecho [cfr. SSTS 23-6-2010, RJ 2010\4906; 21-5-2007, RJ 2007\3563; 21-12-2006, RJ 2007\308 y 4-12-2006, RJ 2007\234], sin que la sentencia recurrida contenga atisbo alguno sobre la posible incidencia de la posición de las partes en las consecuencias desfavorables de la insuficiencia probatoria (art. 217 LEC). En el sentido expuesto, reiterada es la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, no toda irregularidad procesal es por sí relevante para generar indefensión, debiendo justificar el recurrente que la infracción procesal denunciada comporta una privación material de medios de defensa *suficiente* para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (v. por todas, STS 14-12-2007, RJ 2008\330).

A mayor abundamiento de la desestimación del motivo, el Tribunal Supremo toma en consideración dos circunstancias concurrentes en el supuesto de autos que respaldan la desestimación de la nulidad de las actuaciones procesales. En primer lugar, la motivación de la sentencia impugnada, por cuanto la defectuosa tramitación de la oposición a la calificación no pasó inadvertida a la Audiencia Provincial. Antes al contrario, el escrito de “contestación” (*sic*) presentado por la administración concursal fue valorado por la Audiencia aunque fue considerado irrelevante para la resolución de la calificación del concurso dado que su contenido no excedió de la mera ratificación del informe [SAP Murcia (1.ª) 31-7-2008, AC 2008\1743, Fundamento de derecho 2.º]. De ahí que el Tribunal Supremo concluya la inutilidad de la reposición de las actuaciones solicitada por el recurrente, por cuanto ningún efecto útil depararía a la decisión del incidente concursal prescindir de un acto que el propio tribunal sentenciador ha estimado carente de valor o eficacia (principio de conservación de los actos procesales: arts. 243.1 LOPJ y 230 LEC). Esta decisión nos parece acertada porque tanto el razonamiento del tribunal *a quo* como el del tribunal *ad quem* corroboran que el defecto procesal producido en la primera instancia del incidente concursal no merecía la consideración de vicio *esencial* del procedimiento, en los términos exigidos por las leyes procesales generales [arts. 238.3º LOPJ, 225.3.º LEC; cfr. STS 10-2-2004, RJ 2004\703].

La segunda circunstancia tomada en consideración por el Tribunal Supremo para desestimar el motivo de impugnación es la conducta procesal del recurrente en el incidente concursal, que fue de conformidad con la tempestiva celebración de la vista. Conformidad que es contradictoria con la nulidad de actuaciones que solicita y que el Tribunal Supremo reputa contraria a la exigencia de actuación conforme a los propios actos. Compartimos también en este punto la decisión del Tribunal Supremo por cuanto la actuación del recu-

rente denota que con el recurso pretendió sacar ventaja de una irregularidad procedimental que por *consentida* pasó a engrosar el ámbito de la subsanación de los actos procesales defectuosos (arg. arts. 243.1 LOPJ y 230 LEC).

2.2. *La formalización de la pretensión de calificación de concurso culpable*

La singularidad que denota la regulación legal de la sección de calificación del concurso es manifiesta. Y tanto desde el punto de vista procesal como en sus implicaciones de derecho sustantivo o material [cfr. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. (2008) pp. 157 y ss.]. Centrados ahora en el ámbito procesal, dos son las cuestiones relevantes que aborda esta sentencia del Tribunal Supremo en relación con la *pretensión* de calificación de concurso culpable sostenida por la administración concursal. Ambas cuestiones tienen que ver con la formalización de la pretensión mediante *informe*, que además de preceptivo, deberá ser “razonado” y “documentado” (art. 169.1 LC). La primera cuestión versa sobre el contenido del informe, y más concretamente, sobre la “justificación de la causa” de la calificación (*cuestión de fondo*); la segunda, atañe a los soportes documentales –*lato sensu*– que deben ser aportados. Huelga abundar en la interrelación de ambos extremos en cuanto referidos a los *hechos relevantes* para la calificación de concurso culpable, sin perjuicio de la eficacia procesal de cada uno de ellos, ya en relación con los límites del enjuiciamiento jurisdiccional –congruencia y motivación de la sentencia–, ya en el sentido del fallo –estimatorio o desestimatorio–. Llamamos la atención al lector, sobre las diversas implicaciones de estos mismos extremos respecto de la calificación de concurso fortuito; y ello, no porque la administración concursal quede exonerada de la justificación de la calificación que solicita, sino más derechamente, porque si sobreviene la conformidad del Ministerio Fiscal, quedaría relegada de la carga de la prueba, y paralelamente, quedaría el juez vinculado a esta calificación, con el consiguiente archivo de las actuaciones (art. 170.1 LC).

2.2.1. Determinación de la causa petendi y tratamiento procesal de los efectos legales de la calificación de concurso culpable

La “propuesta de resolución” que debe contener el informe de la administración concursal entraña el ejercicio de una *pretensión* cuyos elementos identificadores son los propios cualquier petición de tutela jurisdiccional, sujetos, *petitum* y causa de pedir. En el proceso civil, el ejercicio de la potestad jurisdiccional requiere la iniciativa procesal de un sujeto, con determinación de la pretensión que se ejercita frente a otro u otros (arts. 5, 216 y 399 LEC). El preceptivo traslado al demandado de la pretensión ejercitada en su contra posibilita la articulación de su defensa (art. 24.1 CE), ya se traduzca en mera *resistencia* a la pretensión del actor (contestación a la demanda), ya comporte el ejercicio de una nueva pretensión frente a aquél, en los términos y con los límites en

los que la reconvencción es admisible en el sistema procesal español (arts. 405 y 406 LEC). Lejos de ser una mera exigencia formal, de la correcta formalización de las pretensiones depende la posibilidad de las partes de articular una estrategia procesal abonada a sus intereses, así como respecto del tribunal, la bondad y medida del enjuiciamiento jurisdiccional, en el bien entendido sentido que la resolución de las cuestiones controvertidas habrá de ser fundada jurídicamente (motivación), a la vez que exhaustiva y congruente con las pretensiones deducidas por las partes (arts. 218 LEC).

En el supuesto que aborda esta sentencia del Pleno, de ejercicio de la pretensión de calificación de concurso culpable, la tramitación que la ley confiere a los escritos de calificación, de una parte, y a la oposición a la calificación –incidente concursal–, de otra, satisface plenamente la forma contradictoria que impone el derecho de defensa, en la medida en que la oposición del deudor y de las personas afectadas por la calificación debe valer como *contestación* al informe y no concurre limitación legal en las alegaciones y/o los medios de prueba; de ahí, precisamente, la eficacia plena de la sentencia de calificación firme –ejecutividad y cosa juzgada–. Ahora bien, siendo esta consideración válida desde un punto de vista general, la salvaguarda de la forma contradictoria en cada supuesto concreto dependerá de la correcta articulación de la pretensión de calificación, y en particular, de la adecuada, “*por suficiente*”, identificación de la causa de pedir.

Tal es la cuestión controvertida en el supuesto de autos –tanto en segunda instancia como en el recurso extraordinario por infracción procesal–, al denunciar el recurrente la incongruencia *extra petitum* en que habría incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial al haber estimado la calificación de concurso culpable sin que el informe de la administración concursal invocara el apartado 1 del artículo 164 de la Ley Concursal (cláusula general de culpabilidad). Frente a la omisión alegada, contundente es el Tribunal Supremo al estimar “*implícita*” la invocación de la citada cláusula, al incidir el informe de la administración en la disposición de una considerable cantidad de dinero como causa “determinante de la agravación” de la insolvencia, máxime cuando tal exposición fáctica “encaja plenamente en el precepto del art. 164.1 LC”. Y abundando en la *validación* de la invocación implícita de la *causa petendi*, el Tribunal Supremo estima que la concurrencia del supuesto genérico de culpabilidad del concurso no requiere, de forma ineludible, que la calificación del informe de la administración concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal “*contenga una mención explícita y formal del concreto precepto legal que cobija el supuesto normativo, siendo suficiente que en la fundamentación consten hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa (legal) correspondiente*” (Fundamento de derecho 4.º). En definitiva, que son los hechos relevantes para una calificación determinada y el fundamento jurídico de ésta los que deben ser exteriorizados en el escrito de calificación en tanto que determinantes de la causa de pedir de aquello que se pretende.

A salvo la novedad de esta doctrina jurisprudencial en lo que tiene de aplicación por vez primera a la pretensión de calificación de concurso culpable, a nuestro parecer, nada hay en ella, ni en el tenor de la Ley Concursal, que abogue a favor de una configuración diferente de la causa de pedir frente a la generalidad de pretensiones de tutela jurisdiccional declarativa, integrada de consuno por fundamentos fácticos y jurídicos [DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004), p. 457], como atinadamente expresa la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 218.1 II; *in extenso*, v. STS 28-6-2010, Recurso N.º 1146/2006). Cuestión diferente es que el tiempo de presentación del informe para la calificación –en un estado avanzado del procedimiento concursal–, la configuración legal de determinados supuestos de hecho como presunciones *iuris et de iure* de la calificación de concurso culpable (art. 164.2 LC) y la determinación legal de buena parte del contenido de la sentencia (art. 172.2 LC) militen a favor de la virtualidad de unos hechos –*constitutivos*– cuya constancia ya habrá quedado acreditada en el procedimiento, pero sin que ello suponga minimizar la relevancia de la calificación jurídica de estos mismos hechos conforme a los postulados de la teoría de la sustanciación [en sentido contrario parece apuntar MACHADO PLAZAS, J., (2010)].

En el sentido expuesto, tanto más clarificadora resulta la motivación del tribunal de apelación al razonar que del informe de la administración concursal se desprendía que la calificación de concurso culpable se debía a la concurrencia de los supuestos previstos en los respectivos numerales del apartado 2 del artículo 164 de la Ley Concursal, a la invocación tácita de la regla general del apartado 1 –que cabía inferir de la relevancia otorgada a la disposición de una cantidad de efectivo como causa determinante de la agravación de la insolvencia–, así como a la invocación formal del artículo 172 (SAP Murcia, cit., Fundamento de derecho 2.º).

En el supuesto de autos, el examen de las actuaciones permite concluir al Tribunal Supremo que la entidad concursada tuvo posibilidad de rebatir la calificación de concurso culpable tras tomar conocimiento y plena conciencia de los motivos legales que la fundamentaban; como por lo demás, pone de manifiesto la finalidad perseguida con la prueba pericial practicada a su instancia, que perseguía acreditar que el estado de insolvencia era anterior al nombramiento de los administradores afectados por la calificación y que la disposición de efectivo no había supuesto la agravación de la insolvencia que postulaba el informe (Fundamento de derecho 6.º)

Sin perjuicio de la desestimación del motivo de impugnación en el supuesto de autos, el Tribunal Supremo incide en la conveniencia de la mención *explícita y formal* del precepto legal que sirve de cobertura al supuesto normativo tomado en consideración, aunque su omisión no suponga defecto *relevante* en la invocación de la causa de pedir si se reproduce el contenido de su configuración legal (*iura novit curia*).

Una segunda cuestión que se suscita en la sentencia que es objeto de este comentario es el tratamiento procesal que merece la adopción de oficio de las

“medidas” (*sic*) que integran el contenido de la sentencia de calificación (art. 172.2 LC). En este sentido, y como quiera que el recurrente hiciera valer en el recurso la incongruencia de la sentencia de apelación “por contradicción entre los fundamentos de derecho segundo y cuarto”, el Tribunal Supremo se apresta a desestimar el motivo por inconsistente, por cuanto la sentencia impugnada mostraba coherencia al admitir la invocación tácita de la cláusula general de culpabilidad (fundamento segundo) y distinguir a la vez, aquellos pronunciamientos que por ser consecuencia automática de la calificación culpable podían ser adoptados de oficio –inhabilitación, pérdida de derechos como acreedores concursales o contra la masa, devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa–, y aquellos otros cuya adopción solo es posible a instancia de parte –indemnización de los daños y perjuicios causados y pago a los acreedores concursales por el déficit crediticio no percibido en la liquidación de la masa activa– (SAP Murcia, cit., Fundamento de derecho 4.º).

La desestimación del motivo en los términos expuestos no obsta el pronunciamiento del Tribunal Supremo, *obiter dictum*, en el sentido de que la adopción de oficio de las medidas consustanciales al concurso culpable “*requiere inexcusablemente la previa audiencia de las personas afectadas por respeto al principio constitucional de contradicción procesal*” –en rigor, principio de audiencia– (Fundamento de derecho 4.º). Nada más añade el Tribunal sobre el momento y cauce procesal idóneos para brindar audiencia a las personas afectadas por la calificación; cuestiones que habrá que resolver por aplicación supletoria de las normas procesales generales (Disposición final 5.ª LC) y así entender, que la omisión en los escritos de calificación del concurso culpable de los pronunciamientos preceptivos de la sentencia, abocaría al juez a poner de manifiesto a las partes esta deficiencia a fin de que la parte activa pudiera integrar las aclaraciones o precisiones que estimara oportunas y las personas afectadas por la calificación pudieran tomar posicionamiento respecto de ellas (arg. art. 424.1 LEC). Y ello, porque la predeterminación legal del contenido *necesario* de la sentencia de calificación del concurso culpable abona la consideración de los pronunciamientos que son debidos como *presupuestos procesales*, cuya observancia debe ser vigilada por el órgano jurisdiccional (cfr. arts. 172.2 LC y 425 LEC).

En cuanto al trámite procesal idóneo para acometer la *integración* de los escritos de calificación y el correlativo *posicionamiento* de los demandados, estimamos necesaria la convocatoria de la *vista* del incidente concursal –*ex artículo 194.4 de la Ley Concursal*–, cuya flexibilización, mediante el *Real Decreto Ley 3/2009*, parece pensada únicamente para la práctica de la actividad probatoria [cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (2009)].

En otro orden de consideraciones, el Tribunal Supremo deja constancia del error padecido por el recurrente en la articulación del motivo de impugnación, por cuanto de haber concurrido en la sentencia la contradicción invocada, tal deficiencia habría comportado deficiencias en el ámbito de la motiva-

ción –por incoherencia formal– y no falta de congruencia, entendida ésta como la correlación debida entre el fallo judicial y las pretensiones hechas valer por las partes procesales [SSTS 19-12-2010, Recurso N.º 517/2006; 16-12-2010, Recurso N.º 221/2007 y 11-11-2010, Recurso N.º 2048/2006]. Muestra inequívoca del contenido que comporta la exigencia de motivación es el tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil –apartado 3 del artículo 218–, cuando apela a la toma en consideración de los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados *individualmente* y *en su conjunto*, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón (STS 12-11-2010, Recurso N.º 730/2007).

2.2.2. La carga de la aportación de los documentos relativos a la cuestión de fondo

La singularidad que presenta la tramitación de la sección sexta del concurso conlleva el ejercicio necesario por parte de la administración concursal de una *pretensión* procesal cuyos elementos identificadores –sujetos, *petitum* y causa de pedir– afloran en el contenido del preceptivo informe (art. 169.1 LC). Como hemos tenido ocasión de exponer, la modalidad prescrita por la ley –*informe* con “*propuesta de resolución*” en lugar de escrito de demanda– no obsta la consideración de la pretensión de calificación como el objeto de la sección en sí misma considerada (*cuestión de fondo*), con independencia de cuál sea la modalidad sostenida –concurso fortuito o culpable– y de la posible *resistencia* hecha valer por el deudor y/o por las personas afectadas por la calificación. En tales términos, nada hay de novedoso o extraño en la exigencia legal de que el informe sea “razonado” y “documentado”: lo primero, porque la fundamentación fáctica y jurídica es factor común al ejercicio de cualquier pretensión de tutela jurisdiccional (cfr. art. 399 LEC); y lo segundo, porque en vista de los supuestos de hecho que pueden integrar la calificación de concurso culpable, la prueba documental deviene esencial en el enjuiciamiento y resolución de la sección sexta –a salvo la coincidencia de pareceres de la administración concursal y el Ministerio Fiscal sobre la calificación del concurso fortuito y consiguiente vinculación del juez concurso (art. 170.1 LC)–.

