

**Ciclo de sesiones online: Análisis de las cuestiones más relevantes del Texto Refundido de la Ley
Concursal (enero-junio 2021)**

Resumen ejecutivo sesión 14 de abril

Presentación del ciclo

Tras las numerosas reformas que fue experimentando la Ley Concursal desde su aprobación en 2003, se planteó la conveniencia de reordenar su contenido mediante un Texto Refundido que, utilizando las posibilidades que el artículo 82, 5, de la Constitución reconoce a esta opción legislativa (“regularizar, aclarar y armonizar”), sistematizara adecuadamente la normativa concursal vigente, contribuyendo así a su mejor interpretación y aplicación. El Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), elaborado por un Grupo especial de expertos en el seno de la Comisión General de Codificación, resultó finalmente aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 5 de mayo de 2020, y entró en vigor el pasado 1 de septiembre.

El presente Ciclo de Sesiones pretende ofrecer un análisis ordenado del TRLR, seleccionando aquellos aspectos de su contenido que presentan mayor relevancia, con el fin de examinar las novedades que contienen, comparando el texto resultante con el que procedía, como antecedente inmediato, de la Ley Concursal, considerando también que, a lo largo de la vigencia de ésta, han ido recayendo tanto pronunciamientos jurisprudenciales, como criterios doctrinales interpretativos. Especial interés, en este sentido, suscitan los asuntos concretos en que la refundición ha introducido algún matiz diferente, o algún cambio polémico, en el texto precedente, y ello será motivo de consideración particular a lo largo de las sucesivas sesiones.

Comprende el Ciclo 10 sesiones, a desarrollar entre los meses de enero y junio de 2021, en las que sucesivamente se abordan, siguiendo el orden sistemático del TRLR, como puede apreciarse en el programa, los distintos momentos del procedimiento concursal, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, prestando también atención a los acuerdos preconcursales y a las cuestiones laborales y de Derecho Internacional Privado, de tanta importancia en la práctica, especialmente en un momento en que, una vez finalizado el plazo de suspensión de la obligación de solicitar el concurso, es previsible un aumento de los procedimientos concursales, de un lado, y de las iniciativas preconcursales, de otro, pendientes éstas, además, de la adaptación a la Directiva europea de reestructuración y segunda oportunidad.

De cada sesión del ciclo se pretende que resulte la elaboración de un texto elaborado por los respectivos ponentes, en el que se exponga la problemática tratada, de modo que, al final del ciclo, pueda disponerse de un compendio completo de materiales, útiles para un mejor conocimiento del TRLR y para una mejor interpretación y aplicación de su contenido en los diversos aspectos.

Directores del ciclo:

- **María del Mar Hernández Rodríguez**, Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria.
- **Jesús Quijano González**, Vocal Permanente de la Sección de Derecho Mercantil, Comisión General de Codificación. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid. Consejero Académico de Allen&Overy. Miembro del Consejo Académico de Fide

6ª Sesión: La liquidación de la masa activa y la calificación del concurso

Introducción:

La sexta sesión del ciclo sobre las novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal ha estado dedicada a **la liquidación y la calificación concursal**.

El **protagonismo de la liquidación en el concurso es indiscutible**. A pesar de ser la solución naturalmente subsidiaria al convenio, la realidad nos muestra su absoluto protagonismo. Esta preponderancia práctica ha sido causa de importantes reformas de la LC tendentes a mejorar el texto legal en este punto. A pesar de ello, patológica resulta la problemática por su duración y dilatación en el tiempo por encima de la literalidad de la norma, siendo constante la pugna entre la duración ideal legalmente prevista y la realidad. En la **nueva regulación contenida en el TRLC hay que destacar importantes novedades**. Algunos son de **carácter meramente sistemático, al sustraer la regulación de las reglas sobre enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial y venta de unidades productiva de la liquidación concursal y trasladarla al capítulo dedicado a la masa activa**. Pero hay otros importantes aspectos destacados como es la **premiada regulación de la modificación del plan de liquidación**, con la que se pone freno a la variedad de criterios de los distintos Tribunales. A ellas han de unirse algunas **dudas interpretativas que genera el nuevo articulado**. De todas estas cuestiones, **en la sesión celebrada se analizaron las relativas al "nuevo" objetivo de la liquidación**, no sólo en interés del concurso, sino en la mejor satisfacción de los acreedores, el **"nuevo" contenido del Auto de apertura de la liquidación, la posibilidad de modificar el plan de liquidación en cualquier momento por parte de la administración concursal y la imposibilidad para la AEAT de dictar providencias de apremio sobre crédito contra la masa tras la apertura de la liquidación (STS Contencioso 20 de marzo de 2019)**.

Por su parte, la regulación de la calificación concursal también ha sufrido algunos cambios en el TRLC no exentos de polémica. La introducción del dirección general y teórica paralela salida del apoderado general, la regulación de una definición de déficit concursal alejado del acuñado jurisprudencialmente o, desde un punto de vista procesal, la aclaración de que el dictamen del Ministerio Fiscal y el informe de la administración concursal deben revestir forma de demanda, son solo algunas de ellas. En esta sesión se analizó **la figura del director general como persona afectada por la calificación y cómplice, la supresión de la sanción de inhabilitación para las personas jurídicas afectadas por la calificación y el nuevo concepto legal del déficit concursal**.

Ponentes:

- **Javier Antón**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias
- **Juan Manuel de Castro Aragonés**, Socio Director del Área de Derecho Procesal, Concursal y de Arbitraje del despacho de Barcelona de Gómez Acebo y Pombo

LA LIQUIDACION DE LA MASA ACTIVA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

1. *La importancia de la liquidación como fase del concurso*

Si bien en el modelo ideal del procedimiento concursal, el convenio constituye la finalidad preferente del concurso, que pasa, en todo caso, por un acuerdo entre el deudor y los acreedores, la liquidación de la masa activa es la otra fase de conclusión del procedimiento concursal, al que tanto la Ley Concursal de 2003 como el Texto Refundido vigente le dan importancia y no es para menos. Durante

muchos años la finalización de los procedimientos concursales en liquidación –claramente mayoritaria en el período 2008-2015- ha provocado un gran número de resoluciones judiciales en esta fase.

Prueba de ello es la **extensión de la regulación de la fase de liquidación de la masa activa** dentro del Texto Refundido, si bien no más extensa que la de la fase de convenio, como ocurría en la Ley Concursal de 2003, porque el legislador refundidor ha decidido la inclusión de normas sobre liquidación en otras partes de la norma legal, como, por ejemplo, al hablar de la venta de la unidad productiva, la modificación del orden de pagos en sede de conclusión por insuficiencia de masa o la necesaria e intensamente regulada rendición de cuentas.

Si bien el Texto Refundido aprobado y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 no modifica en exceso la Ley Concursal de 2003, al ser precisamente un texto que refunde, resume y reordena las distintas normas vigentes –recordemos la enorme cantidad de reformas que ha sufrido la Ley Concursal de 2003-, sí que transcurridos unos cuantos meses desde su entrada en vigor se han generado muy diversas discusiones e interpretaciones del texto, no solamente con el hecho de si el Texto Refundido incurre en una aplicación ultra vires en determinados aspectos –inclusión del crédito público en el BEPI-, sino también con la interpretación de las normas aprobadas o la inclusión de nuevas e interesantes figuras como la del reciente pre-pack concursal.

En el nuevo régimen del Texto Refundido, la regulación de la fase de liquidación abarca del artículo 406 al artículo 440 e incluye básicamente la regulación que ya contenía la Ley Concursal de 2003 y si bien la regulación contenida en dichos artículos es muy similar a sus antecedentes en la Ley Concursal de 2003, existen pequeñas e importantes diferencias de matiz, que conllevan una mejora en la regulación de la fase de liquidación.

A pesar de lo anterior, podemos destacar algunos puntos diferentes y/o desarrollados a partir de la regulación anterior.

2. El objetivo de la liquidación de la masa activa y la cesión en pago o para pago

El artículo 417 del Texto Refundido incluye dos novedades respecto a la regulación anterior en materia de operaciones de liquidación, que estaba contenida en el artículo 148.

Por un lado, la citada norma, en el párrafo 1, trata del objetivo de la liquidación de la masa activa y señala expresamente que “la administración concursal elaborará el plan de liquidación atendiendo al **interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores**”.

Por un lado, el mencionado artículo 148 de la Ley Concursal de 2003 no indicaba ese objetivo y, por otro lado, incluye como objetivos importantes del plan no solamente la más adecuada satisfacción de los acreedores, sino también el interés del concurso, concepto indeterminado que ya fue acogido por la regulación anterior y que ha sido constantemente interpretado por nuestros Juzgados Mercantiles, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo para interpretar muchas de las normas concursales.

Con el reconocimiento del objetivo de la liquidación en estos dos pilares fundamentales se completa de alguna forma la falta de regulación de estos objetivos, que habían sido reconocidos jurisprudencialmente, por lo que el Texto Refundido cumple con el objetivo de recoger y ordenar las líneas interpretativas de desarrollo de la regulación concursal originaria.

Otras de las novedades incluidas en el artículo 417, en concreto, en el párrafo 3 del mismo, es la exigencia del “**consentimiento de los acreedores**” a los que afecte la cesión de los bienes y derechos de la concursada en pago o para pago de los créditos concursales.

El anterior artículo 148.5 de la Ley Concursal sí preveía la cesión de bienes y derechos de la concursada en pago o para pago de los créditos, salvo para los créditos públicos.

La nueva norma continúa realizando la previsión de dicha cesión, salvo para los créditos públicos, pero añade que se exigirá el consentimiento de los acreedores a los que afecte.

La primera de las cuestiones que se plantean ante esta nueva previsión es el hecho de que la tramitación de la cesión por parte de la administración concursal, que es quien tiene que realizarla, se retrasaría a la espera de obtener el consentimiento de los acreedores a los que afecte. Ello supone que la administración concursal deberá recoger todas las condiciones de la **oferta de cesión en pago o para pago para recabar**, a través del Juzgado, el referido consentimiento.

La segunda de las cuestiones se centra en una falta de previsión de la norma: la misma exige, como ya se ha comentado, el consentimiento de los acreedores, en el entendido de que si existen varios deberán ser todos los implicados, es decir, el **consentimiento debe ser unánime y no mayoritario**. Y, por otro lado, nada dice la norma si, transcurrido un plazo razonable de, por ejemplo, 15 días, que otorgue el Juzgado se produce el silencio de los acreedores, pudiendo entenderse ese silencio como aceptación implícita.

3. Contenido del Auto aprobatorio del plan de liquidación

El artículo 419 del Texto Refundido regula el contenido del Auto aprobatorio del plan de liquidación, cuestión novedosa que no estaba totalmente regulada en la Ley Concursal de 2003, la cual se refería, efectivamente, a que el plan de liquidación se aprueba a través de un Auto, en el anterior artículo 148.2, pero no decía nada de cuál debía ser su contenido.

Pues bien, dicha norma hace una descripción bastante pormenorizada del contenido del referido Auto.

Para comenzar, señala el Texto Refundido que, transcurrido el plazo de observaciones, deberá, si lo estima conveniente para el interés del concurso, **aprobar el plan**, introducir las modificaciones que estime pertinentes de las realizadas o acordar la aplicación de las reglas supletorias.

La primera cuestión que se plantea es la referencia al interés del concurso y a la pertinencia, en relación al mismo, de la **aprobación del plan de liquidación**. Es decir, el juez debe, si lo estima pertinente para el interés del concurso, aprobar por Auto el plan de liquidación. ¿Qué ocurre si no lo estima pertinente? Debemos entender que, si existe interés del concurso, y así lo aprecia el juez, éste deberá aprobar el plan, pero si no lo estima pertinente, entonces se aplicarán las reglas supletorias recogidas en la Sección 3ª del Capítulo III del Título VIII –artículos 421 y 422-.

Pero, sin embargo, también el artículo 419.1 del Texto Refundido señala que en ese mismo Auto el juez puede acordar la aplicación de esas mismas **reglas supletorias**, por lo que la conclusión a la que podemos llegar es que las reglas supletorias se aplicarán (i) a falta de Auto porque el juez no haya considerado pertinente en atención al interés del concurso aprobar el plan o (ii) en el propio Auto si el juez considera pertinente aprobar el plan pero con base en dichas reglas y no en el plan preparado y presentado por la administración concursal, con o sin observaciones.

La segunda cuestión se refiere a si el juez tiene la capacidad necesaria para introducir no solamente las modificaciones al plan elaborado por la administración concursal que considere oportunas, de las que se hayan hecho en las observaciones por las partes personadas, sino también aquellas que el

propio juez considere pertinentes para una mejor tramitación de las operaciones de liquidación. La respuesta ha de ser positiva, en el sentido de que debemos entender que el artículo 419 permite al **juez introducir él mismo las modificaciones al plan que considere oportunas y pertinentes**, en atención al interés del concurso.

En el mismo apartado 1, el Texto Refundido señala que el Auto deberá incluirse íntegramente el plan de liquidación aprobado, obviamente con las modificaciones que el juez apruebe y estime pertinentes. Tampoco decía esto el legislador concursal de 2003 y es una norma que otorga seguridad jurídica a la resolución, ya que la convierte en el instrumento definitivo y básico para llevar a cabo las operaciones de liquidación. La administración concursal ya podrá utilizar solamente el Auto y no necesitará acompañar al mismo el plan preparado más, en su caso, las modificaciones propuestas por los acreedores, puesto que el propio Auto ya incluirá el plan y las modificaciones.

Continúa el artículo 419 regulando el Auto y dice en su apartado 2 que dicho Auto tiene valor de **autorización**. Y autorización, en concreto, para enajenar bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago y de autorización para enajenar unidades productivas cuando así conste en el propio plan aprobado.

Por lo tanto, el Auto es la resolución judicial definitiva y única que debe tenerse en cuenta y acompañarse por la administración concursal para realizar todas las operaciones de liquidación, incluidas las ventas de bienes o derechos afectos a privilegio especial, las cesiones en pago o para pago –que necesitan, como ya hemos visto, el consentimiento de los acreedores afectados- y las ventas de unidades productivas. Importante esta cuestión, puesto que estas operaciones, a al menos la mayoría de ellas y en la mayoría de los casos, deben instrumentarse a través de una escritura pública, la cual debe **acceder al Registro de la Propiedad**, por lo que los registradores deberán calificar el instrumento público junto con la resolución judicial, sin hacer un nuevo estudio y análisis de si se cumplen los **requisitos de inscripción**, porque ya existe una resolución judicial.

Por último, es necesario significar que el valor del Auto, y la inclusión del plan dentro del mismo, debe tener la virtualidad, precisamente por ese valor de autorización que le da el artículo 419.2, de poder **levantar las cargas que pesen sobre los bienes o derechos afectos a privilegio especial o a cualquier otra carga, sin necesidad de una nueva resolución judicial** que autorice ese levantamiento, haciendo más sencillo el proceso de venta de dichos bienes o derechos. Al menos este debería ser el criterio de interpretación del valor de autorización que se le concede en el Texto Refundido al Auto aprobatorio del plan de liquidación.

4. La modificación del plan de liquidación

Otra de las novedades del Texto Refundido respecto a la Ley Concursal de 2003 es la posibilidad que ofrece el artículo 420 de **modificar el plan de liquidación**. La solicitud de modificación se podrá implementar por la administración concursal en cualquier momento desde su aprobación judicial, siempre que lo estime conveniente, una vez más, para el interés del concurso y para una mejor satisfacción de los acreedores, que, recordemos, son los “nuevos” objetivos de la liquidación. Esta es una petición largamente anhelada por los operadores jurídicos y que ha sido acogida por el Texto Refundido.

El informe de la administración concursal debe ser completo, en el sentido de que deberá explicar el **motivo de la modificación** y deberá especificar aquellas reglas que deben ser modificadas y otras que deban ser suprimidas o introducidas ex novo.

El trámite será el de la aprobación del plan, esto es, propuesta por la administración concursal y plazo para los acreedores para opinar sobre las modificaciones y la aprobación, nuevamente, se realiza por Auto apelable, como el Auto aprobatorio del plan original, pudiendo el juez aprobar las modificaciones, tanto de la administración concursal como de los acreedores, introducir motu proprio las modificaciones que estime oportunas sobre las modificaciones planteadas tanto por la administración concursal como por los acreedores o, por el contrario, denegar las modificaciones, total o parcialmente.

5. La imposibilidad de dictar providencias de apremio una vez abierta la liquidación

Por último, aun cuando no se encuentra regulado en sede de liquidación –Título VIII del Libro Primero del Texto Refundido- es importante destacar, por último, que el Texto Refundido recoge y positiviza la interpretación dada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2019 en relación con el dictado de providencias de apremio relativas al pago de créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación.

Dicha Sentencia, tras realizar una muy interesante interpretación integradora de los artículos 55 y 84.4 de Ley Concursal de 2003 tras la reforma operada en la misma por la Ley 38/2011 y del artículo 164.2 de la Ley General Tributaria, concluye en el Fallo de la misma de la siguiente manera:

“Declarar que, la interpretación conjunta del artículo 164.2 LGT con relación a los artículos 55 y 84.4 de la LC, determina que, una vez abierta la liquidación la Administración tributaria no puede dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa hasta que no se levanten los efectos de la declaración de concurso, debiendo instar el pago de los créditos contra la masa ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal”

Pues bien, el Texto Refundido recoge dicha doctrina jurisprudencial en el artículo 248 cuando señala que “las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse a partir de la fecha de eficacia del convenio”. Al suprimir la referencia que el anterior artículo 84.4 de la Ley de 2003 hacía a la apertura de la liquidación o al transcurso de un año sin producirse, debe considerarse que la Administración solamente podrá reclamar el pago de créditos contra la masa a través del correspondiente incidente concursal, sin que se puedan dictar providencias de apremio en relación con el impago de dichos créditos contra la masa.

Esta es una importante norma que está destinada a facilitar tanto la realización de las operaciones de liquidación como a ordenar convenientemente el pago de los créditos contra la masa, regulado en los artículos 244 y 245 del Texto Refundido, que deben aplicarse igualmente al momento de la liquidación. Más de una vez nos hemos encontrado en un procedimiento concursal en el cual en el mismo momento en que se dictaba el Auto que abría la fase de liquidación, la Administración lanzaba providencias de apremio de forma casi inmediata, a los efectos de retener los importes debidos como créditos contra la masa.

Todo ello constituye una importante **ventaja para hacer efectivas adecuadamente las operaciones de liquidación.**

Autor: Juan Manuel de Castro Aragonés, Socio Director del Área de Derecho Procesal, Concursal y de Arbitraje del despacho de Barcelona de Gómez Acebo y Pombo

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La calificación concursal aparece contemplada en el Texto Refundido de la Ley Concursal en el Título X del Libro I del Texto Refundido (arts. 441 a 464), recogiendo de esta manera la regulación contenida en la Ley Concursal si bien con algunas novedades incorporadas por el refundidor en su labor de regularizar, aclarar y armonizar las normas vigentes hasta ese momento.

El Texto Refundido comienza recogiendo en su art. 442 la cláusula general que antes se encontraba en el art. 164-1 L.C. con un texto idéntico en cuanto al enunciado de la conducta tipificada y que conduce a calificar el concurso como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor. Se introduce sin embargo como novedad más importante, entre otras, que en el catálogo de las personas que pueden haber cometido esa conducta dolosa o culposa cuando el deudor es una persona jurídica se ha eliminado la figura de los “apoderados generales” que aparecía en la L.C. (introducida tras la reforma de la Ley 38/2011) y en su lugar se ha colocado a los “directores generales”. Esta novedad se traslada asimismo al círculo de las personas que pueden ser declaradas cómplices (art. 445 TRLC) así como al pronunciamiento de la Sentencia condenatoria que determina las personas afectadas por la calificación (art. 455 TRLC).

Se trata de una **modificación necesaria** habida cuenta que la equiparación automática del apoderado general con los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en cuanto que personas que encarnan la jerarquía organizativa de la sociedad, y como tales se encuentran legitimados pasivamente para ser personas afectadas por la calificación y poder ser condenadas a cubrir el déficit concursal, venía siendo problemática, pues tanto los Tribunales (vid. SSTs 2 febrero 2008, 14 abril 2009) como la doctrina venían exigiendo no solo la formalidad de la existencia de un poder general sino además que hubieran asumido la autonomía decisional propia de un administrador de hecho. Es por ello que la sustitución de esa figura por la de los “directores generales” vendría a incidir en la exigencia de que esa persona hubiera llevado a cabo una determinada actuación gerencial, y con ello que haya actuado con un cierto grado de autonomía en la toma de decisiones.

Surge seguidamente la pregunta de si esta modificación supone un avance en la deseable armonización del régimen de responsabilidad concursal con el que se contiene en la legislación de sociedades de capital, pues cuando la LSC regula en su art. 236 el círculo de personas a quienes se extiende la responsabilidad frente a la sociedad no contempla a los apoderados generales, pero sí recoge en su apartado 4 a los directores generales. Considero no obstante que esta equiparación no resulta posible desde el momento en que la regulación societaria parte de una premisa diferente para realizar la imputación de responsabilidad a que se refiere. Efectivamente dicha norma está contemplando el supuesto de una **sociedad gobernada por un consejo de administración sin que exista delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados**, de manera que ante esta ausencia de delegación el legislador establece una suerte de presunción legal de que la llevanza de la administración social está siendo asumida por la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, a quien le serán por tanto aplicables las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores sociales. Como vemos nada que ver con el supuesto de la persona afectada por la calificación concursal a título de “director general”, todo ello sin perjuicio de que en la práctica serán muchas las ocasiones en las que pueda coincidir en una misma persona las características previstas por una y otra normativa. Pero lo relevante es que seguimos sin poder hablar de un régimen de responsabilidad troncal ubicado en el régimen societario que pueda resultar aplicable, con sus especialidades, en sede concursal, pues no existen todavía progresos sustanciales en esta coordinación.

Otra de las novedades importantes aparece a propósito de la sanción de inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. El art. 455-2-2º TRLC limita los destinatarios de esta sanción a las “personas naturales” afectadas por la calificación, lo que supone excluir a las personas jurídicas. El problema que se presentaba bajo la vigencia de la Ley Concursal acontecía cuando se declaraba persona afectada por la calificación a una persona jurídica, lo que podía suceder en los casos en que hubiera actuado como administrador de hecho o en aquellos otros en que fuera auténtico administrador de derecho (ej: una sociedad como administradora de derecho de otra, ya fuera administradora única, mancomunada o solidaria, o como miembro de su consejo de administración). En tales supuestos el art. 172-2-2º L.C. no distinguía según que la persona afectada por la calificación fuera una persona física o jurídica, por lo que si se trataba de sociedad mercantil podía ser inhabilitada en aplicación de este precepto. Ello conllevaba que la sociedad inhabilitada ya no podía seguir ejerciendo el comercio mientras no concluyera el período de inhabilitación (art. 13-2º Código de Comercio) lo que a su vez se convertía en causa legal de disolución al no poder la sociedad cumplir con su fin social (art. 363-1 c) L.S.C.). De esta manera nos encontrábamos con que una norma que había sido diseñada para apartar temporalmente del tráfico jurídico y económico al administrador deshonesto se convertía, en el caso de que el administrador fuera una sociedad mercantil, en una causa que abocaba a la muerte jurídica de esa empresa. La reforma por tanto debe ser bienvenida al dar solución a un agravio que no había sido buscado por el legislador.

Pero la novedad más relevante en materia concursal viene a ser la introducción de un novedoso **concepto de déficit concursal a cuya cobertura total o parcial pueden ser condenadas las personas afectadas por la calificación, con o sin solidaridad**. El art. 456-2 TRLC establece que “Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”. Se acoge por tanto la caracterización del déficit concursal como una insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo) para lo cual utiliza como elementos comparativos el inventario de la masa activa de un lado y de otro la lista de acreedores de la masa pasiva. Son varios los interrogantes que presenta este concepto legal (no especifica si habremos de atender a las masas del informe provisional o de los textos definitivos, qué ocurre con los créditos todavía contingentes, etc.), si bien podemos destacar el de otorgar al inventario un protagonismo del que hasta ahora carecía, pues pasa de ser un elemento que tenía una finalidad simplemente informativa, sin capacidad para generar derechos (como recuerda la STS 9 octubre 2018), a convertirse en auténtica medida de la insuficiencia patrimonial del concursado, lo cual no se acomoda a la realidad que supone el carácter intrínsecamente flexible y dinámico del inventario –al contrario de lo que sucede con la masa pasiva que queda definitivamente petrificada con los textos definitivos- como lo demuestra el hecho de que durante la vida del concurso su composición suele variar ante el flujo de activos que entran y salen de la masa, ya sea vía adquisición y enajenación de bienes y derechos, el ejercicio de acciones de reintegración o de separación, etc. Pero además del otro lado del balance encontramos que el concepto legal **no toma en consideración a los créditos contra la masa que se hayan ido generando**, pues es sabido que estos créditos no forman parte de la masa pasiva ni se integran en la lista de acreedores sino que se relacionan en una relación adjunta a esta última (art. 288 TRLC), por lo que una interpretación literal de la norma conduciría a la paradoja de que los créditos contra la masa no se tendrían en cuenta para valorar la existencia del déficit pero las cantidades obtenidas por la condena a su cobertura se integrarían en la masa activa del concurso (art. 461-2 TRLC), surgiendo entonces la duda acerca de si los titulares de tales créditos podrían ser satisfechos con lo obtenido por esta condena, pues no debemos olvidar que el pago de los créditos contra la masa atiende a la regla de la prioridad en el vencimiento (art. 245-2 TRLC).

A partir de aquí cabe preguntarse acerca de la **aplicación temporal de este concepto legal de déficit concursal**. El TRLC no contiene normas sobre derecho transitorio puesto que no cabe esperar que un texto refundido, por su propia naturaleza, pueda introducir reformas o alterar sustancialmente el derecho vigente, dado que su función es simplemente la de regularizar, aclarar y armonizar las normas legales objeto de refundición. Es por ello que surge la duda de si deberá reservarse su aplicación para las secciones de calificación abiertas tras la entrada en vigor del TRLC (conforme señaló la STS 12 enero 2015 con ocasión del **nuevo modelo de responsabilidad concursal** introducido por el RDL 4/2014, de 7 marzo) o si por el contrario se trata de una norma aplicable en cualquier momento por las razones arriba apuntadas, cuestión que por otra parte se presenta más clara en el supuesto de la derogación de la sanción de inhabilitación de las personas jurídicas por tratarse de una norma sancionadora más favorable para la persona afectada por la calificación.

La cuestión ha venido a complicarse aún más cuando el Tribunal Supremo ha dictado las Sentencias 213/2020 y 214/2020 de 29 mayo en las que parte de un concepto diametralmente opuesto de déficit concursal. Se comienza diciendo en estas Sentencias que *“Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial)”*. Finalmente concluye declarando que *“Es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencias, representadas por el déficit entendido como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia”*.

Este concepto jurisprudencial de déficit concursal que aparece elaborado en el sentido de déficit liquidatorio resulta perfectamente explicable a la vista del supuesto de hecho contemplado en aquellas Sentencias en las que el activo de la concursada (sociedad filial) venía integrado principalmente por créditos frente a terceros (sociedad matriz) que sin embargo no fueron abonados, por lo que a pesar de que el concurso no presentaba un déficit patrimonial sí existía en cambio un claro déficit liquidatorio ante la presencia de un pasivo que no podía ser cubierto con lo obtenido por la realización de todos los activos.

Nos encontramos por tanto ante una dualidad de conceptos del déficit concursal que colocan al intérprete de la norma ante una encrucijada cuya salida no parece fácil al día de hoy, habiendo surgido opiniones sugerentes (Mar Hernández) que con la finalidad de conciliar esta materia abogan por entender que la regla de cálculo del art. 456-2 TRLC jugaría como una presunción *iuris tantum* de la existencia de déficit y su cuantificación, susceptible de prueba en contrario si en la efectiva realización de los bienes y derechos de la masa activa no se ha obtenido suficiente para atender a todo el pasivo.

Autor: Javier Antón, Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias
Fide, 14 de abril de 2021

Resúmenes de anteriores sesiones del ciclo:

- 1ª sesión: La declaración del concurso y los presupuestos. La administración concursal, 27 de enero.
- 2ª sesión: Los efectos del concurso: sobre el deudor, sobre las acciones, los créditos y los contratos, 10 de febrero.
- 3ª sesión: La masa activa y la masa pasiva del concurso, 24 de febrero
- 4ª sesión: La enajenación de unidades productivas; reintegración y reducción de la masa; créditos contra la masa y orden de pago en caso de insuficiencia, 9 de marzo
- 5ª sesión: El convenio concursal, 24 de marzo