

La calificación del concurso: inhabilitación y responsabilidad concursal

Un modelo para la administración concursal

JOAN ROJAS GRAELL

La calificación del concurso: inhabilitación y responsabilidad concursal

Un modelo para la administración concursal

Para la confección del modelo que proponemos de cálculo de la inhabilitación y responsabilidad concursal (RC) partimos de las siguientes premisas aportadas por el TS:

Los criterios de la calificación del concurso culpable: la responsabilidad por deuda ajena y la responsabilidad por daño

El Tribunal Supremo (sentencia 28/2/2013) especifica:

- ▶ *La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.*
- ▶ *Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.*
- ▶ *Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos ", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.*
- ▶ **Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios -de mera actividad, respecto de aquella consecuencia.**
- ▶ *Y especifica respecto al déficit*
- ▶ *La responsabilidad por déficit concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: a) la calificación del concurso como culpable, b) la apertura de la fase de liquidación, c) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal, d) haber ostentado la condición de administrador, liquidador o apoderado general y e) tener la condición de persona afectada.*

Tipología empresas en España, riesgo acreedor, daño y propuesta de inhabilitación por Tramos

| nº empresas | % | EMPLEADOS | Facturación | Información contable | | Valor activos | Afectados por la insolvencia | Riesgo acreedor | Decisión acreedor | Daño social de su insolvencia | Daño causado acreedor | Tramos inhabilitación propuestos |
|------------------|--------|-----------|--------------|----------------------|-----------------------------|---------------|------------------------------|-----------------|-----------------------------------|-------------------------------|-----------------------|----------------------------------|
| | | | | Calidad | Plazo | | | | | | | |
| 2.407.019 | 94,8%% | < 10 | < 2 millones | Baja | 12 meses o más | Muy Bajo | plantilla | Muy alto | Cobrar contado (excepto AAPP) | Bajo | Bajo | I.- 0 a 2 años |
| 112.763 | 4,4%% | < 49 | < 10 mill. | Media | 12 meses | Bajo | plantilla + bancos | Alto | Garantizar parte del cobro | Medio | Medio | II.- 3 a 5 años |
| 15.320 | 0,6%% | < 250 | < 50 mill. | Alta | 12 meses | Medio | plantilla + pasivo | Medio | Aceptar pago aplazado s/ historia | Alto | Alto | III.- 5 a 10 años |
| 3.035 | 0,10% | > 250 | > 50 mill. | Muy Alta | de 3 meses (cotizadas) a 12 | Alto | plantilla + pasivo | Bajo | Aceptar pago aplazado | Muy Alto | Muy alto | IV.- 10 a 15 años |
| 131.118 | | | | | | | | | | | | |
| 2.538.137 | | | | | | | | | | | | |

Premisas del modelo y consecuencias

El procedimiento concursal como toda la legislación mercantil busca por un lado acotar / minimizar el riesgo contractual entre deudores y acreedores y por otro repartir equitativamente el patrimonio ante situaciones de quiebra

El riesgo desde el punto de vista cuantitativo absoluto es menor en el 99,3% de las empresas que en el 0,72%

El riesgo desde el punto de vista cualitativo es superior en las del 95% ya que los acreedores no disponen de información contable contrastada (auditada) con lo que los acreedores intentan minimizar el riesgo contractual asegurando el cobro.

Las decisiones mercantiles erróneas que pueden abocar a la insolvencia en las grandes empresas tienen un gran impacto social; por tanto el interés social en la inhabilitación de administradores es mucho mayor en esas grandes que en el resto

Por lo que puede deducirse que debe existir una graduación de la inhabilitación relacionada no sólo con la cuantía del daño económico infringido a los acreedores sino también con el daño social (desempleo directo e indirecto).

La calificación del concurso: inhabilitación y responsabilidad concursal

Clasificación de los ilícitos concursales

En nuestro modelo, siguiendo la LC, existen dos grandes grupos de clasificación de ilícitos mercantiles :

A) Causas de la insolvencia que no admiten prueba en contrario y que contienen 4 subgrupos (G. I, II, III, IV)

–Al subgrupo G. IV le llamamos de “ilícitos penales” y tiene una fórmula de cálculo independiente del resto , más dura, porque responde a una actuación de insolvencia moral (ánimo de defraudar).

B) Causas de la insolvencia que admiten prueba en contrario y que contienen 2 subgrupos (G. V y VI)

En el Grupo A) hay 11 variables que son todas del mismo rango salvo las del Subgrupo IV que obedecen a “ilícitos penales” y que proponemos que se aplique la máxima inhabilitación correspondiente al Tramo siguiente al que le correspondería. Y en el grupo B) hay 8 variables.

