



**Pedro B. Martín
Molina**

Abogado, economista, auditor,
doctor y profesor titular.

Socio fundador de
Firma Martín Molina

Incumplimientos y culpabilidad en el concurso (I)

El fundamento de la calificación culpable del concurso por los incumplimientos contables se debe, principalmente, a que la contabilidad es el instrumento imprescindible para la toma de decisiones empresariales, en tanto que refleja o debe reflejar la realidad del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

En la Ley Concursal (LC) se distinguen, claramente, dos grupos: (i) aquellos supuestos que implican, en todo caso (*iure et de iure*), la calificación culpable del concurso (art. 164.2.1ª LC), y (ii) aquellos supuestos que presumen, admitiendo prueba en contrario (*iuris tantum*), la culpabilidad del concurso (art.165.1.3º LC).

El segundo grupo define tres hechos concretos que motivan la culpabilidad del art. 165.1.3ª LC: "1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: (...) 3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las

hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Se deduce de este texto que los hechos se concretan en: (i) la no formulación de las Cuentas Anuales, (ii) el no sometimiento de las mismas a auditoría, cuando haya deber de hacerlo, y (iii) la falta de depósito de las mismas en el Registro Mercantil.

La diferencia principal entre ambos grupos se encuentra en la admisión o no de prueba en contrario. De esta forma, la mera realización de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC es suficiente para calificar como culpable al concurso, con independencia de si esas conductas han generado o agravado la insolvencia o de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave.

En la interpretación de este precepto no cabe integrar esas conductas tipificadas con lo regulado en el art. 164.1 de la Ley Concursal sobre la causa general de calificación culpable "1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor..."

En la LC se distinguen dos grupos: (i) aquellos supuestos que implican, en todo caso (*iure et de iure*), la calificación culpable del concurso y (ii) aquellos supuestos que presumen, admitiendo prueba en contrario (*iuris tantum*), la culpabilidad

(Sentencia del Tribunal Supremo -STS-, de 24 de octubre de 2017).

Otras dos diferencias versan sobre: (i) la no exigibilidad de que el incumplimiento sea "sustancial", sino que basta la mera comisión del incumplimiento para que pueda entenderse acreditado, y (ii) la existencia de un límite temporal de tres años, de forma que quedarán impunes aquellos incumplimientos del deber de formulación, verificación o depósito de las Cuentas Anuales que, en su caso, hubiera tenido lugar con anterioridad a los tres años anteriores a la declaración de concurso.

Las conductas tipificadas en el segundo grupo, dentro del art. 165.1 LC, son supuestos que presumen, admitiendo prueba en contrario, la culpabilidad del concurso. Respecto a esta cuestión, la reciente STS, de 1 de diciembre de 2017 explica cómo la nueva redacción de este art. 165, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina cualquier resquicio de duda que pudiera existir sobre este asunto, al prever que cuando concurren las conductas descritas, "el concurso se presume culpable".

La duda existía porque antes de la reforma de 25 de mayo de 2015 este artículo se refería, exclusivamente, a la presunción de dolo o culpa grave y no a la presunción de concurso culpable.

Esa redacción anterior, que sigue aplicándose al enjuiciamiento de todas las secciones de calificación abiertas antes de la mencionada reforma, es a la que se ha referido la reciente STS, de 1 de diciembre de 2017.

Antes de Ley 9/2015: "Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores ..."

Después de Ley 9/2015: "El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores ..."

En dicha STS se recuerda que, ya en sentencias anteriores, se afirmaba que el art. 165 LC, aun en su redacción anterior, no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del art. 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1, todos ellos de la LC.

Por tanto, en caso de concurrencia de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 165, la presunción se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y ello aunque resulte aplicable, por la fecha de apertura de la sección de calificación, la redacción anterior: " (...) Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción *iuris tantum* [que permite prueba en contrario] que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia (...) (Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 2017).

Pedro B. Martín Molina

Abogado, economista, auditor, doctor y profesor titular.

Socio fundador de Firma Martín Molina

En caso de concurrencia de cualquiera de la conducta descrita del artículo 165, la presunción se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia