



CAMPUS PÚBLICO
MARÍA ZAMBRANO
SEGOVIA
GRADO EN RELACIONES LABORALES
Y RECURSOS HUMANOS



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO FIN DE GRADO

“El procedimiento concursal: la fase de calificación del caso PROINSERGA SA”

Presentado por Silvia García Rodríguez

Tutorizado por José Luis Pozo Martínez

Segovia, a 20 de junio de 2017

UVa

SE-
GO-
VIA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: “De la concursada: Proinserga SA”

1. Historia de la concursada.....pág.5
2. La situación de insolvencia.....pág.5

CAPÍTULO II: “De la calificación del concurso de Proinserga SA”

1. Marco jurídico del concurso: principios, presupuestos y fases del concurso....pág.10
2. La calificación de concurso.....pág.12
 - 2.1 Caracteres de la calificación.....pág.12
 - 2.2 La tramitación de la sección de calificación.....pág.14
 - 2.3 El informe de la administración concursal.....pág.15
 - 2.4 La sentencia de calificación.....pág.21
3. La calificación de Proinserga SA.....pág.24

CAPÍTULO III: “De la posición final de los acreedores y conclusiones”

1. La posición final de los acreedores.....pág.28
2. Conclusiones.....pág.30

BIBLIOGRAFÍA.....pág.31

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....pág.31

ENTREVISTAS.....pág.32

COLABORADORES Y AGRADECIMIENTOS.....pág. 32

ANEXO I: SENTENCIA CALIFICACIÓN PROINSERGA Y SOCIEDADES FILIALES

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado (en adelante, TFG) tiene como objeto el análisis de la fase de calificación en el concurso de la empresa Proinserga SA.

La elección del tema de este TFG se basa en que es un caso que afecta sustancialmente al tejido industrial de la provincia de Segovia, puesto que Proinserga S.A supuso una de las empresas más grandes de la provincia, y por tanto una de las empresas que más puestos de trabajo mantenía. La liquidación de la misma tiene por tanto un gran impacto social, muchas familias tenían a Proinserga SA cómo fuente principal de ingresos. Además cuento con una un alto nivel de vocación hacia el Derecho Concursal, y considero que es un tema “virgen” y único ya que estamos tratando uno de los concursos más longevos de España, lo que le da cierto toque diferenciador respecto de otros trabajos.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* (en adelante, Ley Concursal) se crea como mecanismo para la salvación de empresas en situación de insolvencia. Esta Ley, promulgada en 2003, pero cuya entrada en vigor se demora hasta septiembre de 2004, como consecuencia de su complejidad, ha sufrido diversas reformas desde su creación, ello como consecuencia de la profunda crisis económica sufrida y la necesidad de adecuación de la normativa concursal a la misma.

El procedimiento de concurso analiza todo lo relacionado con la empresa, de tal forma que los efectos de su declaración, justificada en torno a la insolvencia, se extienden tanto al ámbito patrimonial como al personal (arts. 40 y ss LC).

El objetivo de la Ley, no es otro que la “*satisfacción de los intereses de los acreedores*” (véase la Exposición de Motivos de la Ley Concursal) bajo criterios de igualdad de trato de los mismos (*principio de par conditio creditorum*). En su pretensión de dar respuesta a esos intereses de los acreedores del concursado, el proceso puede derivar en una solución convencional (fase de convenio) o en una solución liquidatoria (fase de liquidación), destacándose en ambas la necesidad de ajustarse a unos parámetros legalmente establecidos en lo que respecta al pago de créditos, tanto en el caso de continuación de la actividad empresarial, como en el de liquidación.

Señalar que dentro del proceso concursal, el legislador va a detenerse en una cuestión fundamental relacionada con la posible responsabilidad del concursado respecto a la situación de insolvencia en la que ha incurrido: la pieza de calificación del concurso (arts. 163 y ss. LC). Recogida en la Sección 6ª del proceso tiene como objeto analizar, siempre que concurran los requisitos legales establecidos, la responsabilidad o no del concursado en la generación o agravamiento de la insolvencia, dando lugar a dos tipos de calificación, la fortuita y la culpable (art. 164 LC).

Será este momento procesal concreto, el de la calificación, el objeto de análisis del presente TFG, tal y como se indicó anteriormente. Y ello al amparo del caso particular de la mercantil Proinserga SA, pretendiendo poner en valor la actuación de todas y cada una de las partes desde una perspectiva crítica e incluso desde otra posible dimensión, analizando lo que fue y “lo que pudo ser” de haberse interpretado la ley, los hechos y la documentación aportada de otra forma.

CAPÍTULO I:

“De la concursada”

1. HISTORIA DE LA CONCURSADA

La historia de Proinserga SA tiene origen en la segunda mitad de la década de los sesenta; el proyecto fue impulsado por Don Fernando Abril Matorrell, ingeniero agrónomo destinado en Segovia por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (Iryda). Años más tarde terminó siendo vicepresidente económico del primer gobierno democrático de España.

El instrumento a través del cual se materializa el proyecto de Proinserga SA, es el plan Pirón. Un plan estratégico consistente en la creación, en régimen de semicooperativas, de granjas de porcino, para ofrecer a los agricultores la posibilidad de complementar sus debilitadas e insuficientes rentas, ya que a su actividad inicial se le sumaba la venta de cereal a las granjas. El plan tuvo un éxito notable, y pasó de ser un complemento a la renta, a ser la principal fuente de ingresos. Años después, en 1968 nace con veintidós socios y un capital social de cinco millones y medio de pesetas (unos 33.055,64 euros) el *Grupo Sindical de Colonización nº10.601 Proinserga*, (Promoción e Integración de Servicios Ganaderos), con el fin de cubrir las necesidades de alimentación, veterinaria y genética de los ganaderos.

A partir de este momento la actividad de Proinserga SA empieza a dispararse, y se genera una etapa de éxito y crecimiento sostenido, acompañado de un lógico aumento de los socios y de las granjas así como de la producción. Este crecimiento, atrae no solo a pequeños ganaderos de la zona rural que quieren formar parte de Proinserga SA, sino a inversores ajenos a la actividad, que ven una oportunidad de obtención de ganancias ante los márgenes de beneficio de la mercantil. (Ganadería el Cigüeñal, comunicación personal 7 de Mayo 2017)

Esta etapa de éxito empieza a frenarse ante las dificultades del mercado porcino, en especial en lo relativo al excedente de carne tanto a nivel nacional como europeo, lo que provoca una alteración de los precios, que hace que pérdidas y ganancias se alternen.

Ante estos hechos el grupo evidencia la necesidad de profesionalizar la gestión de la actividad, hasta ahora en manos de los socios y que se había complejizado enormemente como consecuencia de ese disparado crecimiento. Es por ello, que en 1996 aparece en el terreno de juego, Don Gustavo Martín de Bustamante bajo el cargo de director general. El nuevo director establece una política de disección y especialización de la actividad. Se centra en la creación de secciones dentro de la empresa, cada una de las cuales especializada en las distintas actividades que realiza el grupo empresarial. Así nace S.A.T Incopor, dedicada a la comercialización de animales. Posteriormente se suman nuevos inversores, como Digesnor S.A, dedicada a la eliminación de cadáveres de animales; Arc Profed S.A dedicada a la elaboración de piensos para primeras edades; y PigChamp Pro-Europa S.A , dedicada a la investigación y desarrollo del sector; y también Castileón 2000 S.A, que es una macroexplotación de reproductoras en ciclo cerrado. También nace por este motivo, Proinserga Inversiones S.A, con dos secciones: ganadera y cárnica. (3tres3, 2007); (Administración Concursal, 2007)

Con esto se llega al pico más alto de la explotación mercantil de la sociedad, antes de entrar en insolvencia.

2. SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

La situación de insolvencia no solo tiene origen en esa política de profesionalización y disección de la actividad, también es causa el proceso de verticalización, que propone la organización. Esto es, la integración de todas las actividades, desde la fabricación de pienso para los animales, hasta la elaboración de productos porcinos. Siendo la causa de creación de las filiales descritas en el punto anterior.

El proceso de verticalización sería el siguiente:

En primer lugar tenemos a Proinserga S.A (sociedad matriz), posteriormente se crea Incoporc SAT, de la cual el 5.65% pertenece a Proinserga S.A, y el resto pertenece de manera personal, a los mismos socios de Proinserga S.A. La unión de ambas, tiene como resultado el nacimiento de Proinserga Inversiones S.A. Todo ello supone la creación de empresas nuevas a partir de las originales, cuya titularidad sigue siendo la misma, que en las primeras.

En segundo lugar, en el año 2003, Proinserga Inversiones S.A adquiere Castileon 2000 S.A; por una cifra aproximada de tres millones de euros. Cabe destacar, que la entidad adquirida ostenta una deuda de un millón de euros.

En febrero de 2004, se constituye el Consorcio Ganadero, del cual el 56,84% de las participaciones pertenece a Proinserga Inversiones S.A.

En marzo de 2004, tiene lugar el hecho más relevante en cuanto a la situación de insolvencia se refiere, la adquisición de Primayor Food S.L, una red de ocho mataderos pertenecientes a Campofrío Food Group S.A. Esta operación es la más importante, debido a que se adquieren ocho mataderos que resultan ser obsoletos. Cabe preguntarse en este momento, el porqué de esta compra; puesto que es en esta fecha, marzo de 2004, cuando tiene lugar una crisis del mercado porcino que hace que se queden retenidos 75.000 animales. Esto genera la siguiente problemática: o vendes a bajo precio y pierdes tanto beneficios como inversión. O retienes a los animales, lo cual provoca que estos, se excedan en peso y tenga lugar una penalización, que igualmente se lleva por delante tanto inversión como beneficios. Y es por esto, por lo que se compran los ocho mataderos, para dar salida a esos 75.000 animales retenidos. Esto debería de haber bastado como solución puntual al problema, pero no fue así, ya que esos ocho mataderos no contaban con los recursos necesarios para dar salida a los animales, y los pocos recursos con los que contaban, resultaban ser obsoletos, provocando su uso, un gasto mayor que el precio del animal en el mercado. Por lo que finalmente hay que llevar a los animales a un matadero a Burgos cuyo titular ES Campofrío Food Group S.A.

Otro hecho relevante en esta operación, es el cómo se adquieren los ocho mataderos. Campofrío Food Group S.A tenía la condición de cliente de Proinserga SA, y por tanto está última proporcionaba animales a la primera. En un determinado momento, Campofrío Food Group S.A aumenta su demanda, por lo que se le proporciona más producto del que habitualmente venía consumiendo. Esto sería algo totalmente positivo, sino fuera porque las entregas de animales no eran liquidadas, es decir, Campofrío Food Group S.A no pagaba los animales a Proinserga SA, así hasta acumular una deuda de entorno a los seis millones de euros. Y es cuando, Campofrío Food Group S.A decide proponer a Proinserga SA la compensación de su deuda con los ocho mataderos. Pero ello no bastaba para compensar la deuda, sino que Proinserga SA tenía que abonar más capital para adquirir los mataderos. Es decir, Proinserga SA para saldar el crédito a su favor frente a Campofrío debía pagar una cantidad a mayores, para la adquisición de los citados 8 mataderos. Y así lo hizo.

Casualmente a las operaciones anteriormente descritas, se suma la situación del mercado del cereal (alimento de los animales). El precio del cereal se encuentra por encima del de la carne. El problema radica en que el sector agrícola depende de la industria alimentaria (pienso compuesto) y del sector ganadero. Estos tres sectores dependen los unos de los otros, si uno falla, los otros dos también.

En septiembre de 2004, Proinserga SA Inversiones vende Primayor Fodd S.L. (la red de los ocho mataderos) al Consorcio Ganadero S.L. Este hecho parece poco coherente, ya que lo lógico es haber vendido esos activos a un tercero, con el fin de obtener liquidez. Sin embargo, incomprensiblemente la venta se produce entre socios del mismo grupo, por lo que en definitiva se venden así mismos un activo con muy poco valor, que en términos contables podría considerarse incluso, un activo tóxico.

En 2006, ante la situación del estancamiento de los animales, se decide construir un matadero propio en Villacastín, y reducir los costes de sacrificio impuestos en el matadero de Burgos. A ello, hay que añadir un “boicot” a Primayor Food S.L, por el que los ganaderos dejan de suministrar animales, y abandonan el Consorcio Ganadero S.L. La ausencia de animales supone la inexistencia de sacrificios, lo que conlleva la ausencia de producto e irremediablemente la venta de ese producto y en consecuencia la de recursos económicos. Primayor Fodd S.L paga a S.A.T Incoporc, esta no paga a los ganaderos, estos no pagan a Proinserga S.A, y esta no paga a los proveedores cerealistas. Es decir, que se genera una cadena de impagos entre las filiales del grupo, que provocan una situación de colapso. (Trabajador Transproin S.A.U R.L.N, comunicación personal 7 de Mayo de 2017).

En 2007, tiene lugar otra operación de calado, la adquisición del 40% de Alresa SA, con el fin de atraer nuevos accionistas y con ello adquirir circulante. Pero estas actuaciones resultan indiferentes, y como consecuencia de ello se deja de construir el matadero de Villacastín, el cual tenía por objetivo evitar tener que llevar a sacrificar a los animales al matadero de Burgos, cuyo titular es Campofrío Food Group S.A suponiendo ello, en el caso de haberse llevado a cabo, un importante ahorro de costes.

Entre tanto, se sigue buscando capital, y se cierran y se pretende la venta de varios mataderos de Primayor Food S.L, sin éxito. En este punto se acumulan sesenta millones de deuda y tiene lugar el primer concurso el de Primayor Food S.L.

Posteriormente, y ante la inminente caída del resto de filiales, se busca a la desesperada capital que frene este proceso. Ello lleva a la solicitud de un aumento de capital a los socios (veinte millones de euros en nuevas aportaciones). La Junta de Castilla y León pone a disposición del grupo, catorce millones de euros; José Luis Aregui (Iberdrola) pone otros catorce millones. Entra en juego otro tercer inversor, Manuel Escribano, el cual establece unas condiciones difíciles de digerir para el grupo, tales como pertenecer a la dirección y después de varios intentos de negociación, Escribano no solo decide no realizar ninguna aportación, sino que provoca que Aregui retire la suya. (Descalzo, F 2013)

Finalmente, Proinserga SA se hace con cuarenta millones de euros de circulante, los cuales resultan insuficientes ante los doscientos treinta millones de euros de deuda, que se han ido generando a lo largo de sus operaciones. Y provoca el concurso de las siguientes entidades:

- S.A.T Incoporc con veintiocho millones de euros de deuda.
- Proinserga S.A (sociedad matriz) con treinta millones de euros de deuda.
- Proinserga Inversiones S.A con sesenta millones de euros de deuda.

Ante la situación del grupo, tienen lugar una serie de actuaciones cuyo fin va dirigido a paliar los efectos de su precaria situación financiera:

- Solicitud de más ayuda a las administraciones públicas
- Cierre de una planta de pienso y reducción de la actividad de otra.
- Vacaciones forzosas a más del 50% de la plantilla.
- Provisión de trescientos mil euros para la suspensión temporal de trabajadores.
- Creación de una agrupación de ganaderos en forma de sociedad limitada, a fin de ganar poder de negociación ante un futuro convenio concursal, y reactivar el grupo. Esta idea no tiene éxito, ya que buena parte de los acreedores del concurso son también deudores.
- Realización de un ERE, con 121 despidos de Primayor Food S.L, y con 44 en Proinserga S.A. Además de 21 suspensiones temporales de contratos y reducción de salarios del 25%.

Esta sucesión de acontecimientos aboca al concurso definitivo del todo el grupo empresarial, como solución más eficaz para la correcta gestión de su activo y pasivo. (3tres3, 2007); (Administración Concursal, 2007)

CAPÍTULO II:

“De la calificación del concurso de Proinserga SA”

1. MARCO JURÍDICO DEL CONCURSO: PRINCIPIOS, PRESUPUESTOS Y FASES DEL CONCURSO

Como se indicó anteriormente, el objeto del presente TFG es el análisis de la fase de calificación del proceso concursal de la empresa Proinserga SA. Es decir, el estudio de una pieza procesal concreta enmarcada en un procedimiento de ejecución colectiva como es el procedimiento concursal. Es por ello, que llegados a este punto y descritos los hechos de la empresa concursada, de forma breve y concisa resulte necesario una explicación del encuadre jurídico-procesal del tema: el proceso concursal y la pieza de calificación del concurso.

El proceso concursal, iniciado a partir de la declaración de concurso de un deudor en situación de insolvencia, tiene su norma básica en la ya citada Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Una Ley que soluciona los enormes problemas existentes hasta la fecha respecto a las hasta entonces denominadas quiebras y suspensiones de pagos. Tal y como se afirma en su Exposición de Motivos, la Ley nace a causa de un vacío normativo y a la necesidad de una reforma en materia concursal. La normativa existente hasta la fecha resultaba arcaica, dispersa e inadecuada a la realidad social y económica actual, lo que daba lugar a soluciones poco eficaces e injustas en la mayoría de las veces¹.

En su finalidad de acabar con las deficiencias de la normativa existente hasta la fecha, la Ley Concursal de 2003 viene sustentada en tres principios básicos, que definen, identifican y dan sentido al concurso (véase el apartado I de la Exposición de Motivo de la LC):

- Principio de unidad legal. Supone la inclusión en un solo texto legislativo de todos los aspectos sustantivos y procesales de la normativa concursal.
- Principio de unidad de disciplina. Implica que la normativa concursal es aplicable indistintamente tanto a deudores empresarios como a deudores no empresarios.
- Principio de unidad de sistema o procedimiento. El proceso concursal se caracteriza por ser único, en la medida en que tiene una única entrada y dos posibles salidas: la conservativa (convenio) y la liquidatoria (liquidación).

El legislador aplica estos tres principios dentro del proceso concursal y lo hace teniendo en cuenta siempre el principal objetivo del concurso, la “*satisfacción de los intereses de los acreedores*”, a los que añade otros que completan al principal: conservación de los bienes y derechos de la masa activa; continuación de la actividad empresarial del deudor y conservación de la empresa.

El proceso de concurso resulta ser un procedimiento de ejecución colectiva que ordena conforme a unos criterios la persona y el patrimonio de un deudor concursado. Todas las actuaciones se enmarcan dentro de un ámbito procesal en el que se desarrollan tanto los aspectos materiales como los formales. La declaración de concurso supone el punto de partida del inicio del proceso y ello conforme a tres presupuestos básicos:

¹ Si bien es cierto que la Ley Concursal supone la reforma definitiva de la normativa en materia de insolvencia o crisis empresariales desde la norma más moderna, que data de 1922- Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos-. No es menos cierto, que hasta este momento los intentos de reforma del ámbito concursal fueron varios, no llegando ninguno de ellos a buen puerto. A saber, Anteproyecto de Código de Comercio, elaborado por la Comisión General de Codificación, en virtud de la Real Orden de 10 de junio de 1926; Anteproyecto de Ley Concursal de 1959; Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983; Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995; Anteproyecto de Ley Concursal de mayo de 2000.

- Presupuesto subjetivo. La nueva normativa sobre insolvencia resulta aplicable a todo tipo de deudores, tanto persona física como jurídica, con independencia de cualquier condicionamiento en torno a sus cualidades personales o de otra clase (art. 1 LC)².
- Presupuesto objetivo. La declaración de concurso se basa en la situación de insolvencia del deudor (art. 2 LC)³.
- Presupuesto objetivo. La declaración de concurso se produce como consecuencia de una resolución judicial, auto declaratorio de concurso, emitida a instancia de parte (bien el propio deudor concursado, bien sus acreedores o el mediador concursal, en los casos expresamente establecidos para este último)⁴.

Declarado el concurso, el proceso se reparte en diferentes secciones, en cada una de las cuales se analizan diferentes efectos de la declaración:

- Sección primera (arts. 21-24 LC): declaración del concurso y medidas cautelares.
- Sección segunda (arts:26-31 LC): nombramiento de los administradores concursales
- Sección tercera (arts. 76-83 LC): masa activa del concurso. Esto es, el conjunto de bienes y derechos del concursado, a excepción de los legalmente inembargables. También tiene lugar el estudio de acciones de reintegración, es decir, aquellas encaminadas a devolver al patrimonio del deudor los bienes que salieron indebidamente del mismo.
- Sección cuarta (arts. 83-93 LC): estudio de la masa pasiva del concurso. En este punto cabe señalar la existencia de dos grandes categorías de créditos:
 - o Créditos contra la masa: que son los que se generan tras la declaración de concurso, con los límites establecidos por la propia Ley Concursal (art. 84 LC).
 - o Créditos concursales: son deudas y obligaciones originales existentes contra el deudor (los que causan la situación de insolvencia). Se clasifican según su orden de preferencia en el procedimiento:
 - Créditos con privilegio especial: los garantizados por hipoteca, prenda, arrendamiento financiero...
 - Créditos con privilegio general: salarios, Seguridad Social, impuestos...
 - Créditos ordinarios: son los que la Ley no califica ni como privilegiados ni como subordinados.
 - Créditos subordinados: son los últimos en satisfacerse; comunicados con tardía por el acreedor, multas, sanciones y los de aquellas personas cercanas al deudor (por ejemplo las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada).

² Art. 1 LC: “La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica”.

³ Art. 2 LC: “La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”.

⁴ Arts. 3, 4, 5 6 y 7 LC: Legitimación. “Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley”; De la intervención del Ministerio Fiscal. “Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil...”; Deber de solicitar la declaración de concurso. “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”; Solicitud del deudor. “En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente”; Solicitud del acreedor y de los demás legitimados. “El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo”.

- Sección quinta (arts. 95-97 LC): informe de la administración concursal sobre las causas del concurso y su posible solución a través de dos vías.
 - o Convenio: tiene como objetivo la viabilidad económica y la satisfacción de los acreedores. Se puede proponer una quita no superior al 50% de los créditos ordinarios a pagar en no más de cinco años. Y debe ir acompañado de un plan de viabilidad.
 - o Liquidación: supone la venta de los activos de la concursada y su reparto entre los acreedores. Cabe destacar en este punto, que tras la liquidación de cualquier sociedad se dispone a su disolución.

- Sección sexta (arts. 167-175 LC): calificación del concurso, en la que se determina la responsabilidad o no del deudor en la situación de insolvencia que ha dado lugar a la declaración de concurso.

véase a modo de resumen JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Madrid. 2016); BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (Madrid. 2016), SÁNCHEZ CALERO, F. (Navarra 2016)

2. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La calificación del concurso es la parte del procedimiento dirigida a establecer el grado de culpabilidad del deudor o sus representantes en la insolvencia. En base a esto, el concurso puede ser calificado como culpable o fortuito (Art. 163 LC) (ALCOVER GARAU, G. Madrid, 2003 y GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J. A. Navarra, 2004).

Si se califica cómo fortuito, no se genera sobre el deudor ninguna consecuencia jurídica desfavorable. En el caso de resultar culpable, el juez debe pronunciarse, y aplicar una serie de medidas (severas y de diverso alcance) contra el deudor o sus representantes.

2.1 CARACTERES DE LA FASE DE CALIFICACIÓN

Son parte (sin necesidad de comparecencia), el deudor, la administración concursal y el ministerio fiscal. Además pueden unirse aquellas partes que acrediten un interés legítimo.

Su inicio se produce a partir de una resolución judicial con arreglo a los requisitos establecidos por ley.

La apertura de la fase de calificación viene determinada por la resolución judicial que determina la solución del concurso. Es decir, por el pronunciamiento del juez ante la aplicación-aprobación del convenio o plan de liquidación. Cabe señalar que, la apertura de esta fase no tiene lugar en todos los casos. La LC establece que esta fase no es necesaria, cuando en un convenio se establezca para todos los acreedores o para los de una clase una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera de 3 años. Esta regla se establece con la intención de poner de manifiesto la prioridad que la LC da a la consecución de un acuerdo, ante delimitar la responsabilidad del deudor, y la evasión de acuerdos que no satisfacen a los acreedores. Además se facilita la continuidad de la actividad empresarial y conservación (por tanto) del empleo.

A priori esta norma parece establecida correctamente con unos objetivos que pretenden favorecer la posición de los acreedores (que quedarían más satisfechos), del deudor (que puede eludir todo tipo de responsabilidad, si la hubiera) y la agilización del procedimiento (MACHADO PLAZAS, J. Madrid, 2006).

Con la decisión de someter o no todos los concursos a fase de calificación, se puede estar más o menos conforme, pero es indudable porque así viene establecido claramente en al LC. No ocurre

lo mismo con los límites que regulan los concursos con o sin fase de calificación, ya que se plantean algunas dudas imputables a la redacción del art. 167.1 LC:

- No sabemos a que se refiere el Art. 167.1 LC. Cuando menciona “*los acreedores de una o varias clases*”; esas clases pueden referirse de un lado, a distintos acreedores en base al tipo de créditos que ostenten de cara al proceso (privilegiados, ordinarios o subordinados); por otro lado puede referirse a “*clases*” en base a los criterios que los convenios en cuanto a quita y espera. Estos criterios son más inexactos ya que hacen referencia a características más particular cómo si se trata de acreedores bancarios, si se trata de acreedores proveedores, cantidades de importe, origen del crédito, etc. Jurisprudencialmente se ha adoptado como correcta está última interpretación por entender estas “*clases*” como una referencia imprecisa justificada en la existencia de características particulares en cada acreedor, y en la existencia de distintos créditos que merecen un trato singular en relación a la quita y la espera.
- Por otro lado, resalta el cambio de criterio que se adopta con la Ley 38/2011, de 10 de Octubre, *de reforma de la Ley 22/2003 Concursal* (en adelante Ley 38/2011), de cara a la necesidad de apertura de esta fase. En la redacción originaria no se abría la fase de calificación de no ser que se diera plan de liquidación o el convenio estableciera una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años (para todos los acreedores o los de una clase). Con la reforma se invierte la forma de proceder, ya que solo se abrirá la fase de calificación si no existen motivos para no hacerlo; dejando de lado la liquidación, con la reforma se podrá evitar esta fase, cuando el convenio establezca una quita inferior a un tercio para todos los acreedores o los de una clase o una espera inferior a tres años. Con esto ya no tiene lugar el aseguramiento de la satisfacción de los acreedores sino la agilización del procedimiento. No es una cuestión procesal la que se establece sino sustantiva. Se establece un mecanismo que permite evitar la calificación, es momento de recordar que esta fase tiene como objetivo determinar si el deudor tiene responsabilidad sobre la insolvencia. Por tanto a partir de esta reforma, habrá calificación solo si el convenio establece una espera igual o superior a tres años o una quita igual o superior a un tercio del importe de sus créditos, y basta con que se establezca para uno de los acreedores o de los créditos, todo para evitar esta fase de calificación (NIETO DELGADO, C. Madrid, 2012)
- En tercer y último lugar, no se establece de forma clara el modo de proceder cuando el convenio recoge varias alternativas (Art. 102 LC). Atendiendo al criterio legislativo que se ha venido aplicando, se entiende que si una de las alternativas contiene alguna solución que se halla por debajo de lo establecido para la apertura de la fase de calificación se eludirá esta fase. Para ello es necesario acudir al texto de propuesta convenio para cerciorarse de que efectivamente haya algún acreedor que se adhiera a una alternativa que evite la calificación, según la norma. Desde este punto de vista, se entiende que la existencia de calificación queda sujeta a la voluntad de uno de los acreedores.

Otra característica que cabe analizar de esta fase es su reapertura; las soluciones del concurso que abren paso a la fase de calificación (convenio o liquidación) son excluyentes entre sí, pero pueden llegar a sucederse durante el procedimiento. Si la solución es la liquidación, en imperativo e irreversibles, es decir una vez tomada esta decisión no se puede volver a la opción de convenio. Si se opta por el convenio, y posteriormente se incumple o durante su vigencia se hace imposible atender a lo en él establecido se da paso a la liquidación. Por lo que cuando se aprueba un convenio gravoso (aquellos que se aprueban con espera mayores a tres años y quitas mayores a un tercio del importe de los créditos), pueden darse dos causas para abrir la sección de calificación; de un lado que una reapertura de la fase que coincidirá con la primera por razón de ese convenio gravoso, o por resolución judicial (sentencia de calificación o auto de archivo) se da fin a esta fase, y se reabre para liquidación. En este caso el art. 167.3 LC establece una

regla imperativa, así para la reapertura por liquidación se centrará en determinar si el concurso es o no culpable, atendiendo únicamente al estudio del grado de imputabilidad del deudor de cara al incumplimiento del convenio.

Ante esta reapertura, pueden darse dos casos que pueden llevar a una doble calificación de culpabilidad, que inducen a bastantes dudas de carácter procesal y sustantivo, debido en parte al silencio legislativo que tiene lugar al respecto. En este caso, la Ley ordena la formación de una pieza separada (en caso de que no se haya dictado resolución de cierre de fase de calificación). Ante esto, no se sabe si los acreedores por los nuevos compromisos podrán personarse como parte interesada legítima y manifestar las alegaciones que crean convenientes. Ni quedan definidas las consecuencias que tendría una segunda declaración de culpabilidad. Hay que tener en cuenta también que las personas afectadas por la calificación o sus cómplices no tienen por qué ser los mismos en ambos casos, ya que se trata de estudiar de nuevo la responsabilidad del deudor no solo en los hechos de la primera calificación sino de los que se han venido aconteciendo en el desarrollo del procedimiento; entran en juego hechos distintos aquellos y fuera del límite temporal de los primeros. En este punto se puede declarar cómo persona afectada por la calificación o cómplice al administrador concursal, que es quién ejerce acciones de supervisión y administración sobre el deudor durante la vigencia del convenio.

Otra característica de la apertura de la fase de calificación es que puede suponer un obstáculo a la conclusión del concurso (fase contigua del procedimiento), cuando los acreedores han quedado insatisfechos y no se compruebe o se prevea la sentencia de calificación no tendrá una incidencia económica favorable sobre la masa activa, de reparación de daños y perjuicios o de cobertura del déficit patrimonial del concursado. Hay que tener en cuenta, que en los casos que hay insuficiencia de masa (Art. 176 *bis* LC) por más que pueda adelantarse la conclusión del procedimiento, si no se prevé con tiempo suficiente que sí se abriera la fase de calificación el deudor no sería declarado culpable o si lo fuera, no podría tener lugar la satisfacción ni siquiera de los créditos por falta de recursos. Y no se podría dictar auto que pusiera fin al procedimiento. En los casos en los que tiene lugar una liquidación insatisfactoria, por insuficiente, para los acreedores, la conclusión se demorará hasta que se tramite por completo la fase de calificación. Lo mismo ocurre, aunque en la Ley no venga reconocido, cuando el fin del procedimiento concursal venga motivado por el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos en cuanto cabe entender que los titulares de los créditos contra la masa pueden oponerse al cierre del procedimiento si no se pagan, consignan o garanticen los créditos.

La última característica a señalar es, que la naturaleza de la esta fase es exclusivamente civil e independiente de responsabilidades consideradas delictivas. Hay delitos relacionados con las insolvencias, pero la calificación no puede ser presupuesto de ello ni vincula nada que pueda deducirse en el orden jurisdiccional penal.

2.2 LA TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

Formada la sección, se concede un plazo de diez días a contar desde la última resolución que da paso a la sección, dentro del mismo *“cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*.

Cabe en este punto analizar dos cuestiones:

Por un lado, la legitimación para ser parte en la sección, se atribuye con un criterio muy amplio basado en la presencia de un interés legítimo; el caso más habitual es el del acreedor concursal

que considere en base al desarrollo anterior del procedimiento que el concurso debe ser declarado *culpable* e intentar reponer masa activa, ya que esta ha sido debilitada por el deudor o sus representantes legales, y por tanto conseguir una mayor satisfacción de sus créditos. También nos podemos encontrar con aquellos titulares de créditos que ven peligrar la satisfacción de los mismos por insuficiencia de masa. Es el caso de los socios subsidiariamente responsables de las deudas e incluso de socios de capital de la concursada, por este hecho es muy común que durante el procedimiento o incluso previamente a la declaración del concurso tengan lugar cambios sustanciales en los órganos de administración y gestión de la sociedad. Por ello, aunque ni la concursada ni sus socios puedan pretender que las condenas derivadas de la *culpabilidad* incidan directamente sobre el patrimonio social, (más exactamente sobre la masa activa) pero sí que pueden conseguir la restitución de bienes y derechos a dicha masa y la pérdida de los condenados a cualquier derecho que tuvieran sobre ella; por ejemplo, cuando finaliza el procedimiento y atendidos todos los créditos, tiene lugar un remanente que es legítimo para la sociedad o de reparto entre socios en concepto de liquidación, no tendrían derecho sobre ese remanente. Se eliminaría también toda posibilidad de que los administradores culpables sigan o vuelvan a gestionar la sociedad.

La Ley permite la intervención de estos sujetos como susceptibles de culpabilidad para que realicen las declaraciones que estimen oportunas a acreditar o desacreditar su nivel de imputabilidad. Los términos tan superficiales que utiliza el legislador para este fin viene justificado en que estas alegaciones no se hacen en concepto de *demanda*, debido a que el desarrollo de la sección, las facultades de disposición sobre la misma, los términos en que queda limitada la *Litis* y en particular la resolución sobre si hay o no culpabilidad no depende de esas alegaciones, va a depender en su caso, de los escritos presentados por la administración concursal y el ministerio fiscal. No se estima necesario que esta fase siga el esquema propio de las demandas, ni que se finalice con un suplico, simplemente se prevén como apoyo para el Ministerio Fiscal y la administración concursal a la hora de que éstos concluyan, ya que finalmente los que decreten tendrá más peso que lo que el propio juez establezca, en el sentido de que la Ley prevé que si estos dos órganos coinciden en la no culpabilidad se archivan las actuaciones y no se permite siquiera, el recurso por parte de los interesados (art. 170 LC).

Las alegaciones pueden contener, aislada o conjuntamente una exposición de antecedentes de hecho que se considere deban tenerse en cuenta para la declaración de culpabilidad, una fundamentación jurídica que explique los motivos por los que debe condenarse a determinados sujetos o que los hechos que concurren son constitutivos de las presunciones establecidas en los arts. 164.2 o 165 LC.

Además las alegaciones deben de contener la indicación de la cuantía o los criterios para la determinación de los daños y perjuicios que se consideren causados por los sujetos que se persigue condenar, del grado de participación de cada uno en los hechos determinantes de la culpabilidad, a efectos de la cobertura del déficit y todo aquello que pueda incidir ante la declaración de la culpabilidad (en general véase a ROJO, A y CAMPUZANO A.B. Madrid, 2013)

2.3 EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Dentro de los quince días siguientes a la finalización del período de alegaciones de los interesados legítimos, la administración concursal tiene que presentar al juez un informe razonado y documentado. El contenido de ese informe viene regulado por el art. 169.1 LC, y se puede dividir en dos grandes bloques:

1. Indicación de “*los hechos relevantes para la calificación del concurso*”. No es necesario que sean hechos relevantes incluidos en los escritos presentados en alegaciones ni si quiera la administración concursal tiene porque añadirlos. Es la propia

administración concursal la que demostrará si hubo o no dolo o culpa grave en la detonación de la situación de insolvencia. Esto es así, porque se entiende que este órgano es el que más información tiene al respecto.

En todo caso la Ley establece una serie de presunciones de distinto tipo y que tiene diferente alcance, que facilita esta tarea:

- Presunciones *iuris et de iure*: son una serie de presunciones que no admiten prueba en contrario; es decir, que se entenderá como culpable en los casos en los que tenga lugar uno de los siguientes supuestos(Art. 164.2 LC):
 - i) Ausencia o irregularidad contable: el deudor está obligado legalmente a llevar una contabilidad de su ejercicio, si incumple esta obligación o llevara una contabilidad doble o comete alguna irregularidad sustancial que no permite una comprensión de su situación patrimonial o financiera, el concurso sería declarado culpable.
 - ii) Inexactitud documental y falsedad: si el deudor comete algún tipo de inexactitud grave en alguno de los documentos aportados para la solicitud de concurso o posteriores o estos fueran falsos, el concurso sería declarado culpable.
 - iii) Incumplimiento de convenio: si la fase de liquidación fuera acordada de oficio por incumplimiento de convenio, el concurso sería declarado culpable.
 - iv) Alzamiento de bienes: si el deudor alza el total o parte de sus bienes en perjuicio de los acreedores o realiza cualquier acto que obstaculiza la eficacia de un embargo para cualquier tipo de ejecución, el concurso sería declarado culpable.
 - v) Disposición fraudulenta de bienes: si en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso se hubieran extraído fraudulentamente parte o el total del patrimonio del deudor, el concurso sería declarado culpable.
 - vi) Simulación patrimonial: si antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiera realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia, el concurso sería declarado culpable.
 - Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad: son aquellas que admiten prueba en contrario, es decir que el concurso sería declarado como culpable en los siguientes casos siempre y cuando no se demuestre lo contrario (art. 165 LC)
 - i) Incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración del concurso: Este deber es recogido en el art. 5LC para los casos de *insolvencia actual*. Esto no solo hace referencia a la declaración como tal, sino que si el deudor realizara tal hecho fuera de fecha también se entiende el incumplimiento de este deber.
 - ii) Incumplimiento de los deberes de colaboración entrega de documentación y la no asistencia a la junta de acreedores: este supuesto es complementario al establecido en el art.164.2.2º, ya que este supuesto hace referencia a la colaboración genérica durante el desarrollo del procedimiento; esa colaboración es manifiesta en la entrega de documentación así como en la presencia del deudor en la Junta de Acreedores en su caso. La falta de colaboración salvo prueba en contrario decretaría el concurso cómo culpable.
 - iii) Incumplimientos formales de contabilidad: complementario al art. 164.2.1º LC; los hechos que aquí se recogen son los relativos al proceso de determinación y aplicación del resultado del ejercicio. Más concretamente a las actuaciones del órgano de gestión en cuanto a cuentas anuales, es decir el contenido más relevante para el concurso dentro del cómputo de la documentación contable: la no formulación de cuentas anuales, la no entrega de las mismas por los auditores, no inscribirlas en el Registro Mercantil. Por parte de los auditores, la no verificación de las mismas o en su caso la no aprobación por Junta General y la no aplicación del resultado.
2. El segundo bloque de contenido del informe debe ser la inclusión de *una propuesta de resolución*, en la que se declare el concurso como *fortuito* o *culpable*. Si propusiera la

calificación como culpable, el informe deberá de señalar una serie de indicaciones expresadas en el art. 169.1 LC:

- i) Identificación de las personas a las que deba afectar la calificación y de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa. Adelantando el contenido de la sentencia de calificación, el informe debe concretar el nombre de las personas que deberán asumir las consecuencias jurídicas de la culpabilidad del concurso. La Ley clasifica a estos sujetos en dos grupos, en base a su grado de participación sobre la causa o agravamiento de la situación de insolvencia: personas afectadas por la calificación y cómplices (ya sean personas físicas o jurídicas); nunca será persona afectada por la calificación, ni cómplice el deudor persona jurídica, sino sus representantes. El encuadre en una u otra categoría de estos sujetos debe ser justificado por la administración concursal en el informe.
La definición de personas afectadas por la calificación gira en torno a aquellas personas que de manera acreditada hayan participado sustancialmente en los hechos que generan o agravan la situación de insolvencia “*administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y quienes hubieran tenido cualquier de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso...*” (art. 166 LC) . Esta catalogación parece tener una sobrecarga de subjetividad, ya que en el caso de concursos con personas físicas la culpabilidad quedaría limitada al deudor y sus representantes legales (en su caso); por otro lado, puede suponer un agravio a este colectivo de concursos persona física, ya que deja fuera de juego a los apoderados voluntariamente designados y suscita dudas sobre la solución cuando el representante legal completa la falta de capacidad del deudor y no la sustituye por completo.
Los cómplices vienen definidos cómo (art. 164.1 LC “*con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable*”). En esta definición no queda claro si el grado de cooperación debe ser decisivo o no para ser considerado cómplice; lo que sí es seguro, es que deben ser personas que constituyan hechos determinantes de la culpabilidad. Por ello, se viene pensando fundamentadamente en personas próximas a la gestión del concursado o en terceros que han adoptado el papel de contraparte para permitir que personas afectadas por la calificación pudieran realizar los actos fraudulentos y perjudiciales para la masa activa que determinan la culpabilidad, es decir ser “el cebo” mientras las personas afectadas por la calificación detonan la situación de insolvencia. Puede llamar la atención que no se haga alusión a la colaboración de quienes hubieran sido administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y quienes hubieran tenido cualquier de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, ya que esto queda limitado a las personas afectadas por la calificación, parece eliminar la posibilidad de los definidos a jugar con el papel de cómplices.
- ii) La determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. No se concreta si esa determinación consiste en describir las consecuencias que han tenido lugar o si es una tasación de daños causados por esas consecuencias. En todo caso, y atendiendo el volumen de información que maneja la administración concursal, se debería de establecer una relación de hechos, personas que ejecutan cada hecho y daños causados en cada caso todo ello acompañado de las pruebas que así lo acrediten. La Ley no exige que el informe contenga una propuesta estricta para la calificación culpable del concurso, sino que basta con que se expongan una serie de indicios que ayuden a tomar una decisión fundada, al juez. Es por ello que este informe no puede compararse con una

demanda ya que ni da comienzo a la sección ni tiene porque pretender la culpabilidad. Es un simple juicio de órgano que se entiende como el más cualificado (por tener mayor conocimiento sobre el caso), sobre el expediente que puede finalizar (el informe), con una propuesta de calificación *culpable* o *fortuita*, sin llegar a ser esto determinante en esta sección, ya que si solo hay propuesta de calificación fortuita y el dictamen del Ministerio Fiscal coincide con ello solo el juez en este caso se ve forzado por Ley al archivo de las actuaciones; en cualquier otro caso que se de la decisión la toma el juez.

Llama la atención, en los casos en los que la propuesta del informe es para la culpabilidad, se requiera de la administración concursal que fije daños y perjuicios en su caso, y no se requiera que exprese si hay o no suficiencia patrimonial para satisfacer a todos los acreedores en caso de liquidación, cual debe ser la cuantía de cada uno de los responsables para cubrir el déficit, quiénes son los condenados y en que grado...aspectos que parecen quedar a la discrecionalidad del juez sin que tenga que contar a estos efectos con ayuda alguna, salvando el informe para la liquidación y las alegaciones y elementos probatorios presentados por los interesados legítimos.

En el caso de Proinserga S.A, el informe de la administración concursal (Antecedentes de hecho PRIMERO STJM, 27 de Marzo de 2013) propone la culpabilidad del concurso, en base a la concurrencia de varias presunciones de culpabilidad recogidas en la Ley, lo referente al primer bloque del contenido del informe de la administración concursal sería:

- i) estado de los libros y cuentas de la concursada: se aprueban las cuentas anuales de los ejercicios de 2004-2006; la administración cuenta con todas las auditorias menos con la de 2004.
- ii) en base al informe de la auditoria de 2005 se extrae una revalorización voluntaria de terrenos y construcciones por valor de seis millones cuatrocientos dieciséis mil euros; esto se contabiliza como ingreso extraordinario, por lo que no iría en armonía con los principios y normas generales de la contabilidad. Además en el cierre del ejercicio de este año 2005 los resultados son negativos, superando el pasivo al activo. Establece la administración concursal, que en este momento el saneamiento de las cuentas estaba en este momento de mano del accionariado y de terceros. En referencia al ejercicio de 2006 no se facilita información suficiente, pero se establece la existencia de fondos negativos a pesar de las revalorizaciones. En definitiva las pérdidas consecutivas de 2003-2006 se corrigen con revalorizaciones y con contabilización de crédito fiscal; a pesar de ello el saldo negativo se sigue acumulando siendo en 2003 de siete millones y medio de euros y en 2006 de once millones y medio de euros. Con ello la administración concursal establece como hechos acreditativos de culpabilidad: el deber de presentar el concurso en tiempo (art. 165LCon) y el deber de disolver la sociedad ante la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones; la existencia de salvedades en las cuentas del ejercicio de 2005 y de irregularidades en las de 2006 al no obtenerse una imagen fiel del patrimonio ni de la situación financiera de la concursada (art. 164.2 LC).

Siguiendo con el contenido del primer bloque del informe, la administración concursal establece cómo causas detonantes del concurso:

- La actuación en interés de socios y ganaderos en vez de en interés de los fines sociales y del grupo.
- El proceso de verticalización del sistema productivo sin adecuación a las necesidades del mercado y sin la toma de medidas necesarias para que tal proceso resulte eficiente a nivel productivo. Expone, que los excedentes empresariales se dedicaron a financiar actividades que eran “*interesantes*” para los ganaderos pero distaban mucho de los fines sociales.

- La determinación del precio de compra de los cerdos resulta ser inadecuado lo que provoca un sobrecoste en el transporte de los mismos y en el precio de la carne elaborada.
- El plan estratégico llevado a cabo en 2005 con la venta de cinco granjas; dicho plan resulta ruinoso puesto que el coste de prejubilaciones e indemnizaciones de la plantilla se lleva por delante la rentabilidad de la acción.

En referencia al contenido del segundo bloque del informe (art. 169.1 LC), la administración concursal del Proinserga S.A establece lo siguiente:

- i) La inacción de los administradores provoca agravamiento de la situación de insolvencia, por no presentar en tiempo (cuando se tuvo conocimiento de la situación de insolvencia actual o inminente art.5 LC) el concurso. Lo justifica en que es predecible el agravamiento de la situación de insolvencia en base a las cuentas negativas consecutivas de los ejercicios de 2003-2006, lo que pone de manifiesto la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones. Esto provoca que se pase directamente a fase de liquidación en el procedimiento por la imposibilidad de celebrar convenio.
- ii) Señala la administración concursal, el papel de terceros; por un lado señala el agravamiento de la situación de insolvencia de Campofrío, que radica en la venta de una red de mataderos “deficitaria” y en el establecimiento de una serie de condiciones comerciales abusivas para los años posteriores a la venta. Por otro lado señala la participación en la agravación de la situación de insolvencia a la Junta de Castilla y León, que a fin de evitar la alarma social en la comarca, anunció la concesión de ayudas dirigidas a mejorar la situación patrimonial de la concursada, las cuales llegaron tarde y resultaron insuficientes lo que a su vez provocó el retraso de la declaración del concurso. Determina que no cuenta la administración concursal con los recursos necesarios para declararlos cómplices o personas afectadas por la calificación.
- iii) Declara personas afectadas por la calificación a *Javier, Luis y Gustavo*, proponiendo una condena de dos años de inhabilitación, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran contra la masa activa en calidad de acreedores y a cubrir el 100% del déficit patrimonial derivado de la insuficiencia en liquidación

Una vez emitido el informe de la administración concursal y cerrado el expediente se traslada al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días prorrogables a otros diez. La justificación de tal dictamen, al que la Ley ni siquiera predispone la determinación de su contenido, resulta dudosa ya que como se ha dicho anteriormente si este dictamen coincide con la propuesta de la administración concursal el juez archa actuaciones y finaliza la sección, sin entrar en juego otras cuestiones tales como las alegaciones de los interesados legítimamente. Pero si se da otro caso (ya sea que coincidan en culpabilidad o que la administración concursal proponga culpabilidad y el Ministerio Fiscal dicte/proponga solución fortuita o viceversa), el curso de las actuaciones continúa dando audiencia al deudor y emplazando a todas las personas susceptibles de ser declaradas afectadas por la calificación o cómplices para que comparezcan en el plazo de cinco días (si no lo han hecho ya), y a la vista de la documentación acumulada en la sección aleguen lo que estimen necesario y “*cuanto convenga a su derecho*” (art. 168 LC). Esta alegación no consiste en una negociación ante los hechos que determinan la calificación o una negociación de las consecuencias jurídicas de la misma, sino una oposición (art. 171 LC) al contenido del informe de la administración y/o del dictamen del Ministerio Fiscal que lleva a la culpabilidad del concurso; es decir, los llamados como cómplices o personas afectadas por la calificación deben de rebatir lo que les señala como culpables, o reforzar lo que les exculpa (casos en los que se presupone la calificación fortuita). Esto se lleva a cabo a través de un incidente concursal, lo que lleva a pensar si esta parte del proceso debería de formularse como una demanda propiamente dicho, con inversión de las

posiciones de las partes y de la carga de la prueba de los hechos relevantes para la calificación del concurso.

Cuando se da paso al Ministerio Fiscal en el caso de Proinserga S.A, el resultado del dictamen que emite este organismo recoge la culpabilidad del concurso coincidiendo con lo expuesto por la administración hecho concursal (Antecedentes de hecho SEGUNDO STJM, 27 de Marzo de 2013)

Finalmente, en los casos en los que no hay “*oposición*” el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días y en los casos en los que si hay, dictará sentencia tras la tramitación del incidente concursal, declarando el concurso como fortuito o culpable.

En caso de Proinserga S.A tiene lugar la oposición de los afectados por la calificación del concurso concursal (Antecedentes de hecho TERCERO STJM, 27 de Marzo de 2013), donde alegan lo que estiman oportuno a fin de demostrar que no es fundada la declaración cómo culpable; en base esto, se declara lo siguiente:

- i) El agravamiento de la situación de insolvencia sentada en la compra de la red de mataderos terminó siendo un negocio ruinoso, pero a priori era percibido como inversión rentable y viable según la administración.
- ii) Las irregularidades alegadas por la administración concursal hace referencia a un punto de una auditoría de cuentas, no a la mayoría de puntos establecidos por el auditor en la memoria. Lo que pone de manifiesto que no es una irregularidad relevante y por tanto no puede poner en entre dicho la fidelidad patrimonial de la concursada.
- iii) No se puede tomar como hecho agravante de la situación de insolvencia, la revalorización de terrenos y construcciones, puesto que fue algo aceptado por la propia administración concursal. Además se alega al respecto, se llevó a cabo para aproximar el valor del mercado de esos activos. Finalmente con esto afirman, que no existió ocultación, disimulo o alteración de los fondos propios y por tanto ninguna irregularidad *relevante*.
- iv) En cuanto al deber de haber presentado el concurso con anterioridad, alegan que “*que no estuvieron cruzados de brazos*” ya que buscaron y en ocasiones encontraron capital circulante de varias entidades, de varios socios y de terceros; además buscaron incansablemente la incorporación de nuevos socios. En cuanto al deber de disolver la sociedad por mandato legal (art.363 Ley Sociedades Capital), queda justificado con lo anterior; si consiguen capital pueden hacer frente a sus obligaciones y el deber de disolver la sociedad desaparece.
- v) Contratan a expertos financieros para la puesta en marcha de un plan de viabilidad que les saque de la situación en la que se encuentran.
- vi) Justifican la disminución del pasivo del año 2005 a 2006, que justifica el no agravamiento de la situación de insolvencia. Se consigue, por todas las operaciones descritas disminuir el pasivo en dos millones de euros.
- vii) *Javier*, como persona afectada por la calificación de manera eventual, alega que no se le puede imputar culpabilidad debido a que ya no era administrador en el momento en el que se genera la insolvencia, por lo que las cuentas que fundan la insolvencia, no eran responsabilidad suya. Además alega ser despedido, en el momento inmediatamente posterior a aconsejar se presente el concurso. Pide al juez que estudie como alguien que aconseja la declaración del concurso, pueda ser declarado culpable.
- viii) *Luis*, pide que no se le aplique culpabilidad atendiendo al lugar que ocupaba en el organigrama, y se tenga en cuenta las funciones que venía prestando a la concursada cómo director de RR.HH, ya que esto pone de manifiesto la lejanía con el ámbito contable de la empresa. Además pide se tenga en cuenta su máxima colaboración con la administración concursal manifiesta en la liquidación de la plantilla.

- ix) *Gustavo*, por su parte alega la falta de documentación del informe de la administración concursal que acredite sus pretensiones, lo que tiene como resultado la falta de razonamiento de las mismas. Alega también que sus actuaciones quedan bajo su condición de empleado (como administrador de hecho no de derecho) de la concursada y que por tanto, esas actuaciones son supervisadas por la administración de la empresa. Además pide tener en cuenta su cese como tal, a fecha de 17 de noviembre de 2006, y que por tanto no son responsabilidad suya el resultado de las cuentas del ejercicio de ese año. En ese momento pasan a ocupar su lugar *Daniel* y *Andrés* y que por tanto (y en su caso) serían ellos los responsables, y por tanto son ellos los que deberían de haber sido personas afectadas por la calificación. Una vez que cesa de su cargo, pasa a formar parte de la administración de Proinserga Inversiones S.A del que es cesado y finiquitado por *Daniel*. Justifica en sus alegaciones la fidelidad de las cuentas del ejercicio de 2005 en base un préstamo recibido que permite hacer frente a las obligaciones de la concursada, en la contratación de expertos financieros y en la lógica de las revalorizaciones.

2.4 LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

En los arts. 172 y 172 *bis* LC, regulan el contenido de la sentencia de calificación del concurso, que será susceptible de apelación por todas las personas que hubieran sido parte en la sección.

En todo caso el juez deberá (como se ha señalado anteriormente) declarar el concurso como culpable o fortuito. En los casos en los que se declara como fortuito, se declara como tal sin más. En los casos contrarios (cuando se declara culpable), la Ley exige que el juez se pronuncie sobre la causa o causas en que se fundamenta la calificación. Por lo que para la calificación como culpable se prevén una serie de pronunciamientos, que son de diversa índole y que afectan a distintas esferas de las personas afectadas. Aun así, tienen un denominador común: el juez debe detenerse en cada uno de ellos y formar un esquema justificativo del fallo. Queda en entre dicho, si el juez debe de condenar también a los culpables o solo debe pronunciarse. (Romero C, 2014, págs 265-267)

En todo caso, los pronunciamientos que tienen que tener lugar en la sentencia de calificación culpable son:

1º) *Determinación de las personas afectadas por la calificación, así como en su caso la de las declaradas cómplices* (art. 172.2.1º LC) Es decir, el juez tiene que determinar a qué personas se les imputa la causa o agravamiento de la situación de insolvencia. En los casos en los que alguna de estas personas fuera administrador o liquidador en la sentencia tiene que aparecer con ese atributo, ya que así lo establece la Ley.

2º) *La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo en todo caso , a la gravedad de los hechos y a la entidad de perjuicio así como la declaración culpable en otros concursos.*”(art. 172.2.2º LC). La inhabilitación es una pena civil, que consiste en la prohibición de gestionar cualquier patrimonio que no sea propio o representar a cualquier persona durante un periodo de tiempo. La Ley parece imponerla de manera obligatoria, es decir que a toda persona que sea declarada como afectada por la calificación debe de ser condenada con una inhabilitación. Es cierto que se permite ponderar la condena en base a la gravedad de la conducta que provoca o agrava la situación de insolvencia y el perjuicio causado a la masa activa, por ello a un periodo de dos a quince años. La Ley 38/2011 ha introducido una nueva cuestión a este respecto, si una persona

es inhabilitada en dos concursos *el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos*. Lo que pone de manifiesto que las condenas son sucesivas y no simultáneas. Esto suscita una serie de dudas en los concursos en los que se reabre la sección y en aquellos en los que se forma por piezas separadas por incumplimiento de convenio gravoso, ya que no se indica si se puede condenar a más de quince años de inhabilitación si la suma de los dos períodos sobre pasa este límite; se entiende que sí al no manifestar lo contrario.

La imposición de esta condena (que no puede recaer sobre los cómplices) tiene un carácter represivo; se pretende retirar a aquellas personas que han demostrado ser muy poco cuidadosas y muy poco diligentes en la gestión de patrimonio ajeno o en la representación de terceros. Por ello “se castiga” a los culpables con esta medida. En los casos en los que se incumpla la condena, se procederá a la nulidad de las facultades de gestión y representación (*ex art.6.3 Código Civil*). Es por este motivo por lo que la condena de la inhabilitación lleva consigo la prohibición también, del ejercicio del comercio.

Si se realiza una interpretación estricta de la condena, se llega a la conclusión de que quedan prohibido ejercer como administrador o apoderado (general o singular) de sociedades, o representante legal de menor o incapaz, ya sea bajo patria potestad o bajo cualquiera de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro Ordenamiento Jurídico. Bien es cierto, que en la práctica se lleva una interpretación más dirigida a aspectos patrimoniales.

La condena tiene como principal consecuencia el cese del cargo como administrador o liquidador de la concursada; en este punto es la administración concursal la facultada para convocar Junta General de socios para que se nombre al sustituto o sustitutos del cesado o cesados, en su caso, puesto que si el cese no irrumpe el funcionamiento normal del órgano de administración esto no tendrá lugar.

La Ley establece una sola excepción en materia de inhabilitación, y es que en los casos de convenio, y previa solicitud de la administración concursal, se puede autorizar al inhabilitado a “*continuar al frente de la sociedad concursada*”. Una excepción que dista mucho del significado propio de la inhabilitación, pero que queda justificada en el interés del procedimiento concursal y en el beneficio de que sea el propio condenado el que asegure la viabilidad de la empresa y el cumplimiento del convenio, por su condición como tal.

3º) La pérdida de cualquier derecho que “*las personas afectadas por la calificación o los cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa así como la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa* (art. 173.2.3º y 3 LC) Por lo que hay que añadir a la condena, la indemnización por daños y perjuicios causados a la masa activa. Vemos aquí que los pronunciamientos pueden tener distinto alcance y diversa fundamentación, y se pueden dividir en dos grupos:

- Por un lado tenemos las medidas dirigidas a evitar que quienes han recibido el calificativo de culpables no puedan recibir nada procedente de la masa activa. Por ello se les retira sin excepciones, cualquier derecho que tuvieran sobre la masa activa, ya sea en calidad de acreedores concursales o de acreedores contra la masa. En los casos en los que hubieran percibido cualquier derecho previa declaración del concurso, de manera fraudulenta o indebida tienen que devolverlo. Esta condena de devolución implica el enriquecimiento de la masa activa de un lado por la devolución de lo extraído indebidamente y por otro lado porque el condenado no percibirá nada de ella, y por tanto lo percibirá otro.
- Por otro lado nos encontramos con las indemnizaciones de daños y perjuicios causados; es potestativa del juez, es decir que la aplicará si de los hechos causantes se extrae que efectivamente han tenido lugar daños y perjuicios, en su caso establecería una cuantía para los mismos. Es una condena singular, es decir que no se aplica a todos los condenados; el juez discrecionalmente puede aplicar estas indemnizaciones a

determinadas personas afectadas por la calificación o cómplices. Es cierto, que no es posible aplicárselo a los segundos si no se ha aplicado a los primeros ya que no puede haber cómplices sin personas afectadas por la calificación (art. 164.2 LC).

4º) *Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas.* Este pronunciamiento se encuentra recogido en la Ley en un artículo independiente el art. 172 bis LC. Recoge un deber de responsabilidad personal de los afectados por la calificación del concurso, ante el déficit del patrimonio de la concursada. Son varios los aspectos a tener en cuenta ante esta condena:

- i) Es una responsabilidad que requiere de la concurrencia de dos cuestiones para hacerse efectiva: que la fase de calificación haya tenido lugar por liquidación y no por convenio gravoso; y que de la liquidación se derive una insuficiencia patrimonial que no permita la satisfacción de los créditos concursales reconocidos. Es un remedio “*subsidiario*” ante la falta de masa activa que debe atender el pasivo acumulado. Para evitar que el patrimonio de los eventualmente condenados no puedan cubrir el déficit en el momento en el que es manifiesto, la Ley permite al juez como medida cautelar el embargo de bienes y derechos de quienes puedan ser personas afectadas por la calificación del concurso cuando de los hechos y actuaciones se derive fundadamente la posibilidad de una sentencia de culpabilidad, que condene a la cobertura del déficit que resulte de la liquidación.
- ii) No supone un pronunciamiento necesario en la sentencia de calificación; para que tenga lugar es preciso que el juez aprecie discrecionalmente un comportamiento en los sujetos que lleve a la culpabilidad y a la aplicación de este pronunciamiento. Que el juez llegue a la aplicación de esta condena puede ser consecuencia de petición en la fase de alegaciones de los interesados legítimos de la sección, por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. La Ley no configura esta condena como de necesaria aparición en los escritos de todas o alguna de las partes ni limita al juez sobre lo expresado en esos escritos. En definitiva no hay ninguna acción para el reclamo de esta responsabilidad ni un plazo de prescripción que sea preciso para no perderla.
- iii) La condena a la cobertura del déficit no es una solución general que se pueda aplicar a todas las personas afectadas por la calificación. El juez debe de hacer un estudio individualizado de cada una de ellas y aplicar una condena proporcional al grado en que hayan detonado o agravado la situación de insolvencia. Es cierto que cuando haya más de un condenado tendrá lugar una coincidencia (al menos parcial) en el objeto y el importe de la responsabilidad; tendrá lugar una solidaridad impropia ante la masa activa.
- iv) Esta condena se ejecuta dentro del procedimiento concursal. Tiene lugar como última medida dentro de la fase de calificación y antes de la fase de conclusión del concurso (art. 152.2 LC). La beneficiaria de esta condena es la masa activa, la cual va satisfaciendo pagos de créditos según los condenados van pagando. Por ello la ejecución de la condena viene de la mano de administración concursal, que continúa ejercitando sus funciones para acciones del concursado con terceros.

3. LA CALIFICACIÓN DE PROINSERGA

La calificación del caso de Proinserga SA (atendiendo a todo lo expuesto en el apartado anterior) resulta fortuita, tras la oposición de los eventualmente culpables, el juez establece (FUNDAMENTOS DE DERECHO STJM, 27 de Marzo de 2013):

- i) No se puede tomar como causa de culpabilidad el deber de haber presentado el concurso con anterioridad, porque no se aprecia dolo o culpa grave en este hecho y como se señala jurisprudencialmente (STJM, 16 de Mayo, 2017) es requisito imprescindible para que constituya presunción de culpabilidad la existencia de hechos dolosos o fraudulentos en la no declaración de concurso. Lo acredita con la serie de medidas tomadas afines a conseguir capital. Además añade que si se cumplen obligaciones exigibles y que por tanto desaparece el deber de presentar el concurso “*no se puede tachar de culpables a quién busca salidas a la crisis*”
- ii) Al cumplir con las obligaciones exigibles (gracias al préstamo recibido el 2005) no tiene lugar alegar deber legal de disolución.
- iii) El juez elimina la presunción en base a irregularidades contables, en base a que solo hay un punto de la memoria de las auditorias que lo avala, y esto resulta insuficiente para declarar la existencia de tales irregularidades (son irregularidades irrelevantes)
- iv) La culpabilidad de las personas afectadas según lo expuesto por el juez debería de aplicarse a las cuentas de 2005 y no de 2006. La revalorización es lógica y no pretende simular una situación patrimonial favorable en base a lo establecido por el informe de “*Deloitte*” que resulta ser positivo salvo por una serie de cuestiones que no pueden calificarse como relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada.
- v) Las causas expuestas en el informe de la administración concursal (actuación en base a intereses de los socios y ganaderos, proceso de verticalización poco adecuado y sin adopción de medidas que aseguren la eficiencia productiva y la intervención de terceros) son eliminadas por el juez por considerar que no son hechos sino opiniones y las opiniones no son objeto de sentencia, además no ve relación causal entre las mismas. En cuanto a la intervención de terceros (Campofrío y la Junta de Castilla y León), establece que no ha de tenerse en cuenta, ya que si la administración concursal hubiera querido que así fuera tendría que haber solicitado que estos fueran declarados cómplices con la documentación que lo acredite.
- vi) Finalmente el juez falla y declara el concurso fortuito.

En otros casos como el del *Grupo Digital Santander 2006 S.L* tiene lugar la oposición de las partes con otro resultado, en el que el juez tras oposición si que acredita finalmente, que existe la culpabilidad de los “eventualmente culpables”, es la STJM de 16 de Mayo, 2017: en este caso tiene lugar la presentación voluntaria del concurso y se llega a la fase de calificación por liquidación y no por convenio gravoso. El informe de la administración concursal estima el concurso como culpable y propone como persona afectada por la calificación al administrador único. Se establece una condena de cinco años de inhabilitación, pérdida de los derechos que tuviera en referencia a la masa activa, una indemnización de 97.349,81€ y a una cobertura del 75% del déficit que se desprende de la insuficiencia patrimonial tras liquidación. El Ministerio Fiscal se reitera en la culpabilidad, pero en cuanto a las condenas establece cuestiones distintas: propone una inhabilitación de tres años, no condena a la cobertura del déficit, y la indemnización la tasa en 90.000€ El afectado por la calificación presenta oposición; se cita al condenado y se da paso del caso al Juez para que resuelva:

La culpabilidad estaba fundada en tres presunciones: retraso en la solicitud del concurso, inexactitud grave en la documentación acompañada y salida fraudulenta de patrimonio.

- Retraso en la solicitud de la documentación: el condenado establece que demoró la presentación del concurso con la única intención de intentar reflotar la situación de insolvencia. El juez aclara el asunto poniendo sobre la mesa las cuentas de los tres últimos ejercicios donde se ve una clara situación de pérdidas que va en aumento durante esos tres ejercicios, que provoca que el condenado deje de atender sus obligaciones tributarias y liquide su plantilla. El juez, establece la clara necesidad de haber presentado antes el concurso. Además aclara que al ser esto una presunción *iuris tantum* (es decir que admite prueba en contrario) y no haber sido refutada por el condenado, sino que simplemente realiza un reproche a la administración concursal la falta de acreditación en relación a la generación o agravación de la situación de insolvencia, estima que esto suponga una presunción de culpabilidad.
- Inexactitud grave de la documentación acompañada: el juez desestima esta presunción ya que estaba fundada en la NO información a la administración concursal de la percepción de una subvención de 90,000€ por parte del Gobierno de Cantabria. El condenado utiliza estos 90.000€ para el pago de una deuda con un acreedor previa presentación del concurso. El juez desestima esta presunción ya que se considera un hecho que podría haberse subsanado por parte de la administración concursal y no supone un hecho relevante puesto que por parte de este órgano se podrían haber reintegrado.
- La salida fraudulenta de patrimonio. En un primer lugar se justifica con el pago discrecional a ese acreedor; el juez, en apelación desestima esta presunción de culpabilidad al no apreciar fraude o mala fe, en el pago a ese acreedor, puesto que era una deuda vencida y exigible, y el hacer frente a una deuda no puede constituir un hecho fraudulento. Además expone su Señoría, que el pago al acreedor en el momento que tuvo lugar no supuso un daño al activo, lo cual no implica que tenga lugar una rescisión por perjudicial, y se proceda a la reintegración de los 90.000€ para proceder a un reparto que implique la satisfacción de un número mayor de acreedores. La jurisprudencia establece que no es incompatible la rescisión con la falta de hechos fraudulentos; es posible que tenga lugar una rescisión por perjudicial y que no tenga lugar el carácter fraudulento del objeto de la rescisión. Que ocurre, pues que para que suponga presunción de culpabilidad en la calificación de un concurso, es requisito imperativo que si tenga lugar ese carácter fraudulento. Y como en este caso el juez no aprecia carácter fraudulento, se desestima la presunción. Por consiguiente, se desestima la condena de indemnización de los 97.349,81€ ya que esa indemnización se desprende de la presunción desestimada.

Con esto finalmente el juez falla, y estima parcialmente la solución de primera instancia; es decir, declara el concurso culpable, declara al administrador único como persona afectada por la calificación, condenándole a dos años de inhabilitación y a la pérdida de los derechos que tuviera en relación a la masa activa. Pero elimina la indemnización y la condena a la cobertura del déficit. (Existen otros casos en los que el informe de la administración concursal, y el dictamen del Ministerio Fiscal proponen la culpabilidad, y tras oposición el juez declara el concurso fortuito (STJM, 28 de Marzo) y (STJM, 21 de Marzo).

Como se puede apreciar de cara a la culpabilidad de los concursos se debe atender a numerosos aspectos que potenciados desde un punto de vista u otro adquiere distintos significados. Es muy probable, que si analizamos la sentencia de la que se deriva esta apelación, los argumentos condenatorios son firmes y sentados, pero expuestos por la otra parte pierden esa firmeza y resultan tener otro significado.

En el caso de Proinserga SA, finalmente no tiene lugar ninguna de las presunciones establecidas por la Ley para la culpabilidad ya que los argumentos expuestos por la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal resultan no ser acreditativos para considerar la existencia de las presunciones de culpabilidad. Por tanto, el juez está obligado al estudio de actuaciones y a emitir sentencia, en base al resultado de la oposición de los eventualmente afectados por la

calificación. En todo caso, queda eliminada la posibilidad de la otra parte (los acreedores), a exponer desde otro punto de vista los hechos analizados que podrían cambiar el significado y la firmeza de lo que lleva a la declaración fortuita. Es momento de analizar, si finalmente la sección de calificación debería de gestionarse a modo de demanda, donde tuviera lugar en todo caso, la alegación de las partes. En base a lo analizado, sería conveniente que se adoptara este esquema, ya que en el caso de la culpabilidad los condenados tienen el mecanismo de la oposición, donde se les brinda la oportunidad de alegar todo lo que estimen oportuno y por tanto cambiar el significado de los hechos que le llevan a ser culpables, como ocurre en el ejemplo traído (STJM de 16 de Mayo, 2017), a través de la oposición el condenado demuestra que no tienen lugar todas la presunciones y que por tanto su grado de culpabilidad es menor, y por ende su condena debe ser menor; en cambio en el caso de resultar fortuito, los afectados por tal hecho (acreedores insatisfechos) no tienen la oportunidad dentro del procedimiento a exponer sus argumentos, que quizás demuestren la existencia de presunción de culpabilidad. En definitiva, para emitir juicio sobre cualquier cuestión es necesario conocer la versión de ambas partes, para tener un conocimiento global de la situación y poder emitir un juicio objetivo.

CAPÍTULO III

“De la posición final de los acreedores y conclusiones”

LA POSICIÓN FINAL DE LOS ACREEDORES

Jesús García Gala era uno de los socios (persona física) de la concursada, vivió los momentos de máximo esplendor de la mercantil y fue testigo del crecimiento y evolución de Proinserga SA; cuando entra Gustavo Martín de Bustamante en la administración (debido a este crecimiento y la necesidad de profesionalizar la gestión) de la empresa lo que el testigo siente es tranquilidad puesto que esta persona connota conocimiento y profesionalidad, lo que hace que se confíe en él plenamente.

Cuando todavía la situación es estable ya se aprecian una serie de irregularidades, como comidas extraoficiales, viajes de empresa...que en ese momento llaman la atención pero no se le da importancia.

En el momento que empieza el proceso de verticalización a los socios (que recordemos, son ganaderos que delegan su poder de gestión en la administración por falta de conocimiento en esta materia) se les expone como un proceso sostenible y viable, y es por ello y por la confianza depositada en el órgano de administración que se consiente todo lo que la administración propone. Esto es el consentimiento de la compra de activos tóxicos, la creación de nuevas empresas filiales a la matriz...en definitiva se consiente la realización de todos los hechos que detonan la situación de insolvencia. Este consentimiento se da ya que a los socios se les expone como necesarios para la buena marcha de la mercantil y de necesidad para mantener el nivel de competitividad en el mercado, y que son inversiones seguras, viables, sostenibles y rentables.

Una vez empiezan a desencadenarse los hechos generadores de la insolvencia y empiezan acumularse pérdidas, se lleva a cabo un aumento de capital con el fin de obtener liquidez. Se hace un llamamiento a los socios en masa, para aportación de capital y recogida de las nuevas acciones. En este momento, parte de los socios deciden liquidar sus acciones y desprenderse de la empresa, otros como Jesús García Gala decide mantenerse, realizar la aportación de 93.000€ puesto que esta aportación implica una inversión en su propia empresa. Jesús no tiene conocimiento total del motivo del aumento de capital, el realiza el abono a modo de inversión, con el fin de que la empresa crezca. Acto seguido a este hecho, Banco Popular entidad bancaria que había concedido un crédito a la mercantil, decide retirarlo, y esto nos deja como resultado que el dinero aportado por los socios en el aumento de capital es el único para: cubrir pérdidas y pagar la liquidación de los socios que abandonan. Posteriormente, tras la retirada de otros inversores, la empresa declara el concurso. Una vez declarado el concurso, un pequeño grupo de socios, en base a su sentimiento de estafa, presentan querrela contra los administradores siendo el resultado de la misma, desestimatorio ya que los administradores habían sido demandados por este motivo y condenados a una inhabilitación, y no se puede juzgar por el mismo hecho dos veces.

La posición final de Jesús es que debido a la falta de liquidez que había en el momento previo a la declaración del concurso no se le pagaron los cerdos, mantiene a día de hoy numerosos pagarés sin cobrar, y la pérdida de la inversión de los 93.000€ (García J. comunicación personal, 13 de Mayo de 2017)

En base a esta declaración plenamente subjetiva, podemos extraer:

- Si de la realización de los hechos conducentes a la generación de insolvencia se desprende (en base a una serie de hechos indiciarios) falta de viabilidad e inexistencia de rentabilidad, se podría acreditar falta de diligencia por parte de la administración.
- Si la administración no informa de esa falta de viabilidad y de la generación de un volumen notable de pérdidas, se estaría vulnerando el derecho a la información de los socios, equiparable a la vulneración de derechos fundamentales.

- Del consentimiento de los socios a la realización de los hechos detonantes de la insolvencia, se desprende falta del deber de supervisión de estos sobre la administración.
- Del aumento de capital por falta de liquidez se puede desprender la falta del deber de presentar el concurso en tiempo. Puesto que si se hubiera presentado en este momento la gravedad de la situación de la insolvencia sería menor; finalmente este aumento de capital resulta ser un hecho agravante de la situación de insolvencia.

De la declaración de Jesús se extrae esta serie de conclusiones, que podrían haber sido expuestas en el procedimiento concursal si este siguiera el esquema propio de la demanda.

A primera vista parece que el desconocimiento de los socios que adquieren el rol de acreedores en el concurso, de las acciones llevadas a cabo por la administración no justifica la culpabilidad de la misma, puesto que el desconocimiento de Ley (en este caso el desconocimiento del deber de supervisión sobre la administración) no exime del cumplimiento de la misma (Art. 6 C.C). Esta regla es imperativa y este es, un principio base del que se debe partir, pero en otros casos referentes a inversiones como el de las *Preferentes* de Bankia, los tribunales han acreditado la existencia de dolo o vicio en las “venta” de inversiones y han declarado que este hecho tiene mayor peso que el art. 6 Código Civil.

Por otro lado, si dentro del procedimiento se declara vulnerado el derecho a la información de los socios y entendemos esto como una vulneración de derechos fundamentales, la sala de lo Mercantil tiene que tratar este asunto como urgente y preferente (siguiendo el esquema propio de los casos en los que hay vulneración de derechos fundamentales) y resolver sobre si hay o no vulneración de ese derecho fundamental, ya que todos los jueces son jueces de lo constitucional. En el caso de que se acreditase dicha vulneración, y siguiendo de nuevo el esquema propio de los casos en los que hay vulneración de derechos fundamentales, se declararían nulos de pleno derecho los hechos que conllevan dicha vulneración, y en este caso se anularía el aumento de capital, y se tendrían que rescindir las cantidades aportadas. Además, en cuanto a vulneración de derechos fundamentales se invierte la carga de la prueba y tendrían que ser los denunciados los que demostraran que no hubo tal vulneración. Cabe señalar, que la vulneración de derechos fundamentales es imprescriptible y cabe la posibilidad de denunciar este hecho fuera del procedimiento concursal, sin límite temporal.

Si los acreedores como Jesús, hubieran tenido la oportunidad de declarar esta serie de cuestiones en el procedimiento, y en comparación con lo que alegase la otra parte se podría haber emitido un juicio más objetivo, lo cual no implica que la resolución les hubiera resultado más favorable, pero si más completa.

2 CONCLUSIONES

Estando de acuerdo con la idea presentada por el autor del manual base de este trabajo, hay una clara necesidad de gestionar la fase de calificación a modo de demanda, con independencia de lo que la administración concursal y el Ministerio Fiscal propongan, ya que facilita la emisión de la resolución.

No hay que olvidar que el objetivo del procedimiento concursal no es más que el mantenimiento de la actividad empresarial; en el caso de Proinserga SA, la calificación del concurso elimina a número considerable de pequeñas empresas y trabajadores autónomos del sector ganadero de la provincia de Segovia, que debido a la longevidad del proceso y el resultado del mismo se han visto obligados a la disolución de su actividad. Parece contradictorio que un mecanismo que sirve para mantener tejido industrial lo termine destruyendo, esto pone de manifiesto la necesidad de reforma del proceso concursal.

Por otro lado, parece olvidarse que detrás de las empresas hay personas y el procedimiento concursal deriva a un segundo plano a las personas y se centra en el análisis de cuentas, activos, pasivos...todo esto es plenamente necesario, son instrumentos probatorios e informadores en el proceso, ello no debe impedir la escucha de las personas que están detrás de esas cuentas.

Finalmente la manera de compatibilizar en un mismo plano a instrumentos y personas es con la adopción de la fase de calificación del esquema de demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- Administración Concursal (2007). *Informe Administración concursal relativo a la sociedad PROINSERGA S.A* (12 de noviembre de 2017). Segovia: Juzgado de lo Mercantil.
- ALCOVER GARAU, G. “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal” en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (coords. García Villaverde, R; Alonso Ureba, A.; Pulgar Ezquerra, J.). Madrid 2003. Págs.. 487 y ss.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. 23ª edición. Editorial Tecnos. Madrid 2016
- DESCALZO, *El Adelantado de Segovia*. Segovia: Economía El Adelantado (2013)
Recuperado de:http://www.eladelantado.com/noticia/local/177957/el_grupo_proinserga_intenta_resurgir_con_la_iniciativa_de_antiguos_socios
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *La calificación del concurso*. Navarra 2004.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G: *Lecciones de Derecho Mercantil*. 19ª edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2016
- MACHADO PLAZAS, J. *Concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad*. Madrid, 2006
- NIETO DELGADO, C. “La calificación del concurso” en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma* (dir. Martínez Sanz; coord.: Puetz, A). Madrid, 2012, págs.. 894 y ss.
- PARDO, B. (2015). *Boletín Jurídico*. España: Wolters Kluwer
- ROJO, Á y CAMPUZANO, A. B. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Madrid, 2013.
- ROMERO, C., *La calificación del concurso de acreedores*, Barcelona, 2014
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*. 37ª edición. Editorial Aranzadi
- 3TRES3 (2007)[Consulta 9 enero 2017]Recuperado de https://www.3tres3.com/forum/proinserga_12392/

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

España. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (Texto Consolidado. Octubre de 2015). *Boletín Oficial del Estado* 10 de Julio de 2003, núm 164, pág.13813.

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado* 29 de Diciembre de 1978. núm.311, págs. 29313-29424

España. Real Decreto Legislativo, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital. *Boletín Oficial del Estado* 3 de Julio de 2010, núm 161, págs. 10544.

España. Real Decreto, de 24 de Julio, Por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de Agosto de 1989, núm. 206, págs.4763.

España. Juzgado de lo Mercantil [versión electrónica-base de datos CENDOJ]Sentencia 216/2017, de 16 de Mayo de 2017 [Consultado 27 de Mayo 2017]

España. Juzgado de Primera Instancia nº2 de lo Mercantil [versión electrónica-base de datos CENDOJ]Sentencia 171/03, de 26 de Marzo de 2013 [Consultado 3 de Junio 2017]

España. Juzgado de lo Mercantil [versión electrónica-base de datos CENDOJ]Sentencia 19/2017, de 28 de Marzo de 2017 [Consultado 27 de Mayo 2017]

España. Juzgado de lo Mercantil [versión electrónica-base de datos CENDOJ]Sentencia 108/2017, de 21 de Marzo de 2017 [Consultado 27 de Mayo 2017]

ENTREVISTAS.

Entrevista: Jesús García Gala, *Socio-Acreedor*, 13 de Mayo de 2017

Entrevista: Alfonso Llopis Torrija Gascó, Abogado del Estado, 23 de Mayo de 2017.

Entrevista: Ganadería el Cigüeñal S.L, *Socio-Acreedor*, 9 de enero de 2016, 15 de Abril de 2016 y 7 de Mayo de 2017

Entrevista: Transproin S.A.U, *Trabajador*, 7 de Mayo de 2017. R.L.N

COLABORADORES Y AGRADECIMIENTOS

Alfonso Llopis Torrija Gascó

Ángel García y familia.

Despacho Javier de la Orden, Segovia.

Ganadería el Cigüeñal S.L, Nava de Asunción (Segovia)- Henar Álvarez Muñoz y Eduardo Álvarez Muñoz.

Jesús García Gala y familia.

Trabajador Transproin S.A.U; R.L.N