Por tanto, en el Grupo A) prescindiendo de las del subgrupo IV quedan 9 variables: [i) Incumplir la llevanza de la contabilidad, ii) Llevar doble contabilidad, iii) irregularidad relevante, iv) inexactitud grave en documentos de la demanda, v) inexactitud grave en documentos del procedimiento, vi) acompañar o presentar documentos falsos al concurso, vii) apertura de oficio de la liquidación, viii) simulación de una situación patrimonial ficticia, ix) salida fraudulenta de bienes] y en el Grupo B tenemos 8 variables: [i) incumplir el deber de solicitar concurso, ii) no colaborar con el juez y la administración concursal, iii) no facilitar información necesaria para el concurso iv) no haber asistido a la junta de acreedores v) no formular las CCAA vi) no auditarlas estando obligado vii) no depositarlas en RRMM en alguno de los tres últimos ejercicios viii) negarse a la capitalización u otras en acuerdos de refinanciación en contra de lo previsto en el art. 71 bis.]

Podríamos ponderar las variables de distintas formas (dependerá de la administración concursal y de un posible consenso entre los agentes en procesos de insolvencia) y aquí nosotros proponemos la siguiente:

- 2 puntos por variable en las del apartado A) y 1 punto en la del apartado B) por no ser estas actuaciones directamente dolosas salvo que exista engaño a través de la contabilidad y las CCAA que hayan podido inducir al acreedor a mantener o incrementar el riesgo (en cuyo caso la cualificación puntual sería la misma que en el apartado A)
 - Ir tarde al concurso no presupone un daño a los acreedores ni una insolvencia moral del empresario salvo que se demuestre engaño a través de la contabilidad y de las CCAA
 - No colaborar con la AC tampoco presupone una actuación dolosa salvo que responda al encubrimiento del engaño

La calificación del concurso: inhabilitación y responsabilidad concursal

Cálculo de la inhabilitación

Forma de cálculo:

Se escoge el Tramo de inhabilitación a la que pertenece la empresa.

Se aplican los puntos a cada variable del Subgrupo al que corresponda la actuación ilícita. El máximo número de puntos sería: A) 9 variables x 2 punto = 18 puntos; B) 8 variables x 1 punto = 8 puntos. O sea: $18 + 8 = 26$ puntos

El Tramo II es de 3 a 5 años de inhabilitación y corresponde a 3 (mínimo) y 5 (máximo); la diferencia entre el mínimo y el máximo es de 2 años o sea 24 meses. El cálculo lo debemos hacer por meses ya que contiene decimales.

Si la suma de puntos de las distintas variables diera 14 se realizaría un cálculo proporcional. O sea:

Si 26 puntos son 24 meses, 14 puntos son 12,9 meses que se sumarían al tramo inferior.

O sea (3 años por 12 meses = 36 meses) + 12,9 = 48,9 meses.

(debemos poner de manifiesto que la Ley Concursal habla sólo en términos de años con lo que es posible que los Tribunales no acepten inhabilitaciones por meses y días dado que lo pueden asimilar a ejercicios económicos, en cuyo caso en el ejemplo la inhabilitación sería de 4 años)

Con este sistema habríamos calculado la inhabilitación. Pero en nuestro modelo se aplica un procedimiento que correlaciona el daño con la inhabilitación y que veremos a continuación. Ello quiere decir que en el primer cálculo aún no hay base suficiente para determinar la inhabilitación definitiva a proponer al juez.

Determinación de la RC

Para cada tipo de incumplimiento (Grupos del I al VI) deben aplicarse distintos métodos:

–**Subgrupo I.**- Demostrar el incremento de pasivo generado desde el incumplimiento (contabilidad falsa, irregularidades con las CCAA, etc.). El incremento del pasivo debe ser ponderado con el posible incremento o decremento de ventas desde que se produce el ilícito o el producido en los dos últimos años.

–**Subgrupo II.**- Las actuaciones que interfieren en el procedimiento concursal deben analizarse a la luz de su relación con posibles actuaciones fraudulentas del grupo anterior. La falta de colaboración no afecta a los acreedores salvo por el incremento de créditos contra la masa que esa desidia pueda provocar. En ese caso debe condenarse a pagar esos CCM,s.

–**Subgrupo III.**- Los incumplimientos de acuerdos de resolución de la insolvencia imputables al deudor (incumplimiento del convenio o apertura de oficio de la liquidación) permite solicitar por RC el importe del pasivo no convenido.

–**Subgrupo IV.**- Ilícitos penales (apropiación indebida y/o engaño). Permite solicitar la totalidad del pasivo no recuperado por los acreedores.

–**Subgrupo V.**- Todas las actuaciones de agravación de la insolvencia (solicitar tarde el concurso, las irregularidades relacionadas con las CCAA, etc.) deben demostrarse mediante relación de causalidad. Las distintas variables de este grupo ya han sido comentadas por analogía en los grupos anteriores. No asistir a la junta de acreedores o negarse a capitalizar los créditos refinanciados permite aplicar una RC correspondiente a lo no convenido o a lo no capitalizado.

–**Subgrupo VI.**- otras causas de incumplimiento grave como la no colaboración pueden implicar el incremento de los CCM,s que debería pagar el deudor.

