

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE ABRIL DE 2016 (246/2016)**

**Calificación y responsabilidad concursal.
Ámbito de las conductas imputables en caso
de reapertura de la sección de calificación tras
la imposibilidad de cumplimiento de un convenio**

Comentario a cargo de:
ALFREDO MUÑOZ GARCÍA
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE 13 DE ABRIL DE 2016

RoJ: STS 1647/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:1647**

ID CENDOJ: 28079119912016100007

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: Reapertura de la sección de calificación por imposibilidad de cumplimiento de un convenio. Delimitación del ámbito de enjuiciamiento a la determinación sobre si dicho incumplimiento es imputable al deudor concursado.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. El objeto de enjuiciamiento en la reapertura de la sección de calificación tras el incumplimiento del convenio. 5.2. La relación de causalidad entre el incumplimiento del convenio y la actuación de la concursada. La irrelevancia de los supuestos tipificados como ilícitos concursales. 5.3. El retraso en la solicitud de la liquidación por parte de la concursada no puede asimilarse al retraso en la solicitud

del concurso a efectos de la presunción del concurso como culpable. 5.4. Problemas en la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia Plenaria en relación con la determinación de la condena a la responsabilidad concursal. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

En el concurso de la sociedad Vanyera 3, SL. se dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2017, por la que se daba por concluida la fase del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, se aprobaba el convenio presentado por la deudora, tramitado como propuesta anticipada. Fruto de la sentencia de aprobación del convenio, se acordaba también la formación de la sección sexta, de calificación del concurso. En dicha sección se dio traslado a la administración concursal de la concursada que presentó el correspondiente informe, proponiendo, como resolución, sobre la con la calificación de concurso fortuito. Con posterioridad, el Ministerio Fiscal emitió su correspondiente informe indicando que mostraba su conformidad con la propuesta de la administración concursal de que el concurso fuera calificado de fortuito. Por auto de 4 de abril de 2008, se declaró el concurso fortuito disponiendo el archivo de la sección de calificación.

Posteriormente, durante el plazo de cumplimiento del convenio, la concursada, entendiéndolo que no podía cumplirlo, solicitó la apertura de la fase de liquidación. Por ello, el juzgado dictó auto, acordando la apertura de la fase de liquidación y la correspondiente reapertura de la sección de calificación, de fecha 26 de marzo de 2009.

La administración concursal presentó el correspondiente informe de calificación solicitando al juzgado que:

«A) Se declare:

»1º.- *La calificación de “culpable” del concurso de Vanyera 3 S.L.*

»2º.- *Las personas afectadas por la calificación de culpable son:*

1.- *D. Secundino.*

2.- *Dª Aida*

3.- *Vanyera, S.A.*

»3º.- *Subsidiariamente, y para el caso de que no declaren como culpable a Dª Aida, como petición subsidiaria en tal caso, esta Administración Concursal interesa sea declarada como cómplice ex artículo 166 de la LC, de acuerdo con lo establecido en el cuerpo de este Informe de Calificación.*

» B) *Se condene:*

»1º.- *A D. Secundino, a Dª Aida y a Vanyera, S.A., a pagar solidariamente a los acreedores concursales la totalidad de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa y que se cuantifican en la cantidad de 46.718.610,98 €, así como los créditos contra la masa que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, con el devengo de intereses legales desde la presentación de este Informe de Calificación,*

así como intereses procesales previstos en el artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la Sentencia que recaiga en la presente pieza de calificación.

»2º.- A la pérdida de cualquier derecho que D. Secundino, Dª Aida y Vanyera, S.A., tuvieran como acreedores concursales o contra la masa de Vanyera 3, S.L.

»3º.- A inhabilitar a D. Secundino, Dª Aida y Vanyera, S.A., para administrar bienes ajeno durante el plazo de diez (10) años. »

El Ministerio Fiscal solicitó que el concurso se declarara culpable, suscribiendo los motivos expuestos por la administración concursal.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de las Palmas de Gran Canaria resolvió mediante sentencia de 18 de julio de 2011 que:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la pretensión de calificación del concurso como culpable en razón de incumplimiento del convenio imputable a la concursada o a las personas afectadas por la calificación, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

»Primero.- Absolver a Secundino, a Aida y a Vanyera, S.A, de todos los pedimentos deducidos en su contra.

»Segundo.- Condenar al pago de las costas de Dª Aida y de Vanyera, S.A. a la concursada, debiendo satisfacerse con cargo a la masa, reputándose la pretensión inestimable; sin que haya lugar a condena en costas en cuanto a pretensión frente a D. Secundino »

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la sentencia de primera instancia se presentó recurso de apelación por parte de la Administración Concursal de la concursada, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. La sentencia de apelación fue dictada el 24 de julio de 2013, en la que con estimación parcial del recurso se calificaba el concurso como culpable en los términos siguientes:

«FALLO: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2011, confirmando la desestimación de la pretensión de calificación del concurso como culpable dirigida contra D.ª Aida con absolución de la misma, respecto de todos los pedimentos deducidos en su contra, y asimismo confirmamos el pronunciamiento sobre las costas de la pretensión dirigida frente a D.ª Aida, y al propio tiempo, revocamos la desestimación de la pretensión de calificación dirigida contra D. Secundino y contra Vanyera, S.A., dejándola sin efecto, y en su lugar

estimamos parcialmente la pretensión de calificación dirigida contra D. Secundino y contra Vanyera, S.A., declarando la calificación de culpable del concurso de Vanyera 3, S.L., declarando que las personas afectadas por la calificación son D. Secundino en su condición de administrador de derecho de la concursada y Vanyera, S.A., en su condición de administradora de hecho, a quienes condenamos a la cobertura parcial del déficit concursal por el importe de 6.716.538 € en el caso de la condena de D. Secundino y por importe de 3.492.484€ en el caso de la condena de Vanyera, S.A., respondiendo solidariamente ambos respecto de la mencionada cantidad de 3.492.484€, devengando dichas cantidades intereses legales desde la fecha de la presente sentencia, conforme al art. 576 LEC, condenando igualmente a D. Secundino y a Vanyera, S.A., a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o contra la masa de Vanyera 3, S.L., así como a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante el plazo de dos años en el caso de Vanyera, S.A., y de tres años en el caso de D. Secundino, sin hacer especial imposición de las costas derivadas de la pretensión dirigida frente a D. Secundino y a Vanyera, S.A., sin especial imposición de las costas de la alzada».

Por tanto, la sentencia de apelación estimó que el concurso era culpable y condenó al administrador de derecho y a la sociedad matriz, como administradora de hecho, a la inhabilitación, a la pérdida de sus derechos en concurso y a la responsabilidad concursal prevista en el antiguo art. 172.3 LC (hoy 172 bis LC), aunque, como ya indicamos, la misma Administración Concursal había propuesto la calificación del concurso como fortuito cuando el convenio se aprobó, solicitando la condena de la totalidad del déficit para el administrador de derecho (y en un porcentaje para la considerada administradora de hecho) tras el incumplimiento del convenio.

4. Los motivos de casación alegados

Se presentaron sendos recursos por parte de las personas afectadas. Así, el administrador de derecho, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por los motivos: a) interdicción de la mutatio libelli; b) infracción del art. 400 LEC, en relación con el art. 170.1 LC y el art. 24 CE; c) infracción de los principios de justicia rogada y tantum devolutum quantum appellatum; d) infracción de las normas sobre motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito y valoración de la prueba practicada. Todos los motivos fueron desestimados. Además, el administrador de derecho de la concursada presentó recurso de casación por tres motivos: a) infracción de los arts. 167.2, 168.2 y 169.3, todos de la LC, que finalmente motivan la doctrina jurisprudencial aprobada por el Pleno de la Sala; b) infracción del art. 164.2 LEC y art. 4.2. CC; c) infracción de los arts. 164 y 165 LC, en relación con el art. 142.3 LC y 4.1 y 2 CC.

Por parte de la considerada, en apelación, como administradora de hecho, se presentó recurso de casación por el único motivo expuesto consistente en la infracción del art. 172.2.1º LC en lo referido a la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El objeto de enjuiciamiento en la reapertura de la sección de calificación tras el incumplimiento del convenio*

El motivo del recurso de casación, que genera la doctrina jurisprudencial, se basaba en la infracción de los arts. 167.2, 168.2 y 169.3, todos de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal (LC), con la redacción originaria derivada de la aprobación de la propia LC y antes de las modificaciones introducidas en el artículo 167.2 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Por ello, las conclusiones extraídas de este comentario y la propia doctrina jurisprudencial que la sentencia comentada genera deben ser establecidas en el marco del derecho temporalmente aplicable. Por ello, debemos, inicialmente situar el marco jurídico tenido en cuenta para la adopción de la resolución judicial aquí expuesta.

El art. 167.2 LC, en su redacción originaria determinaba que si tras la aprobación de un convenio, con el contenido previsto en el art. 163.1.1º LC, el mismo era incumplido, “a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiese lugar” debía, de haberse ya dictado auto de archivo o sentencia de calificación, ordenar, en la misma resolución en que se acordara la apertura de la liquidación, la reapertura de la sección de calificación, incorporando todas las actuaciones anteriores. Y si la sección no había concluido, en la resolución judicial referida debía ordenarse una pieza separada dentro de la sección de calificación, para “su tramitación de forma autónoma”. A estos supuestos se refiere el art. 168.2 LC, precepto que no ha sufrido ninguna modificación, que afirma que en estos casos los interesados sólo podrán limitarse en sus escritos respecto de “si el concurso debe ser calificado como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”. Y el art. 169.3 LC, tampoco modificado tras su aprobación, indicaba que en relación a dichos supuestos, tanto el informe de la administración concursal como el dictamen del Ministerio Fiscal “se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable”.

La fase de calificación se debe abrir en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, pero sólo debía realizarse su apertura cuando tuviera lugar la aprobación judicial de un convenio de los que, la doctrina y jurisprudencia, venía denominando como gravoso porque establecía “*para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe*

de sus créditos o una espera superior a tres años.” (art. 163.1.1º LC). El art. 167.2 LC venía referido, exclusivamente, a aquellos supuestos de reapertura de la sección de calificación, tras la aprobación de un convenio de los considerados gravosos que determinaban una apertura ordinaria de dicha sección, puesto que venía, dicho precepto, referido a convenios “con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del art. 163”. Por lo tanto, si el convenio contemplaba supuestos no comprendidos en dicho precepto, por tratarse de un convenio no gravoso y éste finalmente era incumplido, la apertura de la sección de calificación procedería de manera ordinaria, con la apertura de la fase de liquidación, sin que llegase a darse la reapertura. Por lo tanto, los supuestos previstos en el art. 167.2 LC, venían referidos a aquellos en los que el convenio no evitaba la apertura de la fase de calificación y determinaba juzgar, con independencia de cuál había sido la solución concursal, las actuaciones sometidas a enjuiciamiento hasta el momento de aprobación del convenio. Por ello, y con independencia de cuál fuera la resolución en la fase de calificación, en su apertura ordinaria, si el convenio terminaba siendo incumplido, el art. 167.2 LC obligaba a añadir una pieza separada, o a la reapertura, para analizar, exclusivamente, el ámbito de las causas y las responsabilidades derivadas de dicho incumplimiento., sin que ello prejuzgara ni afectara a la calificación en los términos de sus causas y consecuencias establecidas en el régimen jurídico previsto en los arts. 164 y ss. LC.

Este es el supuesto analizado en la Sentencia comentada, dado que el convenio, finalmente incumplido, no podía ser calificado de “no gravoso” y, por ello, motivó tras su aprobación judicial, la apertura de la fase de calificación que concluyó con un auto que declaraba el concurso como “fortuito” tras ser coincidentes, en este sentido, los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, al amparo del art. 170.1 LC.

Por ello, debía entenderse, con la redacción del art. 167.2 LC, previa a la reforma de 2011, que si se aprobaba un convenio no gravoso, de los no previstos en el art. 163.1.1º LC, la fase de calificación no se abriría y si el convenio era finalmente incumplido, procedía la apertura de dicha sección con el examen de todas las conductas, de resultado (art. 164.1 LC) y de mera actividad (art. 164.2 y 165, ambos de la LC), previstas para la calificación del concurso como culpable, dado que por el contenido aprobado no se habían podido enjuiciar las mismas. A ello se añadía, por un lado, el examen de las causas que habían podido llevar al incumplimiento del concurso, dado que el mismo conllevaba la apertura de la fase de calificación, ordenada en la resolución judicial por la que se acordaba la apertura de la liquidación, con el efecto enervatorio de los efectos novatorios que el convenio pudiera haber previsto ex art. 136 LC, tal y como establece el art. 140.4 LC. Y por otro lado, conllevaba, en su caso, la consideración de la calificación del concurso como culpable si se daba la conducta prevista expresamente en el art. 164.2.3º LC consistente en que “la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”, conducta que únicamente ser

producida en aquellos casos en los que la apertura de la fase de liquidación se haya abierto por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado y, además la liquidación se ha acordado de oficio. Y en este último supuesto, el legislador no distingue, a la hora de determinar que “En todo caso, el concurso se calificará de culpable” (art. 164.2. LC) cuando dicha conducta acontece, entre los supuestos en que el convenio habría llevado, o no, en función de su contenido, a la apertura de la fase de calificación.

Sin embargo, en los supuestos previstos en el art. 167.2 LC, en los que la fase de calificación ya se había abierto por contener el convenio aprobado un contenido de los denominados gravosos, se planteaba en la doctrina si en caso de que el convenio se hubiera incumplido debía limitarse, tras la reapertura, al examen de las causas de dicho incumplimiento y las responsabilidades que de ello derivaran o, en caso contrario, a un examen de nuevo de todas las causas que conllevaban (art. 164 y 165, ambos de la LC) la consideración del concurso como culpable.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal aquí comentada, se refiere a esa situación en los términos anticipados recogiendo la problemática interpretativa, dado que el citado artículo 167.2 LC *“ha dado lugar en la doctrina y la práctica concursal a dos tesis. De un lado, se considera que debe limitarse a las causas del incumplimiento, conforme se desprendería de una interpretación literal de los arts. 168.2 y 169.3 LC. De otro lado, quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC, cualquiera que fuera el supuesto de apertura de la liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior. Esta última interpretación parte del deber legal de solicitar la liquidación que el artículo 142.3º LC impone al concursado cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.”* Debe tenerse en cuenta que muchas de las conductas, calificadas de ilícitos concursales de mera actividad, que conllevan la calificación del concurso como culpable deben haber sido realizadas con anterioridad a la declaración concursal (así las previstas en el art. 164.2.5º y 6º o en el art. 165.1º y 2º –en su redacción originaria–, todos ellos de la LC), pero hay conductas que pueden seguir siendo realizadas durante la tramitación del concurso y, especialmente, durante el período en el que el convenio se ha aprobado y se han levantado los efectos propios de la declaración del concurso (art. 133.2 LC), que es el supuesto contemplado en la sentencia comentada. Entre estas conductas son especialmente relevantes las contempladas en el art. 164.2.1º –relativa a la contabilidad–, 2º –inexactitud grave en los documentos aportados durante la tramitación–, 4º –alzamiento de bienes– y muy particularmente la prevista en el art. 164.2.3º, ya referida a la apertura de la liquidación de oficio ante un incumplimiento del convenio imputable al concursado. A ello se añade la prevista en el art. 165.2º relativa al deber de colaboración, que puede haber sido incumplido de manera reiterada durante el período en el que el

convenio se encontraba en su cumplimiento y al que se refiere expresamente el art. 138 LC.