La aportación documental que requiere la Ley Concursal es una concreta aplicación, para la sección sexta del concurso de acreedores, de la norma general que impone a las partes procesales la carga de aportar junto a los escritos iniciales de alegaciones los documentos en los que funden la tutela jurisdiccional que solicitan (art. 265.1-1.º LEC), por más que, en el procedimiento concursal, el ejercicio por la administración concursal de la pretensión de calificación obedezca al cumplimiento de un deber institucional –derivado de su consideración de órgano concursal– y no al ejercicio de un derecho, propio o ajeno (de los acreedores integrados en la masa pasiva).

La sentencia del Tribunal Supremo incide en la carga procesal de esta aportación, aunque la cuestión controvertida es la admisibilidad de la docu-

mental propuesta por la administración concursal en su informe y admitida en la vista del incidente concursal, mediante “remisión” a la documentación obrante en otras secciones del concurso. A este respecto, el Tribunal Supremo corrobora, en primer lugar, el sentido de la exigencia del informe *razonado*, que debe entenderse en el sentido ya expuesto de que la administración concursal deberá aportar con el informe los documentos en que fundamente la propuesta de resolución; y en segundo lugar, sienta la doctrina favorable a la exoneración de la aportación material “*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*” (Fundamento de derecho 3.º). Con lógica aplastante, el Tribunal Supremo estima que el parecer del recurrente sobre la necesaria aportación material de los documentos obrantes en otras secciones del concurso no es razonable ni se compadece con el principio de economía procesal, por cuanto supone un derroche de tiempo y coste económico innecesarios; consideración ésta tanto más abonada atendidos los principios informadores del procedimiento concursal (cfr. Exposición de Motivos de la Ley Concursal, X).

En el contexto de la aportación documental que nos ocupa, conviene recordar que la división del procedimiento concursal en *secciones* no es una mera cuestión formal, sino que responde a la peculiar fisonomía del concurso de acreedores en tanto que procedimiento *universal*, por cuanto la complejidad y diversidad de las materias y cuestiones que comprende impone una ordenación racional y sistemática de las actuaciones procesales [SENÉS MOTILLA, C., “Artículo 183” (2004), p. 2727]. Pero esta singular ordenación de actuaciones en modo alguno compromete la consideración unitaria del procedimiento ni restringe las posibilidades de actuación de los sujetos personados; y menos aun el derecho de defensa del concursado, en tanto que *parte necesaria* en todas las secciones del procedimiento (art. 184.1 LC).

En el sentido expuesto, el Tribunal Supremo pone de relieve dos circunstancias concurrentes en el supuesto de autos que despejan cualquier duda sobre una posible indefensión generada a la entidad deudora por causa de la aportación documental *mediante remisión*: en primer lugar, la constancia en los autos de los documentos relativos a los *hechos relevantes* para la calificación de concurso culpable, de suerte que no podían ser desconocidos por las partes personadas en el procedimiento [cfr. STS 15-12-2010, Recurso N.º 1118/2007]; y en segundo lugar, la constancia de que los citados documentos fueron reclamados por el tribunal de apelación para formar su convicción sobre la procedencia de la calificación propuesta; circunstancia esta en particular que abona la estimación de la pretensión hecha valer por la administración concursal.

Dos cuestiones quedan pendientes sobre la aportación documental que acompaña al informe de la administración concursal. En primer lugar, determinar qué consecuencia se deriva del incumplimiento del deber de presentar el informe en plazo; incumplimiento que, a nuestro parecer, no puede solven-

tarse en los mismos términos que la falta de presentación de los documentos que acompañan a la demanda –preclusión (art. 269 LEC)–, toda vez que el ejercicio de la pretensión de calificación tiene lugar en cumplimiento de un deber legal, y por tanto, en caso de producirse sería abonada la separación de los administradores [art. 37 LC; v. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. (2008), p. 168]. La segunda cuestión se refiere a la posibilidad de aportar documentos en un momento posterior a la presentación del informe de calificación; posibilidad que estimamos viable con tal que la documentación merezca la consideración de *complementaria* (ex artículo 426.5 LEC; v. STS 13-9-2002, Recurso N.º 767/1997); o en otro caso, que los documentos que se aportan hubieran cobrado importancia a tenor de las alegaciones efectuadas por el deudor o por las personas afectadas por la calificación (art. 265.3 LEC).

2.3. Valoración de la prueba de los hechos que fundamentan la calificación de concurso culpable y la resistencia del deudor

Diversos son los motivos de impugnación y las alegaciones vertidas por el recurrente en relación con la valoración de la actividad probatoria efectuada por el tribunal *ad quem* y a los que el Tribunal Supremo da repuesta de forma separada (Fundamentos de derecho 5.º y 6.º). Factor común a todos ellos es la indebida articulación formal, invocando el recurrente el ordinal 2.º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia –motivación–, cuando la dimensión constitucional del derecho a la prueba impone el planteamiento, como regla, al amparo del ordinal 4.º (STS 16-4-2010, Recurso N.º 557/2006; ATS 6-4-2010, Recurso N.º 2063/2007); no pudiendo versar el *interés casacional* sobre la infracción de normas de naturaleza procesal (ATS 19-12-2009, Recurso N.º 891/2007). No obstante la falta de rigor técnico-jurídico, el Tribunal Supremo hace gala de la pauta antiformalista que impone el derecho fundamental a la tutela judicial y da cumplida respuesta a las alegaciones vertidas por el recurrente, aunque desestimándolas.