Tenemos que comentar que es una tarea muy ardua para la administración concursal determinar de forma objetiva la relación de causalidad entre la acción y el daño. Así como en la inhabilitación la aplicación del modelo de cálculo es más fácil, dado que determinar si se ha dado o no se ha dado alguno de los comportamientos es fácil de objetivar, en el cálculo de la RC en algunos casos es prácticamente imposible.

- Por ejemplo, la variable “ir tarde a concurso” no es un hecho punible per se.
 - Debe demostrarse el daño realizado a los acreedores por esa actuación tardía.
 - Hemos visto muchos casos en que ir tarde ha sido beneficioso para los acreedores pues no se ha incrementado el pasivo impagado en ese período y se ha permitido reducir los efectos negativos para clientes y trabajadores.
- Demostrar que el incumplimiento del convenio es imputable al deudor es otra obra titánica de análisis que probablemente chocaría con las interpretaciones de los Tribunales.
- Que la falta de colaboración del deudor permita demostrar que el concurso ha entrado en pérdidas que han incrementado los CCM,s cuando el concurso es de liquidación y aún no se haya sustituido al deudor por la administración concursal o habiéndolo hecho que se pueda objetivar en ese momento tal circunstancia también nos parece labor casi imposible.

Y así podríamos ir desgranando el análisis de las distintas acciones del deudor y podríamos ir comprobando la dificultad de objetivar el daño.

Cálculo de la ponderación por RC

Al resultado obtenido por el cálculo de la inhabilitación le deberíamos aplicar una ponderación por el daño causado.

–La ponderación la establecemos mediante la pendiente de la recta obtenida en unas coordenadas cuyas abcisas contienen una escala de 2 a 15 años y las ordenadas con una RC de 0 al 100%. El cálculo de la pendiente de la recta que se establece entre los puntos A (que equivale a la intersección entre 2 años de inhabilitación y el correspondiente % en RC que es el 13,3%) y el punto B (que corresponde a 15 años y el 100% de RC) resulta un coeficiente de 6,7. O sea que por cada 6,7% de incremento de RC le corresponde 1 año de inhabilitación. Así:

Para una RC del 15%, la ponderación sería de 2,3 años (27,6 meses)

Para una RC del 50% la ponderación sería de 7,5 años. (90 meses)

Para una RC del 75% la ponderación sería de 11,3 años (135,6 meses)

Para una RC del 100% la ponderación sería de 15 años. (180 meses)

Cálculo final de la inhabilitación:

El resultado que proponemos correspondería a la media entre la inhabilitación obtenida en el análisis de las variables de los Grupos y la obtenida con la ponderación de la RC. La media se propone porque las sentencias del TS, ya vistas al inicio de la exposición, correlacionan el ilícito con el daño causado.

Así el cálculo siguiendo el ejemplo anterior sería:

–(Años de inhabilitación + años de ponderación por RC) / 2

Ejemplo: empresa Tramo II

inhabilitación en meses : 39,8

% pasivo por RC: 15% = 2,3 años de ponderación = 27,6 meses

Cálculo: $(39,8 + 27,6) / 2 = 33,4$ meses

–En este caso la ponderación reduciría los años de inhabilitación obtenidos en primera instancia debido a que el daño ocasionado ha sido bajo.

–Si el % de RC hubiera sido del 75% entonces el resultado hubiera sido de $(39,8 + 135,6) / 2 = 87,7$ meses o sea muy superior al cálculo inicial debido al daño causado

Conclusión

Teniendo en cuenta que la actividad empresarial funciona con riesgo de incumplimiento contractual se han desarrollado sistemas para acotar dicho riesgo. Los sistemas son de dos tipos:

- a) públicos que son desarrollados por los Estados para proteger a los que intervienen en los contratos mediante todo el sistema normativo y
- b) privados que son los que cada parte busca como protección de sus intereses.

La Ley Concursal en su sección de calificación tiene en cuenta sólo los hechos punibles relacionado con el incumplimiento de las condiciones que permiten teóricamente proteger los intereses de las partes contratantes; pero no tiene en cuenta todas las acciones que los acreedores han adoptado para acotar su riesgo operacional. La experiencia demuestra que pocos acreedores tienen confianza en las CCAA u otros mecanismos de información pública para tomar la decisión de contratar con el deudor. Y, sobretodo, en las pymes se arman de otros medios de protección. Desde cobrar por anticipado hasta asegurar el riesgo con entidades de seguros; toda una casuística basada en la desconfianza del cumplimiento contractual y en la dificultad de hacer cumplir los contratos por la vía judicial dado su coste y lentitud. Y en el caso de las entidades financieras tienen mecanismos sobrados para acotar su riesgo crediticio ya sea con la entidad jurídica del deudor y/o con sus garantías personales.

Por tanto, determinar la Responsabilidad Concursal además de ser una actividad normalmente estéril, dada la dificultad de objetivar la relación de causalidad, también se nos adivina innecesaria, en más del 90% de las empresas, dadas las opciones de control del riesgo que tienen los acreedores.

Nosotros abogamos por aplicar exclusivamente la inhabilitación y proponemos una reforma de la LC que modifique los criterios, sino su supresión, del artículo 165.

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN