

La calificación consecutiva a la quiebra del convenio

Muñoz Paredes, Alfonso

Diario La Ley, Nº 10019, Sección Cuestiones de práctica concursal, 1 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer

• ÍNDICE

- [1. La regulación en la Ley 22/2003](#)
- [2. La situación en el Texto Refundido](#)
- [3. Tratamiento que se propone en el Proyecto de Reforma](#)

Resumen

El magistrado Alfonso Muñoz Paredes, director de la Tribuna "Cuestiones de Práctica Concursal" de Diario La Ley y de la revista LA LEY Insolvencia, realiza un análisis de la calificación subsiguiente al incumplimiento del convenio, desde la redacción inicial de la Ley Concursal de 2003, hasta su evolución interpretativa por el Tribunal Supremo (en 2016), con muestra de varias resoluciones de su propio juzgado; hasta llegar a la situación actual en el TRLConc y, sobre todo, las perspectivas que se afrontan con la reforma concursal en ciernes.

En una tribuna anterior confesaba una crisis de fe en la sección de calificación.

Como dicen que tener fe es también cuestión de querer tenerla, he decidido imponerme el flagelo de volver a hablar de la calificación. Ahora bien, de la calificación por incumplimiento del convenio. Aún no estoy preparado para el cilicio de la «abreviada» del proceso de micropymes.

1. La regulación en la Ley 22/2003

La calificación subsiguiente al incumplimiento del convenio disfrutaba en la [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal \(LA LEY 1181/2003\)](#) (en lo sucesivo, LC), de una regulación fragmentaria y un tanto oscura, tanto en la definición de la conducta como en el ámbito de acusación y cognición.

El art. 164.2.3º, dentro del elenco de presunciones «iuris et de iure», disponía la calificación culpable del concurso «*cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado*».

Literalmente interpretada, esta presunción requería la presencia cumulativa de tres presupuestos:

- **a) La declaración judicial de incumplimiento del convenio** tras el trámite incidental del [art. 140 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#); quedaba fuera tanto la solicitud confesoria de liquidación por el deudor como la denuncia de «reinsolvencia».
- **b)** Que esa resolución hubiera ganado **firmeza** y el juez abierto de oficio la **liquidación** (art. 143.5);
- **y c)** Que el incumplimiento del convenio fuera debido a **causa imputable al concursado**.

Por otro lado, de la interpretación conjunta de los art. 167.2, 168.2 y 169.3 parecía desprenderse que la sección de calificación abierta tras el incumplimiento del convenio tenía como único fin determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar, de ahí que el segundo de los preceptos citados restringiera las posibilidades alegatorias de administración concursal y Ministerio Público «*a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable*».

La combinación de estos preceptos dejaba en el aire varias **cuestiones**:

- **a)** Si como «**causa imputable**» al concursado determinante del incumplimiento del convenio podían valorarse cualesquiera conductas del propio catálogo de presunciones; esto es, si el incumplimiento del concurso, que en rigor era *el resultado y no la causa*, era una conducta autónoma y distinta de las demás, o por su carácter abstracto podía comprender cualesquiera acciones (u omisiones) imaginables.
- **b)** Si podían valorarse **conductas que no tuvieran enlace causal directo** con dicho incumplimiento, ya por ser de mera actividad (como una irregularidad contable), ya porque, aun siendo de resultado y aptas en potencia (v. gr. un alzamiento) para ser causa del incumplimiento, no lo fueran en el caso concreto por posteriores al mismo (podían ser concausas o, a lo más, agravar, pero no ser la causa eficiente);
- **c)** Si los arts. 167.2 y 169.3 y, en consecuencia, sus limitaciones alegatorias eran sólo aplicables al supuesto del art. 140 (único supuesto de genuino incumplimiento del convenio) o también a solicitud confesoria de liquidación y a la «reinsolvencia» (ambas previstas en art. 142), en las que, *de iure*, no hay incumplimiento, aunque *de facto* la apertura de la liquidación implique la resolución de sus efectos.

1.1. La interpretación jurisprudencial

La [STS, del Pleno de la Sala 1ª, de 13 de abril de 2016 \(LA LEY 29700/2016\)](#), dio solución al tercero de estos problemas y extendió el **campo** propio de la **presunción** a los supuestos del [art. 142.2 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#) (solicitud confesoria y reinsolvencia) a fin otorgarles un tratamiento homogéneo, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*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». Solo en aquel caso en que la sección 6.ª no se hubiera abierto originariamente por haberse aprobado un convenio no gravoso (STS de 12 de febrero de 2013 (LA LEY 75858/2013)), el ámbito de conocimiento se ampliaba hasta abarcar todo el elenco posible de presunciones: tras el incumplimiento, la del art. 164.2.3º, y antes, todas las demás.

1.2. Los cabos sueltos

Tras la doctrina jurisprudencial, de los tres requisitos del art. 164.2.3º que enunciábamos, solo el último sigue en pie. Exige la ley que el incumplimiento (en ese sentido lato y omnicomprendivo del propio incumplimiento, de la solicitud confesoria o de la «reinsolvencia») del convenio sea imputable al concursado. Esto es, debe existir **relación de causa a efecto** entre la conducta del concursado y el incumplimiento.

Con todo, ni la ley ni la jurisprudencia permitían resolver todas las dudas; lejos de ello, en la práctica judicial me he encontrado con supuestos que no tenían un encaje claro, a saber:

- **1.- Desde el punto de vista de la viabilidad del convenio:** convenios de imposible (o muy previsible) incumplimiento desde el momento mismo de su aprobación, de suerte que podía alegarse (y, de hecho, se alegaba) que estando el convenio, desde su génesis, condenado al fracaso, toda actuación posterior era causalmente inane, por lesiva que pudiera parecer.
- **2.- Desde el punto de vista del tiempo del incumplimiento:** convenios que ya estaban incumplidos por motivos casuales o fortuitos (parafraseando el [art. 887 del Código de Comercio \(LA LEY 1/1885\)](#), infortunios casuales en el orden regular y prudente que impidieran satisfacer en todo o en parte las deudas, aquí las convenidas) antes de que se detectaran conductas realmente punibles;
- **3.- Desde el punto de vista del contenido de la conducta.** Siendo el incumplimiento culpable una presunción genérica en su descripción, que tanto puede proceder de una conducta única como de una pluralidad que conduzcan al resultado típico, ¿puede dar cobijo a otras conductas tipificadas y causalmente vinculadas al incumplimiento del convenio (de ordinario, conductas de resultado como un alzamiento o una salida fraudulenta)? ¿Hemos de renunciar al enjuiciamiento de las conductas de mera actividad, señaladamente las contables, o es posible razonar que la opacidad por ellas generada impide conocer cuáles son las verdaderas causas del fracaso del convenio y dar por probado el hecho base de que el incumplimiento del convenio es imputable al deudor?

Estas tres cuestiones podían resumirse en una sola: ¿Es el incumplimiento del convenio una cláusula general al modo de la que prevé el [art. 442 TRLConc \(LA LEY 6274/2020\)](#) (antes

art. 164.1) para la insolvencia inicial? Porque si así fuera el incumplimiento del convenio sería perseguible no solo en grado de causación sino de mera agravación (dando solución a los dos primeros problemas apuntados) y bajo el cobijo de la genérica descripción del incumplimiento tendrían cabida cualesquiera conductas que, por sí solas o en conjunto, de forma concomitante o sucesiva, produjeran el resultado típico.

Vamos a ilustrar esa triple problemática con cuatro casos reales, todos propios.

1.3. Los casos reales

Primer caso. SJM nº 1 Oviedo de 11 de diciembre de 2019 (LA LEY 268121/2019) (as. Talleres Guerra).

El convenio, por ser de contenido gravoso, había determinado la apertura de la sección de calificación, concluida por auto declarando el concurso como fortuito. Tres años después, se abre la liquidación a instancias de la concursada.

Depuradas las actuaciones previas a la aprobación del convenio merced a ese auto de archivo, la reapertura de la sección sexta debía quedar necesariamente limitada a la presunción del art. 164.2.3º. No obstante, en su informe de calificación la administración concursal entendió concurrentes las siguientes presunciones:

- 1º.- Irregularidad contable relevante (art. 164.2.1º), por la emisión y contabilización de facturas falsas por operaciones que no se correspondían con una prestación real de servicios.
- 2º.- Salida fraudulenta o alzamiento de bienes (art. 164.2.4º y 5º).
- 3º.- Extemporaneidad en la solicitud de liquidación tras constatarse la imposibilidad de cumplir el convenio (art. 165.1º, por analogía).

Y esta fue mi respuesta:

«No obstante, todas estas conductas, tras la STS ya referida, pierden sustantividad propia para hallar común cobijo en la más amplia del art. 164.2.3º (incumplimiento culpable del concurso)».

Segundo caso. SJM nº 1 de Oviedo de 11 de diciembre de 2019 (LA LEY 268120/2019), as. Construcciones Taber.

El escenario era similar al anterior. Convenio gravoso y sección de calificación archivada por auto; difería en la vía de apertura de la liquidación, que aquí fue un incidente de incumplimiento de convenio promovido por la TGSS.

La administración concursal entendió concurrentes las siguientes presunciones:

- **1º.-** Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1º), pues pese a los reiterados requerimientos no había logrado su entrega.
- **2º.-** Incumplimiento del convenio imputable al concursado (art. 164.2.3º).
- **3º.-** Incumplimiento del deber de colaboración, con carácter subsidiario, para el caso de que finalmente fuere aportada la contabilidad (art. 165.1.2º).

Sanadas por el primitivo auto de archivo las conductas previas a la aprobación del convenio, resultaba obvio que:

- **a.-** Tanto el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad como del deber de colaboración solo podían venir referidos al tiempo posterior a la aprobación del convenio;
- **b.-** Estas conductas tenían que hallar común cobijo en la más amplia del art. 164.2.3º (incumplimiento culpable del concurso).

Todo ello para acabar concluyendo que *«el administrador único, con su absoluta pasividad, ha situado a la administración concursal y, por extensión, a este juzgador, en la más absoluta opacidad, pues ignoramos las causas del incumplimiento, conducta obstruccionista que debe merecer su subsunción en la presunción comentada, determinando, necesariamente, la calificación del concurso como culpable»*.

Tercer caso. SJM nº 1 de Oviedo de 10 de febrero de 2020 (LA LEY 29161/2020), as. Norcar.

En este tercer ejemplo real el escenario se vuelve más complejo. El convenio también fue gravoso, pero a diferencia de los anteriores, se dictó sentencia de calificación culpable, con condena a indemnizar daños y perjuicios (la cobertura al déficit era imposible por privativa de la liquidación). La liquidación se abre a instancias de un acreedor a través de un incidente del antiguo [art. 140 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#).

La administración concursal, en su segundo informe de calificación, narra cómo el administrador, con la complicidad de su hermano, abandonó por completo la actividad tras la misma aprobación del convenio, de suerte que constaba abandonada la sede y domicilio social, sin rastro societario ni registral de llevanza de la contabilidad.

En la sentencia califico el concurso (nuevamente) como culpable. Ahora sí, la condena incluyó la cobertura del déficit, en un 100% por opacidad.

Cuarto caso. SJM nº 1 de Oviedo de 30 de diciembre de 2020 (LA LEY 203157/2020), as. Operaciones y Maquinaria.

El convenio, por no ser gravoso su contenido (quita de un 50% y espera de 6 meses), no determinó la apertura de la sección de calificación. Tres años más tarde (a pesar de que la espera era de 6 meses), la concursada solicitó la apertura de la liquidación por no ser posible el pago de una parte de los créditos concursales en los términos previstos en la propuesta de convenio.

Por auto se acordó la apertura de la fase de liquidación. En dicho auto se contenía el siguiente Fundamento de Derecho Único:

«ÚNICO.- *Dispone el artículo 142.2 de la Ley Concursal ([LC \(LA LEY 1181/2003\)](#)) que el deudor deberá pedir la liquidación cuando durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a aquél, deviniendo imperativo para el Juez del concurso, en tal circunstancia, la apertura de la fase de liquidación –que no reapertura del concurso, ya que el mismo no había concluido, [arts. 176.1.2º en relación con el 141 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#)—, con los efectos legales a ella aparejados, principalmente la suspensión de las facultades de administración y disposición, reponiendo en el ejercicio de su cargo a los administradores concursales en su día nombrados ([art. 145.1.II LC \(LA LEY 1181/2003\)](#)), abriendo la Sección de calificación ([art. 167.2.1º](#)) y quedando sin efecto, como consecuencia de la rescisión del convenio, las quitas y esperas pactadas ([arts. 136 \(LA LEY 1181/2003\)](#) y [140.4 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#)), pero presumiéndose legítimos los pagos realizados en virtud del convenio en los términos y con los efectos del [art. 162](#).*

De la mera lectura del artículo 167.2º se desprende que el legislador no agota los supuestos que pueden presentarse en la práctica, pues omite toda referencia a aquellas secciones de calificación "no natas" por haberse aprobado un convenio gravoso. En este caso no estaremos propiamente ante una reapertura, por lo que en la sección de calificación "habrán de ventilarse, antes nunca lo han sido, todas las causas de calificación que las partes legitimadas invoquen en su demanda" (SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 18 de Octubre de 2010 (LA LEY 198466/2010)).»

En la parte dispositiva de dicho auto se acordaba formar la sección de calificación, por vez primera.

La administración concursal presentó entonces informe de calificación. Dicho informe basaba su petición de culpabilidad en una sola conducta, la prevista en el art. 164.2.3º, incumplimiento del convenio por causa imputable al deudor.

Por el Ministerio Fiscal, a la vista de que la administración concursal omitía en su informe pronunciarse sobre el resto de causas de culpabilidad de los arts. 164 y 165, solicitó se le requiriera para que ampliara su informe, lo que se declinó por aquélla bajo la afirmación de que no concurría ninguna de esas causas. El Ministerio Fiscal emitió finalmente su dictamen en similares términos a lo expresados por la administración concursal en su informe.

La administración concursal, como avanzamos, entendió concurrente la presunción del incumplimiento del convenio imputable al concursado (art. 164.2.3º, actual [art. 443.6º TRLConc \(LA LEY 6274/2020\)](#)), que a juicio de la administración concursal procedía del sumatorio de diversas conductas individuales. De ellas la principal era la venta, tres meses después de aprobarse el convenio, del 50% de las acciones propiedad de la concursada en otra sociedad por un importe aproximado de 150 mil euros a socios que ostentaban el 50% del capital social de la concursada, curiosamente los mismos que, proyectada la venta de ese mismo paquete de acciones en fase común, se habían opuesto a la venta por 225 mil euros. A peor, en la propuesta de convenio, concretamente en el plan de viabilidad, se preveía obtener por la venta de esas acciones y ciertas mercaderías 400 mil euros con que afrontar, en el plazo de 6 meses prometido, el pago del pasivo exigible tras la quita (unos 340 mil euros). Lejos de cumplir lo prometido en la propuesta, el administrador único de la concursada (titular del 50% del capital) vende aquella participación a los titulares del otro 50% (los que vetaron la venta por ruinosa en fase común) por un precio inferior y, además, no destina todo lo obtenido al pago del convenio (los acreedores solo «vieron» unos 130 mil euros).

Más allá de la conducta, claramente dolosa (negligente me parece harto generoso), lo que estaba en discusión era la causalidad. En efecto, se negaba la relación de causa-efecto entre la venta y el incumplimiento, afirmando que aunque se hubiera vendido al precio propuesto por la administración concursal el convenio no habría podido cumplirse. Esta barrera defensiva también cayó:

«El argumento debe, de nuevo, decaer. Quien propuso los precios de venta y se comprometió a sufragar el convenio, junto con la venta de mercaderías, fue OPYMA, a través de su administrador; si el convenio resultaba, desde un inicio, de imposible cumplimiento, ello, lejos de exculpar al administrador, debe redundar en su perjuicio. Si no va a ser

posible cumplir el convenio, lo que procede es no presentar la propuesta; lo que no resulta admisible es que se proponga un convenio con determinadas proyecciones de venta, para ganarse con mayor facilidad la confianza de los acreedores, y una vez recuperada la plenitud de las facultades de disposición y antes siquiera de que se le notifique la sentencia aprobándolo, se verifique la venta del principal activo destinado a su cumplimiento por precio sensiblemente inferior al proyectado en el plan de viabilidad y, a mayores, sin destinar todo el precio al pago de los créditos concursales».

Tras esta anatomía (quizás mejor autopsia) de casos propios, estamos en mejor disposición de comprender las novedades normativas que nos acechan...

2. La situación en el Texto Refundido

El [TRLConc \(LA LEY 6274/2020\)](#) extrajo el incumplimiento del convenio del elenco de presunciones, que derivó a una subsección 2ª, creada al efecto, y que tituló «del régimen especial en caso de incumplimiento del convenio».

Pero esa derivación fue simplemente parcial. En ella se dio cabida a las «especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio» (art. 452), a la «personación de acreedores» (art. 453) y al «contenido del informe y dictamen» (art. 454). Extramuros de esa subsección quedó la condena a la cobertura del déficit en caso de reapertura de la sección incumplimiento del convenio (art. 456.4).

El [TRLConc \(LA LEY 6274/2020\)](#) trajo algo más de claridad al distinguir en el art. 454 el contenido del informe de la administración concursal y del dictamen del Fiscal en función de que la **formación de la sección** fuera **sucesiva** («se limitarán a determinar las causas de incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución») o **inicial** («expresarán los hechos relevantes para la calificación del concurso, sin la limitación a la que se refiere el apartado anterior»).

Faltaba, con todo, lo fundamental. **Describir la conducta**. Con tanto afán de sistematizar se olvidó lo fundamental. Recuperar la presunción que se hurtó al art. 164.2.3º.

3. Tratamiento que se propone en el Proyecto de Reforma

3.1. El ámbito de enjuiciamiento de la sección

La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma nos anuncia que «*[l]a apertura de la Sección 6ª tiene carácter general. Se abre en el mismo decreto en el que se pone fin a la fase común, es decir, no solo en caso de apertura de la fase de liquidación de la masa activa, sino también cuando se abre la fase de convenio e, incluso, en dicha fase se consiguen adhesiones suficientes para que el juez pueda aprobar el convenio del deudor con la colectividad crediticia. De este modo, se elimina aquella excepción por cuya virtud no procede la apertura de la Sección en los casos en los que se apruebe un convenio en el que se establezca, para todos los créditos, o para los de una de las clases o subclases de las establecidas en la Ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo, naturalmente, que dicho convenio resulte incumplido. La práctica ha puesto de manifiesto que con esa excepción no existe convenio alguno en el que proceda la apertura de la Sección 6ª. Es suficiente con que la propuesta de convenio contenga una cláusula de pago íntegro e inmediato a los créditos concursales inferiores a cien euros o de quita para los pequeños créditos del cinco por ciento del importe del crédito. Con ese tipo de cláusulas se enerva la necesidad de abrir la Sección. Entre la alternativa de restringir drásticamente el ámbito de la excepción o suprimirla, la Ley opta decididamente por la supresión.*»

Al desaparecer la distinción entre convenios gravosos y no gravosos (unos y otros, sin distinción, abren calificación), la sección sexta consecutiva al fracaso del convenio deviene autónoma y siempre tendrá el mismo contenido potencial, el que describe, con mejor acierto, el nuevo art. 445 bis.

3.2. La definición de la conducta

El Proyecto de Reforma devuelve la presunción hurtada, con creces. Pero en un alarde de falta de sistemática, la injerta entre la definición de cómplices (art. 445) y la formación de la sección (art. 446) a medio de un nuevo art. 445 bis, del siguiente tenor:

«Artículo 445 bis. Incumplimiento culpable del convenio.

1. El incumplimiento del convenio se calificará como culpable cuando hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro del periodo de cumplimiento del convenio, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.

2. En todo caso, el incumplimiento se calificará como culpable en los siguientes supuestos:

1.º Si durante el periodo de cumplimiento del convenio hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

2.º Si el deudor hubiera realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. El incumplimiento del convenio se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Si durante el cumplimiento del convenio el deudor no hubiera reclamado el cumplimiento de las obligaciones exigibles.

2.º Si el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la liquidación de la masa activa.

3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado en tiempo y forma las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera incumplido el convenio; no hubiera sometido esas cuentas a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente.»

El proyecto, como antes el Anteproyecto, adopta para la calificación específica por incumplimiento del convenio la estructura de la calificación ordinaria, con una cláusula general y un catálogo doble de presunciones, coincidente en naturaleza (absolutas y relativas) pero reducido en volumen (de nueve ordinales se pasa a cinco).

La cláusula general para incumplimiento del convenio parte de la redacción del art. 442, si bien **lo que será culpable no es ya el concurso** (ya calificado en la sección previa), **sino el incumplimiento**, pudiendo suceder que siendo fortuito el concurso por las conductas previas al convenio, sea culpable su incumplimiento (y a la inversa). Se evita de esta forma lo que venía sucediendo en la práctica judicial, en que en convenios incumplidos —pero de larga duración— podían sucederse dos calificaciones del concurso, una por conductas previas y otra por posteriores, ambas definiendo el concurso como culpable. Tras la reforma, lo culpable no será el entero concurso, sino el incumplimiento del convenio.

Entre las presunciones *iuris tantum* **sorprende la ausencia del alzamiento de bienes**, lo que obligará, so pena de aceptar que quede inmune, a derivarlo a la salida fraudulenta (no necesariamente coincidente, según la jurisprudencia) o a la cláusula general.

La **referencia temporal** ya no es la declaración de concurso, como en la calificación ordinaria, sino la aprobación del convenio, que es lo que marca el inicio del «período de cumplimiento». Lo que haya durado este torna irrelevante, pues se elimina el límite subjetivo de dos años de afectación subjetiva de la cláusula general ordinaria, extendiéndose el enjuiciamiento a todo el periodo de (in)cumplimiento, cuan largo haya sido.

La supresión del límite (subjetivo o de afectación) de dos años de la calificación común también afecta al límite (objetivo o de comisión) de la salida fraudulenta, que podrá ser perseguida mientras haya tenido lugar en vida del convenio, sin límite de anualidades.

Por tanto, no habrá más **límite temporal** que el que marque la **duración del convenio**, desde su aprobación hasta la apertura de la liquidación. El hecho de que la descripción de ese tránsito cambie en función de la conducta («durante el período de cumplimiento del convenio» en la salida fraudulenta, «durante el cumplimiento del convenio» en la falta de reclamación de las obligaciones exigibles), no tiene más causa que la dejadez del legislador.

Cierta dejadez apreciamos igualmente en las **presunciones contables**, cuyo enjuiciamiento no se ajusta al período de cumplimiento del convenio, sino a «*los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera incumplido el convenio*». Si la infracción contable lo ha sido en el cuarto ejercicio previo al incumplimiento del convenio, por más que sea posterior a su aprobación, deviene inatacable. Del mismo modo, aunque no lo diga el precepto, es palmario que solo puede tratarse de ejercicios cerrados con posterioridad a la aprobación del convenio. Los ejercicios previos al concurso habrán sido (o no) objeto de la sección primitiva, operando, según el caso, la cosa juzgada o la preclusión; los posteriores al concurso, pero previos a la aprobación del convenio quedan fuera de todo enjuiciamiento, pues ni son perseguibles por el art. 444.3º (constreñido a los tres ejercicios previos al concurso) ni por el «nuevo» art. 445 bis.3.3º, pues en cuanto previos al convenio no pueden tener enlace causal alguno con su incumplimiento.

Para el final he dejado el **incumplimiento del deber de solicitar la liquidación** (art. 445 bis.3.2º). El deudor, durante la fase común, tiene el derecho («podrá», dice el art. 406) de pedir la apertura de la liquidación en cualquier momento. Mas una vez aprobado el convenio y constatada la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación, pedir la liquidación se transforma en un deber (art. 407).

Durante la vigencia de la [Ley 22/2003 \(LA LEY 1181/2003\)](#), la STS, Sala 1.^a, de 13 de abril de 2016 precisó que el art. 142.2 (hoy art. 407) «no obliga al deudor a solicitar la liquidación a los dos meses de advertir la insolvencia –o la agravación de la insolvencia– sino «cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél». El Texto Refundido incorporó a ese deber una referencia temporal antes ausente: «desde que conozca la imposibilidad de cumplir».

Aun antes de incluir el [TRLConc \(LA LEY 6274/2020\)](#) ese incierto *dies a quo*, la STS, Sala 1.^a, de 15 de octubre de 2013 ya había entreabierto la puerta al encaje de la solicitud tardía de liquidación en el art. 164.2.3.º, siquiera de forma «refleja», al afirmar que «[e]n su caso, el incumplimiento de este deber puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso, en concreto la conducta tipificada en el [art. 164.2.3.º LC \(LA LEY 1181/2003\)](#)». Esa puerta la abre ahora por completo el art. 444 bis.3.2º al sancionar de forma expresa su incumplimiento, quizás para compensar haber suprimido la posibilidad de denunciar la «reinsolvencia», dejando indefensos a los acreedores extraños al convenio, que no pueden denunciar su incumplimiento por la vía del art. 402, por no afectarle aquel (cfr. art. 402.1).

Al analizar la batería de casos reales extraídos de mi particular bestiario, omití en el primero de ellos la respuesta que di a la pretensión de la administración concursal de reprochar la solicitud extemporánea de la liquidación. Dije entonces que:

- i.- La falta de previsión expresa traía «*como consecuencia indeseada que una eventual dilación en la solicitud de la liquidación no se puede sancionar en sede de calificación por la vía de la presunción del art. 165.1.1.º ni tampoco –creemos– como incumplimiento del convenio imputable al deudor (art. 164.2.3.º), por ser la solicitud –y su eventual retraso– consecuencia y no causa del incumplimiento*».
- ii.- «*[P]or más que la [STS de 13 de abril de 2016 \(LA LEY 29700/2016\)](#) permita hallar, al menos en un plano teórico, un encaje causal —siquiera reflejo— entre el retraso entre la solicitud de liquidación y el incumplimiento culpable del convenio, la lógica temporal o fenomenológica indica que ese enlace no resulta posible, siendo como es el incumplimiento del convenio un prius respecto del retraso (que sería necesariamente un posterius). No olvidemos que la jurisprudencia reiterada por el propio Alto Tribunal exige, en el ámbito de los arts. 238 a 241 LCS (acción social e individual, cuyos elementos aquilianos informan la cláusula general del [art. 164.1 LC \(LA LEY 1181/2003\)](#), que la causalidad exista, primero, en el ámbito natural (lo que determina que la conducta preceda al efecto), para enjuiciar, solo entonces, la causalidad o imputación jurídica*».

Si el deber de solicitar la liquidación surge «desde que conozca la imposibilidad de cumplir», resulta evidente que su infracción no puede ser causa del incumplimiento; a lo más podrá

ser causa de la agravación del resultado del incumplimiento, pues un retraso en liquidar puede dar lugar a la obtención de menores precios de venta. El problema es doble, ya que:

- **(i)** La presunción del art. 445 bis.3.2º admite prueba en contrario y al deudor no le será difícil probar que el incumplimiento de ese deber, nunca puede ser causa del incumplimiento, pues del incumplimiento surge;
- **(ii)** Tampoco podremos recurrir, si se destruye la presunción, a la cláusula general del nuevo art. 445 bis, pues el legislador —a diferencia del art. 442— solo sanciona la *causación* y no la mera *agravación*.

La imprevisión (e imprecisión) del legislador quizás pueda salvarse si entendemos que el deber del deudor de pedir la liquidación surge no solo ante un incumplimiento actual, sino ante un incumplimiento inminente y que es entonces el incumplimiento de ese deber lo que transforma el incumplimiento en definitivo. Una distinción similar a la que hacemos en fase preconcursal entre los grados de la insolvencia en función de cuándo acontezca la imposibilidad de cumplir. No obstante, no dejamos de subrayar la incoherencia de tratar de forma diferente la insolvencia inminente inicial (en que el concursar es un derecho) y la insolvencia inminente consecutiva al convenio (concibiéndola como deber).

En el breve tránsito de Anteproyecto a Proyecto, el precepto ha ganado una presunción *iuris tantum*, alusiva a la falta de reclamación de las obligaciones exigibles. Extraña la incorporación, pues lo que no resulta censurable en el período preconcursal (salvo a través de la cláusula general) lo es tras el convenio. El hecho base de la presunción es la falta de reclamación, que no se adjetiva, con lo que sería bastante para enervarlo una reclamación extrajudicial o la mera iniciación de un monitorio. Aun concurrente el hecho base, podrá destruirse la presunción acreditando la falta de viabilidad de la reclamación, económica (por no tener el convenido medios con que sufragarla o el reclamado medios con que atenderla) o jurídica. La falta de reclamación debe acontecer, precisamente, «durante el cumplimiento del convenio»; no aclara el precepto qué sucede con aquellas obligaciones exigibles y previas a su aprobación que no fueron reclamadas pudiendo serlo (por el deudor y/o la administración concursal), aunque lo más lógico es entender que el precepto se refiere a obligaciones contraídas precisamente tras el convenio o contraídas antes, pero que devienen exigibles después.

3.3. La tramitación

El proyectado art. 452 absorbe las «especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio», que se traducen en la forma y el tiempo de su apertura:

«1. En la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón de incumplimiento del convenio, el juez procederá del siguiente modo:

1º. Si en la sección sexta se hubiera dictado sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de la propia resolución que ordene esa reapertura.

2º. Si continuara en tramitación, ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este Título que le sean de aplicación.

2. El plazo para la presentación del informe o informes de calificación se iniciará al siguiente día de la notificación de la apertura de la liquidación al administrador concursal y a los acreedores personados en el concurso.»

Es mejorable la forma (también de redactar). El tiempo no es que sea mejorable, es que ha de mejorarse. A nadie que haya intervenido, siquiera tangencialmente, en un concurso se le escapa que no es posible que en los 15 días (el plazo nos lo da el art. 448) siguientes a la notificación de la apertura de la liquidación el administrador concursal pueda cabalmente entrar en conocimiento y formarse una convicción de todo lo que ha mediado (normalmente años) entre la aprobación del convenio y su quiebra.

A esta parte final el legislador llegó cansado. El art. 453, «personación de acreedores y demás legitimados», restringe su intervención. Los acreedores pierden la condición de parte plena que ganan con el nuevo art. 449 («informe de calificación de los acreedores») y se ven rebajados, de nuevo, a vulgares coadyuvantes, como en el art. 450 ter.

«Artículo 453. Personación de acreedores y demás legitimados.

En caso de incumplimiento del convenio, si el informe de calificación de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como culpable cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección sexta o en la pieza separada para defender esta calificación.»

Salvo que admitamos que la posición del acreedor es ciclotímica, la lógica de nuevo debería imponer que el art. 449 rija asimismo en esta segunda sección. Solo así tendría sentido que el art. 454, que también se retoca, pase a disponer que *«[e]n el caso de reapertura de la sección o de formación de pieza separada, el informe o informes de calificación se limitarán a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución.»* Si habla de informes, en plural, es que el art. 449 opera como regla general y que tanto en una como en otra sección los acreedores son parte plena y autónoma.

En definitiva, el Proyecto mejora lo anterior, progresa adecuadamente, pero aún puede hacerlo más.