En el motivo cuarto el recurrente denuncia la infracción por la Audiencia Provincial de las normas relativas a la valoración de la prueba, e invoca como infringidos los artículos 335 –objeto y finalidad del dictamen pericial–, 343 –tacha de peritos– y 348 –valoración del dictamen de peritos–, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; preceptos cuyos solos enunciados denotan la inconsistencia de la impugnación que se hace valer, excepción hecha del artículo 348, cuya toma en consideración abonaría precisamente la desestimación del recurso en cuanto consagra la libre valoración de la pericial practicada en la instancia. En tales términos, nada hay en la sentencia del Pleno que merezca ser destacado en relación con la calificación del concurso culpable salvo la reiteración, una vez más, de la doctrina jurisprudencial sobre la limitada y excepcional revisión de la valoración de la actividad probatoria en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal.

Sobre este particular, el Tribunal Supremo reitera, en primer lugar, que la valoración de la actividad probatoria es tarea que compete a los tribunales de instancia –de primera y de segunda instancia– y que, como regla, la revisión de la valoración probatoria excede el ámbito de los recursos extraordinarios; y en segundo lugar, que excepcionalmente cabe el control por el Tribunal Supremo del error en la valoración de la prueba cuando pudiera existir un *“error fáctico patente, arbitrariedad o irracionalidad, con conculcación del art. 24 CE, y se plantee la denuncia por el cauce del art. 469.1.º 4.º LEC”*, si bien *“nada de ello sucede en el caso, pues ni siquiera las normas probatorias aludidas contienen reglas de prueba legal o tasada que hubieran podido determinar una posible arbitrariedad”* (Fundamento de derecho 5.º). Con esta argumentación, el Tribunal Supremo insiste en la soberanía de la Audiencia Provincial para valorar la prueba practicada en la sección sexta del concurso, y concluye que lejos de albergar las actuaciones atisbo alguno de parcialidad o predeterminación en la valoración de la prueba practicada a instancia del recurrente –pericial–, la sentencia recurrida exterioriza la mayor convicción que le ha merecido al tribunal el informe de la administración concursal, cuyos extremos, además, venían corroborados por la documental que explícitamente reseña (motivación).

En los motivos quinto y sexto del recurso extraordinario por infracción procesal el recurrente insiste en denunciar el error en la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, con proyección en dos direcciones diferentes: en sentido negativo, denunciando la falta de valoración de determinados medios de prueba –pericial, testifical y documental–, así como el hecho de ser la insolvencia anterior a la intervención como administradores de los afectados por la calificación de concurso culpable; y en sentido positivo, cuestionando la valoración probatoria realizada que condujo al tribunal a tener por acreditada la disposición de una cantidad de dinero como hecho determinante del agravamiento de la insolvencia. Aunque en la desestimación de ambos motivos esté latente la doctrina jurisprudencial ya expuesta sobre la soberanía de los tribunales de instancia para la valoración de la prueba, en el contexto de la falta de motivación que el recurrente achaca a la sentencia de apelación el Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en infinidad de resoluciones, según la cual *“la motivación no exige al tribunal explicar el porqué de atribuir una mayor o menor convicción a cada uno de los elementos de prueba obrantes en las actuaciones”* (SSTS 13-11-2008, Recurso N.º 680/2003; 30-7-2008, Recurso N.º 1771/2001 y 4-12-2007, Recurso N.º 4051/2000).

No obstante la desestimación de los motivos, y como quiera que el recurrente invocara la repercusión de la deficiente valoración probatoria en la graduación de la responsabilidad concursal impuesta a los administradores –*ex artículo 172.3 de la Ley Concursal*–, el Tribunal Supremo resuelve la irrelevancia de esta alegación en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, al ser éste un medido de impugnación inadecuado para discernir sobre la responsabilidad de los administradores (*cuestión de fondo*); al tiempo que deja constancia del aquietamiento de los afectados por la calificación culpable a la

sentencia condenatoria, con las consecuencias que ello comportará en la desestimación del recurso de casación (Fundamento de derecho 6.º, *in fine*).

2.4. *La legitimación para impugnar la sentencia de calificación de concurso culpable y el estatuto procesal de los administradores sociales*

La sentencia objeto de este comentario también aborda la cuestión relativa a la legitimación para impugnar la sentencia de calificación del concurso, constituyendo la doctrina del Tribunal Supremo la aportación más relevante de la resolución (Fundamento de derecho 8.º). La exposición y comentario de esta doctrina jurisprudencial requiere dos consideraciones previas. En primer lugar, conviene poner de manifiesto que aunque el pronunciamiento del Tribunal Supremo se circunscribe, como no podía ser de otra manera, a la legitimación para recurrir la sentencia de calificación del concurso culpable, su contenido tiene implicaciones más allá de los medios de impugnación, por cuanto los calificativos que el Tribunal reconoce al *interés* de los administradores sociales en el incidente de oposición a la calificación –*propio, exclusivo, autónomo y diferente* al interés de la entidad concursada– exceden el marco de los recursos jurisdiccionales y pasan a informar el estatuto jurídico-procesal de estos sujetos (*legitimación*). Y en segundo lugar, conviene advertir que la cuestión de la legitimación para recurrir la sentencia de calificación –que el Tribunal aborda *in extenso* en la decisión del recurso de casación– es común también al recurso extraordinario por infracción procesal, por cuanto la legitimación, abstractamente considerada, se circunscribe a “quienes hubieran sido partes” en la sección sexta del concurso –apartado 4 del artículo 172 de la Ley Concursal–, si bien la interposición de cada recurso singular requiere la concurrencia de un *gravamen* en el recurrente, entendido como la diferencia entre *lo pretendido* –o *resistido*– en el proceso y el contenido de la resolución judicial impugnada (desestimación total o parcial: art. 448.1 LEC). La diferenciación de los dos planos de la legitimación, el abstracto (presupuesto procesal) y el concreto (presupuesto de la *acción afirmada*) se pone de manifiesto respecto de cualquier pretensión de tutela jurisdiccional, ya sea haga valer en la instancia, ya por vía de recurso o de cualquier otro medio de impugnación.

En el supuesto de autos, al denunciar el recurrente la infracción de una norma sustantiva que dispone una consecuencia jurídica para determinados sujetos procesales –la responsabilidad concursal de los administradores–, la legitimación para esta *materia concreta* es abordada por el Tribunal Supremo en el marco del recurso de casación y la apreciación de su falta aboca necesariamente a la desestimación del recurso, sin perjuicio de la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal, al revestir los presupuestos y requisitos procesales alcance y eficacia generales (para todas las partes procesales y respecto de todas las pretensiones sometidas a consideración judicial). No hay, por tanto, contradicción alguna, respecto de un mismo recurrente, entre la ad-

misión del recurso extraordinario por infracción procesal y la desestimación de la casación por la concurrencia de una causa de inadmisión, no obstante ser la legitimación, abstractamente considerada –insistimos–, presupuesto común a la interposición de cualquier recurso.

Delimitados los ámbitos abstracto y concreto en los que está implicada la legitimación para recurrir la sentencia de calificación estamos en disposición de analizar la doctrina que sienta el Tribunal Supremo sobre el *interés* que asiste a los administradores sociales para impugnar los pronunciamientos condenatorios por la denominada *responsabilidad concursal* (art. 172.3 LC):

Los administradores sociales tienen la condición de “personas afectadas” por la calificación del concurso de conformidad con el apartado 2 del artículo 170 de la Ley Concursal. Y en tal condición, el Tribunal Supremo estima que les asiste “*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)*”. De esta primera conclusión, y para el supuesto de autos en el que los recursos extraordinarios fueron *preparados, interpuestos y admitidos* en nombre de la entidad concursada, el Tribunal Supremo extrae la consecuencia jurídica de que la admisión de los recursos interpuestos por la entidad concursada frente a la sentencia de calificación del concurso culpable “*no se extiende, ni comprende, los intereses individuales y personales de los que fueron sus administradores sociales, los cuales, como afectados por la calificación de culpable del concurso y por las medidas o pronunciamientos relativas a los mismos acordadas por las resoluciones judiciales, tienen un interés propio, autónomo y diferente del de la entidad deudora concursada, a lo que no obsta que a todos interese que no se declare culpable el concurso*” (Fundamento de derecho 8.º). Dicho en otros términos, el derecho que en abstracto asiste a los administradores sociales para recurrir la sentencia de calificación del concurso culpable (art. 172.4 LC) se torna en cada concreto incidente de calificación en la *carga* de impugnar *por sí mismos* los pronunciamientos desfavorables que solo a ellos les afectan; carga ésta que no viene a ser sino la otra cara de la legitimación procesal –*ordinaria*– (art. 10 ILEC).

Importantes son las implicaciones procesales de esta doctrina jurisprudencial. En primer lugar, la confirmación como *parte pasiva* de los administradores de la entidad concursada en tanto que sujetos afectados por la pretensión de calificación de concurso culpable. Lo que conlleva el reconocimiento de los derechos y la asunción de las cargas y responsabilidades procesales inherentes a la condición de parte; entre ellas, la carga de la comparencia en tiempo y forma adecuados (arts. 170.2 y 184.4 LC), bajo amenaza de preclusión en la oposición y de ser declarados rebeldes (arts. 170.3 LC, 404.1 y 496.1 LEC). Por aplicación de las norma procesales generales, la declaración de rebeldía de los administradores no supone allanamiento ni admisión de los hechos invocados por la administración concursal en su informe, ni obsta la impugnación de la sentencia de calificación en los extremos que les sean desfavorables (arts. 448.1 y 500 LEC).

En el supuesto de autos, la tramitación irregular de la oposición planteada por la entidad deudora provocó la omisión de la declaración de rebeldía de los

administradores no comparecidos en el incidente, aunque del examen de las actuaciones concluye el Tribunal Supremo que tal circunstancia no les deparó indefensión, como denota el hecho de que la oposición a la calificación del deudor se articulara en “interés de la deudora y de los administradores sociales”. Haciendo abstracción del supuesto de autos, repárese en que la doctrina que sienta el Tribunal Supremo proscribe la *sustitución procesal* de los administradores, en los términos que abordaremos a continuación. Es más, en buena lectura, la restricción de la legitimación de la entidad deudora no solo afecta a la interposición de los recursos contra la sentencia sino también al contenido mismo de la oposición a la calificación de concurso culpable (cfr. art. 405.1 LEC), aunque la limitación del deudor para combatir los pronunciamientos que solo afectan a los administradores no comprende la contradicción de los hechos *relevantes* para la calificación de concurso culpable que a todos les afecta.

La segunda implicación de la doctrina que sienta el Tribunal Supremo es la caracterización del interés que asiste a los administradores sociales para combatir los pronunciamientos desfavorables de la sentencia de calificación: interés *propio, exclusivo, autónomo y diferente* al de la entidad concursada.

El interés *propio* comporta, como no podría ser de otra manera, el reconocimiento de la legitimación para combatir la pretensión de calificación de concurso culpable (*resistencia*), ya en primera instancia –mediante personación y oposición a la calificación–, ya en segunda instancia o en los recursos extraordinarios. El reconocimiento de ese interés –*a fortiori*, directo y legítimo– les exime de su acreditamiento singular (cfr. art. 13.1 I LEC), pues está implícito en la norma que establece la responsabilidad por el déficit de los acreedores (art. 172.3 LC). O dicho en términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los administradores sociales son titulares del *objeto litigioso* del incidente de calificación (art. 10 I LEC), y por esta razón serán considerados parte procesal legítima a todos los efectos –derechos, cargas y responsabilidades procesales–, cualquiera que sea la actitud adoptada en el incidente –incomparecencia o falta de oposición–, ya individualmente –en el supuesto de ser varios los administradores–, ya por la entidad concursada.

Por su parte, la calificación del interés como *exclusivo* supone la exclusión de la legitimación de la entidad concursada para combatir los pronunciamientos de la sentencia de calificación que afecten exclusivamente a los administradores, y aun antes, para *resistir* las pretensiones ejercitadas frente a éstos, ya sean de contenido sancionador o condenatorias. En este sentido, la doctrina jurisprudencial expuesta confirma que la entidad concursada carece de legitimación –*extraordinaria*– para la defensa de los intereses que solo afectan a los administradores, pues ni existe previsión legal que le de cobertura (v. art. 10 II LEC), ni ésta puede inferirse del conjunto normativo de la calificación del concurso. Antes al contrario, ilustrativa nos parece la diversa consideración que alberga la Ley Concursal entre quien es *parte necesaria* en la sección de calificación –el deudor (arts. 184.1 y 170.2)– y quienes como *partes contingentes*, pasan a serlo por razón de una deter-

minada calificación del concurso –los afectados por la calificación culpable y los cómplices [v. SENÉS MOTILLA, C., “Artículo 184” (2004), p. 2734]–. Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, la existencia de un interés convergente del deudor y de los administradores sociales en que el concurso no sea calificado culpable no es obstáculo a la restricción de la legitimación del deudor para combatir pronunciamientos concretos de la sentencia, en el bien entendido sentido que el factor común de la oposición lo integran los *hechos relevantes* para la calificación culpable, más que unas consecuencias jurídicas que vienen impuestas por la ley. Por lo demás, el interés *exclusivo* o *particular* de los administradores sociales en la impugnación de los pronunciamientos que solo a ellos les afectan contrasta con el interés *general* de la entidad deudora para *resistir* la calificación de concurso culpable; interés consustancial a su condición de *parte necesaria* en todas las fases, secciones y piezas del procedimiento concursal.

Precisamente en relación con los distintos pronunciamientos de la sentencia de calificación hacemos notar la diferencia que liga el pronunciamiento principal de la declaración de concurso culpable y sus consecuencias jurídicas, de un lado, y las pretensiones indemnizatorias y de responsabilidad concursal, de otro (art. 172.2.3.º y 172.3 LC). Y ello, porque aun siendo la calificación culpable antecedente lógico de unos y otras, solo en el marco de las segundas puede hablarse con propiedad de *acumulación de acciones* procesales (arts. 71.2 y 72 LEC), y tiene sentido cuestionar la eficacia procesal de los distintos comportamientos de cada uno de los administradores. A este respecto, y sin pretender abordar el entramado de la responsabilidad concursal con sus diversas implicaciones subjetivas, objetivas y de procedimiento, estimamos que el carácter *individual* de esta responsabilidad [PÉREZ BENÍTEZ (2008) p. 180] permite sostener diferentes conductas procesales por cada uno de los demandados (incomparecencia, falta de oposición, aquietamiento a la condena...); comportamientos que, a la postre, redundarán a favor o en contra de cada uno de ellos, sin extensión de efectos al resto de colitigantes. Sobre este particular extremo la sentencia no contiene pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo, cuya declaración sobre el carácter *autónomo* del interés que asiste a los administradores se predica únicamente respecto de la entidad concursada. Pero estimamos que el tratamiento procesal independiente de cada administrador singular planea en la consideración final de la sentencia, cuando el Tribunal estima abonada la condena impuesta a uno de ellos al no haber acreditado la actuación tendente a evitar los hechos en que se fundamenta la declaración de responsabilidad concursal (Fundamento de derecho 8.º *in fine*).

3. Cuestiones controvertidas pendientes de pronunciamiento por el Tribunal Supremo

La doctrina jurisprudencial que sienta el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario, con ser relevante, deja sin resolver cuestiones

controvertidas en la práctica concursal, cuales son la naturaleza de la responsabilidad concursal y las facultades procesales de los acreedores en la sección sexta del concurso. Respecto de la primera cuestión, si bien es cierto que el Tribunal Supremo da cumplida respuesta a las pretensiones impugnatorias de carácter procesal –las únicas compatibles con el ámbito y finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal–, no lo es menos, que el segundo de los motivos esgrimidos por el recurrente en el recurso de casación, denunciando arbitrariedad y falta de proporción en la condena al pago íntegro del déficit crediticio, proporcionaba el marco idóneo para un pronunciamiento *obiter dictum* sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal; máxime cuando la sentencia de instancia había tomado posicionamiento sobre esta cuestión y cuando el Tribunal Supremo, lejos de omitir cualquier consideración ulterior a la apreciación de la falta de legitimación del recurrente, entra a valorar la condena impuesta al administrador, que estima plenamente justificada (v. Fundamento de derecho 8.º, *in fine*)

Respecto del estatuto procesal de los acreedores en la sección sexta del concurso, en él incidió la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo mediante *Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo*, que formalmente les confirió el carácter de parte procesal (art. 168.1 LC). Y decimos “formalmente”, porque a pesar de la nueva rúbrica del artículo 168 –“*personación y condición de parte*”– y del nuevo tenor de su apartado 1 –“*cualquier acreedor... podrá personarse y ser parte en la sección*”–, lo cierto es que su coexistencia con el tenor original del resto del articulado, y en particular de los artículos 169 y 170, confirma la restricción de la legitimación para la calificación del concurso a favor de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, sin que a los acreedores personados les corresponda otra facultad que no sea la de alegar cuanto consideren relevante para la calificación de concurso culpable, sin posibilidad de *sostener* esta pretensión de forma autónoma ni de impugnar por si solos la sentencia de calificación del concurso fortuito [GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (2009); v. SAP Pontevedra (1.ª) 4-10-2010, Recurso N.º 445/2010; SAP Zamora (1.ª) 7-7-2010, Recurso N.º 34/2010; en contra, ORELLANA CANO, N.A., (2009)].

Precisamente en relación con el ejercicio por los acreedores de la pretensión de calificación de concurso culpable estimamos que esta sentencia del Pleno podría ser invocada a favor de la interpretación que aquí se sostiene, en cuanto pone de manifiesto que la sola condición de parte procesal no legitima, genéricamente, para articular una concreta pretensión de calificación –ya inicial, ya impugnatoria–; máxime cuando la restricción de la legitimación que concluye el Tribunal Supremo afecta al titular del interés más cualificado de cuantos convergen en el procedimiento concursal (arg. art. 184.1 LC). Por añadidura, la interpretación que sostenemos es extensiva –en mayor medida si cabe– a cualesquiera otros interesados cuya personación haya sido admitida en la sección sexta por haber acreditado un interés legítimo (art. 168.1 LC).

4. Conclusiones

A la vista de la sentencia objeto de este comentario, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable puede ser sistematizada en los siguientes términos:

- a) La oposición del deudor y/o de las personas afectadas por la calificación de concurso culpable debe valer como *contestación* a los escritos de calificación –*informe* de la administración concursal y/o *dictamen* del Ministerio Fiscal–, siendo el trámite siguiente a su formalización la convocatoria de la vista para la práctica de la prueba, o en otro caso, la decisión y fallo sobre la calificación. En el supuesto de incomparecencia de los afectados por la calificación de concurso culpable, procederá respecto de los incomparecidos la declaración de rebeldía.
- b) La administración concursal tiene que individualizar en su *informe* los elementos que identifiquen la pretensión de calificación de concurso culpable que sostiene (sujetos, *petitum* y causa de pedir). En particular, respecto de la cláusula general de culpabilidad (art. 164.1 LC), la formulación de la *causa petendi* compatible con el derecho de defensa de los demandados en la sección sexta, requiere la expresión de los *hechos relevantes* para la adecuada calificación y *expresivos* de la causa legal correspondiente, sin que sea imprescindible la invocación expresa del precepto que le da cobertura (*iura novit curia*).
- c) La carga de la aportación de los documentos que acompañan al informe de la administración concursal no excluye la eficacia probatoria de los que ya constaran en otras secciones o piezas del concurso y que se hagan valer mediante remisión al contenido de los autos.
- d) La adopción *ex officio* de las medidas o de los pronunciamientos que afecten desfavorablemente a los administradores sociales requiere la concesión de previa audiencia para que puedan tomar posicionamiento frente a ellos.
- e) La entidad concursada carece de legitimación extraordinaria para impugnar los pronunciamientos de la sentencia de calificación del concurso culpable que afectan exclusivamente a los administradores. De forma correlativa, los administradores sociales afectados por la declaración de concurso culpable son parte pasiva en la sección sexta del concurso y tienen un interés *directo, legítimo, exclusivo, autónomo y diferente* al de la entidad concursada para impugnar los pronunciamientos desfavorables de la sentencia que solo a ellos les afectan; y en esa medida, tienen la carga procesal de su impugnación para evitar que adquieran firmeza.

5. Bibliografía

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil* (con Díez-Picazo), *El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- GONZÁLEZ LÓPEZ, E., “El incidente concursal tras la reforma por RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, N.º 11, pp. 419 y ss. (disponible en <http://www.laleydigital.es>).
- MACHADO PLAZAS, J., “Algunas consideraciones procesales de la calificación del concurso (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 sobre la calificación del concurso. Recurso 76/2009, resolución 227/2010)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 13, 2010, pp. 235 y ss. (disponible en <http://www.laleydigital.es>).
- ORELLANA CANO, N.A., “Real Decreto Ley 3/2009: aspectos procesales de la reforma concursal (o reformas procesales en materia concursal)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, N.º 11, pp. 143 y ss. (disponible en <http://www.laleydigital.es>).
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Problemas procesales de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2008-2, pp. 149 y ss.
- SENÉS MOTILLA, C., “Artículo 183. Secciones” y “Artículo 184. Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de domicilio del deudor”, *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo-Beltrán (dirs.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Tomo II, pp. 2725 y ss.