

**INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO CONCURSAL "GRAVOSO" PARA LOS  
ACREEDORES: PLAZO PARA SU COMUNICACIÓN Y ALCANCE DE LA  
APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN**

**STS (Sala 1ª), 246/2016, 13 de abril de 2016 (RJ 2016, 1493)**

Eduardo Sánchez-Ramade Carrascosa  
Revista Aranzadi Doctrinal, nº 7/2016 (julio)

SUMARIO: 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 3. PLAZO PARA COMUNICAR LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 4. ALCANCE DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN. 5. FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

RESUMEN: Análisis de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (RJ 2016/1493), que revoca la dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 24 de julio de 2013 (JUR 2013/278205). El Tribunal Supremo declara, por un lado, que el plazo de dos meses previsto en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, así como la causa de responsabilidad prevista en el artículo 165.1.1º, no son aplicables analógicamente al deber de solicitud de liquidación previsto en el artículo 142.2 de la Ley Concursal. Por otro lado, el Tribunal Supremo declara que el ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta como consecuencia del incumplimiento de un convenio "gravoso" para los acreedores se ha de ceñir necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del convenio es imputable al deudor concursado, debiendo excluir el enjuiciamiento de otras causas de culpabilidad que sean ajenas al incumplimiento del convenio.

ABSTRACT: Analysis of the Statement of the First Chamber of the Supreme Court, dated April 13, 2016 (RJ 2016/1493), which revokes the Statement ruled by the Provincial Court of Las Palmas, dated July 24, 2013 (JUR 2013/278205). The Supreme Court states that the two months term referred on the article 5.1 of the Insolvency law, as well as the liability assumption referred on the article 165.1.1º, cannot be applicable by analogy to the assumption referred on article 142.2 of the Insolvency law. On the other hand, the Supreme Court states that the scope of the "section of evaluation of the bankrupt's degree of fault" re-open as a result of the failure to fulfill a "cumbersome" creditors' agreement, has to be bound necessary and exclusively to determine if the creditors' agreement

breach is due to the debtor's responsibility. The court must rule out the analysis of other liabilities assumptions unconnected to the creditors' agreement breach.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores. Convenio "gravoso". Incumplimiento de convenio. Sección de calificación. Liquidación.

KEYWORDS: Insolvency proceedings. "Cumbersome" creditors' agreement. Failure to fulfill a creditors' agreement. Section of evaluation of the bankrupt's degree of fault. Liquidation.

El pasado 13 de abril la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha dictado sentencia por la que estima un recurso de casación interpuesto en relación con dos cuestiones de gran actualidad en materia de responsabilidad concursal.

## **1.- Supuesto de hecho.**

En el concurso de acreedores de una sociedad del sector de la alimentación, se aprobó un convenio a instancias de los acreedores, el cual, en resumen, preveía una quita del 32,5 % y una espera de 6 años.

Se trataba, por tanto, de un convenio de los llamados "gravosos", pues preveía una espera superior al límite de los tres años previsto en el artículo 167.1 de la Ley Concursal<sup>1</sup>. Así pues, de acuerdo con el mencionado precepto, el Juzgado acordó la apertura de la sección de calificación. Tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal emitieron informe proponiendo la calificación del concurso como fortuito, por lo que el Juzgado Mercantil nº 1 de Las Palmas declaró el concurso fortuito y archivó la sección de calificación.

Estando el convenio en plazo para su cumplimiento, la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación debido a la imposibilidad de darle cumplimiento. El Juzgado Mercantil acordó entonces la apertura de la fase de liquidación y la reapertura de la sección de calificación, como ordena el artículo 167.2 de la Ley Concursal.

---

<sup>1</sup> Antes de la reforma introducida la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se abría la sección de calificación cuando se aprobaban convenios con una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años. Tras la reforma introducida en el artículo 167.1 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, no procede la formación de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

La administración concursal solicitó la calificación culpable del concurso sobre la base, por un lado, de hechos ajenos al incumplimiento del convenio y, por otro lado, de hechos que pudieron ser enjuiciados en la primera sección de calificación (que había finalizado, como hemos dicho, con la declaración del concurso como fortuito).

Tras una sentencia<sup>2</sup> de primera instancia que declaró, nuevamente, el concurso como fortuito, la Audiencia Provincial de Las Palmas<sup>3</sup> dictó sentencia revocatoria de la anterior y calificó el concurso como culpable, sobre la base, en su mayoría, de hechos ajenos a la imposibilidad de cumplimiento del convenio. La Audiencia Provincial condenó al administrador de derecho y a quien la Audiencia Provincial consideró administrador de hecho (la sociedad propietaria de las acciones de la concursada) a la cobertura parcial del déficit concursal (por importe de 6.716.538 €), a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o contra la masa, así como a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante dos años, en el caso del administrador de hecho, y tres años en el caso del administrador de derecho.

## **2.- Planteamiento de la cuestión.**

Las principales cuestiones jurídicas que abordaba el recurso de casación y que trata el Alto Tribunal en su sentencia son:

- Determinar si es aplicable por analogía el plazo de dos meses establecido en los artículos 5 y 165.1.1º de la Ley Concursal, al deber de solicitar la apertura de la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas.
- Determinar si en una sección de calificación reabierta<sup>4</sup> como consecuencia del incumplimiento de un convenio "gravoso", el ámbito de enjuiciamiento del Tribunal debe ceñirse exclusivamente a la determinación de si la frustración del

---

<sup>2</sup> Sentencia nº 136/2011, de 18 de julio, del Juzgado Mercantil 1 de Las Palmas (AC\2011\1550).

<sup>3</sup> Sentencia nº 265/2013, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR\2013\278205).

<sup>4</sup> En el caso de que la calificación ordinaria no hubiera concluido al tiempo de abrirse nueva calificación, en lugar de la reapertura de la sección, el artículo 167.2.2º de la Ley Concursal dispone la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que aún se halla abierta, para su tramitación de forma autónoma. En estos casos, lo que aquí se predica respecto del alcance de la sección reaperturada es igualmente aplicable a la pieza separada.

convenio es imputable al deudor concursado, o si, por el contrario, el Tribunal puede enjuiciar otras causas de culpabilidad.

El interés de la sentencia viene dado porque ambas cuestiones tienen que ver con un supuesto muy habitual en estos tiempos: las dificultades que tienen las compañías que han logrado la aprobación de un convenio para darle cumplimiento. Además, se trata de dos cuestiones que han sido tratadas de manera tangencial por el Tribunal Supremo y de forma muy contradictoria por las Audiencias Provinciales, por lo que era muy necesario que el Alto Tribunal fijara un criterio claro y uniforme.

A continuación analizamos separadamente la doctrina emanada de la sentencia.

### **3.- Plazo para comunicar la imposibilidad de cumplimiento del convenio.**

La primera cuestión de interés que aborda la sentencia que comentamos es la relativa a la determinación del plazo de que dispone el deudor para solicitar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas.

El problema se suscita por el hecho de que el artículo 142.2 de la Ley Concursal establece el deber del deudor que se halla en dicha situación de pedir la liquidación, pero no determina un plazo específico, a diferencia de lo que ocurre para la solicitud de concurso. Como es sabido, el artículo 5.1 de la Ley Concursal, establece para el deudor un plazo de dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia para solicitar la declaración de concurso.

Así pues, la controversia existente en nuestros tribunales y operadores jurídicos era si cabía aplicar analógicamente el plazo de dos meses previsto en el artículo 5.1 de la Ley Concursal al deber de solicitar la liquidación para los deudores que se hallen en la situación del artículo 142.2 de la Ley Concursal (esto es, los que conozcan la imposibilidad de cumplir el convenio de acreedores aprobado). La aplicación analógica del artículo 5.1 de la Ley Concursal, conllevaría, lógicamente, la aplicación analógica de la presunción de responsabilidad del artículo 165.1.1º de la Ley Concursal a los supuestos de solicitud tardía de apertura de la liquidación por incumplimiento de convenio.

En el momento de la interposición del recurso de casación resuelto por la sentencia que comentamos había tribunales que entendían que sí procedía dicha aplicación analógica (tesis minoritaria, entre la que se encontraba la Audiencia

Provincial de Las Palmas<sup>5</sup>) y, por otro lado, tribunales que entendían que no procedía tal aplicación analógica<sup>6</sup>.

El Alto Tribunal ha establecido en la sentencia que comentamos<sup>7</sup> que no cabe la aplicación analógica o extensiva del artículo 5.1 y 165.1.1º de la Ley Concursal al supuesto previsto en el artículo 142.2 de la misma ley. El Tribunal Supremo razona que no se dan los requisitos del 4.2 del código civil para la aplicación analógica dada la naturaleza de la calificación concursal (analogía *in malam partem*), en la que se prevén sanciones tales como la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros.

Descartada la aplicación del plazo de los dos meses, el Alto Tribunal, sin embargo, no facilita ningún criterio o pauta que nos ayude a interpretar el plazo de que dispone el deudor que no puede cumplir un convenio para solicitar la liquidación.

La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria<sup>8</sup> (finalmente confirmada por el Tribunal Supremo) sí aporta alguna pauta; en concreto, entiende que no incumple su deber de pedir la liquidación o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable, el deudor que está desplegando esfuerzos razonables para la supervivencia de la compañía, siempre que existan posibilidades ciertas de enderezar la situación.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra<sup>9</sup>, que estima que el momento para la solicitud de la liquidación dependerá de una

---

<sup>5</sup> Sentencia nº 265/2013, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR\2013\278205).

<sup>6</sup> Sentencia nº 221/2013, de 27 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013/220666).

Sentencia nº 405/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2014/9090).

Sentencia nº 424/2013, de 8 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013/380991).

Sentencia nº 442/2013, de 22 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2028).

Sentencia nº 483/2013, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2309).

<sup>7</sup> Fundamento de derecho noveno.

<sup>8</sup> Sentencia nº 136/2011, de 18 de julio, del Juzgado Mercantil 1 de Las Palmas (AC\2011\1550).

<sup>9</sup> Sentencia nº 442/2013, de 22 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2028).

Sentencia nº 483/2013, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2309).

valoración jurídico-económica respecto del momento a partir del cual puede considerarse que el convenio es imposible de cumplir y no meramente un retraso pasajero o reversible. En definitiva, la Audiencia Provincial de Pontevedra ofrece una interpretación, que compartimos, análoga (*mutatis mutandi*) a la jurisprudencia existente respecto de la determinación del inicio del cómputo de los dos meses previstos en el artículo 5.1 de la Ley Concursal para solicitar concurso de acreedores, de manera que se entiende que es legítimo que el deudor realice un esfuerzo razonable por evitar el incumplimiento de sus obligaciones, negociando con los acreedores o con terceros financiadores una solución que evite el concurso de acreedores<sup>10</sup>.

#### **4.- Alcance de la sección de calificación.**

Hasta la sentencia que comentamos, existían dos tesis al respecto del alcance que debía tener la sección de calificación reaperturada como consecuencia del incumplimiento de un convenio "gravoso". Por un lado, existían tribunales (como por ejemplo la Audiencia Provincial de Las Palmas<sup>11</sup>) que consideraban que la cognición alcanzaba a todas las conductas de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, cualquiera que fuera el supuesto de apertura de la liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior.

Por otro lado, existían tribunales (como por ejemplo la Audiencia Provincial de Barcelona y la de Pontevedra<sup>12</sup>) que consideraban que la cognición de la sección reaperturada debía limitarse a las causas del incumplimiento del convenio, de

---

<sup>10</sup> Sentencia nº 2337/2007, de 12 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª (AC\2008\108).

Sentencia nº 279/2008, de 18 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC\2009\67).

<sup>11</sup> Sentencia nº 265/2013, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR\2013\278205).

<sup>12</sup> Sentencia nº 405/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15 (JUR 2014/9090).

Sentencia nº 424/2013, de 8 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013/380991).

Sentencia nº 442/2013, de 22 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2028).

Sentencia nº 483/2013, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013/2309).

Las cuatro sentencias referidas son de fecha posterior a la interposición del recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo y que comentamos en el presente artículo.

acuerdo con el tenor de los artículos 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal.

Esta cuestión no había sido resuelta de manera expresa por el Alto Tribunal, aunque éste sí había anticipado la solución de manera implícita en su sentencia 29/2013, de 12 de febrero, al tratar el supuesto de la apertura de la sección de calificación a resultas del incumplimiento de un convenio “poco gravoso” para los acreedores. En concursos con convenios de este tipo no se abre la sección de calificación, a salvo de que el convenio se declare incumplido.

Así pues, cuando a raíz del incumplimiento de dicho convenio “no gravoso” se apertura la sección de calificación, es en ese momento la primera vez en que se podrá enjuiciar las causas de la insolvencia. Como quiera que no ha habido oportunidad de enjuiciar las causas que motivaron el concurso de acreedores, el Alto Tribunal admite que la sección de calificación aperturada tras la incumplimiento del convenio pueda versar sobre cualquiera de las causas legales reguladas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y no sólo sobre la reseñada en el artículo 164.2.3º de la Ley concursal (“incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”).

Ahora bien, en la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo aborda de manera específica el ámbito y alcance de la sección de calificación en concursos en los que se hayan aprobado convenios “gravosos” que hayan resultado incumplidos.

De acuerdo con la solución anticipada en su sentencia de 12 de febrero de 2013 y con la interpretación literal y sistemática de los artículos 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal, el Alto Tribunal concluye que el ámbito de conocimiento de la sección reabierta se ha de ceñir necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado. Así pues, el ámbito de enjuiciamiento del tribunal en la sección reaperturada ha de excluir tanto el enjuiciamiento de lo que pudo ser enjuiciado con la apertura ordinaria de la sección de calificación, como aquellas causas de culpabilidad que aun siendo posteriores a la primera sección de calificación, no tengan influencia en la frustración del convenio.

La sentencia que comentamos ha hecho particular hincapié en matizar que la referida limitación del enjuiciamiento se refiere a los casos de reapertura de la sección de calificación tanto por incumplimiento del convenio, como por imposibilidad de cumplimiento. El Alto Tribunal razona que en ambos supuestos nos hallamos ante la frustración del convenio, de manera que el Tribunal Supremo considera que merece la misma protección el deudor que se adelanta a pedir la

apertura de la liquidación porque no puede cumplir el convenio, que el deudor que lo incumple.

### **5.- Fijación de doctrina jurisprudencial.**

Como colofón de lo expuesto en el punto anterior, el Tribunal Supremo ha querido proceder a la fijación en la presente materia de doctrina jurisprudencial, con el siguiente tenor<sup>13</sup>:

*"La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado".*

Seguidamente, la Sala asume la instancia y entra a valorar el fondo del asunto, resultado muy interesante el hecho de que analiza todos y cada uno de los incumplimientos que se achacan a los administradores, pero, en lógica coherencia con la doctrina jurisprudencial fijada, realiza dicho análisis únicamente valorando si cada uno de dichos incumplimientos afectaron a la frustración del convenio. Tras dicho análisis la Sala descarta que los incumplimientos acreditados hayan sido la causa de que el convenio deviniese de imposible cumplimiento, pues el mismo lo consideraban inviable desde su origen, como los propios administradores habían advertido.

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, exculpando de cualquier responsabilidad a los administradores.

---

<sup>13</sup> Fundamento de derecho undécimo de la sentencia.