La cuestión no era nada pacífica y generaba tensiones interpretativas que pudieran conducir a situaciones de cierta afectación de justicia material y contradicción entre los fines pretendidos por el legislador y los medios otorgados para su logro. Así, si el convenio aprobado fuese gravoso, dadas las limitaciones, previstas en el art. 168.2 y en el art. 169.3 LC, para los escritos de los interesados o del informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, respectivamente, que dichos preceptos imponen, se podría entender que del período posterior a la aprobación del convenio gravoso sólo cabría realizar un examen relativo a las razones del incumplimiento del convenio y si el mismo le es imputable al concursado, sin un examen acerca de si durante ese período, posterior a la aprobación del convenio, se han producido las conductas, ya referidas en los arts. 164 y 165 LC. Por el contrario, si el convenio fuese no gravoso, conllevando la no apertura de la fase de calificación y, posteriormente, el convenio fuese incumplido, la apertura de la fase de calificación a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, podría conllevar un examen completo de todas las conductas realizadas hasta ese momento, puesto que no se aplicarían los límites inicialmente establecidos en los arts. 168.2. y 169.3, ambos de la LC. Es decir, al deudor que realiza el esfuerzo de proponer un convenio no gravoso se le examina el período posterior a la aprobación del convenio y no sólo las razones que conllevan el incumplimiento del convenio. A este supuesto ya se refería la Sentencia de la Sala Primera 29/2013, de 12 de febrero, en este sentido, afirmando que *“Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio “poco gravoso” pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (“incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”).* Pronunciamiento que nos parece adecuado a Derecho, puesto que debe ser examinado todo el ámbito de actuación previsto en los ilícitos concursales de mera actividad no enjuiciados con anterioridad, una vez proceda la apertura de la fase de calificación, sin limitarse al examen de las razones que han llevado al incumplimiento del convenio, con independencia de que la liquidación haya sido instada por el deudor o acordada de oficio, teniendo en este último lugar el efecto de que, en todo caso, el concurso se calificará de culpable ex art. 164.2.3º LC. En estos supuestos la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013, afirmaba que en *«Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC, pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas*

o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio “poco gravoso” pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (“incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”)», pero implícitamente ya recogía lo que va a ser el criterio recogido en la sentencia aquí comentada puesto que “El convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC, integrado, en su caso, con el art. 165 LC, respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el art. 164.2 LC, salvo la 3ª, que presupone el incumplimiento del convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver a abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC)”.

Es, por tanto, esta Sentencia del Tribunal Supremo la que, si bien *obiter dicta*, ya anticipaba el criterio contenido en el pronunciamiento de la Sentencia aquí comentada y que constituirá la doctrina jurisprudencial que motiva la Sentencia Plenaria. En este sentido la Sentencia sobre la que se desarrollan nuestros comentarios ratifica esa posición doctrinal al afirmar los límites del enjuiciamiento posterior cuando la fase de calificación es reabierta puesto que *“la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.”*

En el supuesto enjuiciado, el convenio no fue incumplido sino que, desde su inicial aplicación se determinó su inviabilidad, lo que pudiera hacer dudar si, también ese supuesto, pudiera quedar incardinado en el ámbito de restricción del análisis judicial en la fase de calificación de las conductas objeto de examen, pero la propia Sentencia Plenaria indica que *“De la literalidad del art. 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de cumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos –incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento– tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación. En ambos casos está justificado que con la reapertura de la sección de calificación se enjuicien las causas que hubieran motivado que el convenio no se cumpliera, sin que tenga sentido ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al apercibirse de la imposibilidad de cumplimiento, inste la*

apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del convenio. De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de incumplimiento y de resolución del convenio. Interpretación que consideramos más acorde con la ratio de los arts. 167.2 y 164.2.3º LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.” Sin perjuicio de que un convenio inviable, que es aprobado y despliega los efectos previstos por la Ley, exigiendo del concursado su cumplimiento, por su propia naturaleza, es un convenio incumplido desde el mismo momento en que el concursado carece de las características y/o medios idóneos para su cumplimiento, por esa inviabilidad que se constata, lo que se verifica con la doctrina del Tribunal Supremo es que a quien se hace de peor condición es a quien propone un convenio, inicialmente viable, con un contenido “no gravoso” y finalmente aboca a la fase de liquidación por el incumplimiento del mismo que a quien consigue que le aprueben un convenio gravoso e inviable y, como no puede ser de otra manera, termina incumpléndose, puesto que en este segundo supuesto en la fase de calificación derivada de dicho incumplimiento sólo se ha de examinar si el incumplimiento es o no imputable al concursado, mientras que en aquel primer supuesto, convenio viable no gravoso, el examen no queda restringido al ámbito previsto, en términos literales en los arts. 168.2. y 169.3, ambos de la LC. Sin embargo, a juicio de la Sentencia Plenaria analizada “*La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC.*” de lo que dimana el pronunciamiento plenario que la Sentencia establece, con los consiguientes efectos para la jurisprudencia posterior y que se expresa en los siguientes términos:

“Fijamos como doctrina jurisprudencial que: «La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado»”.

Por tanto, y salvo la conducta prevista en el art. 164.2.3º LC el resto de ilícitos de mera actividad no son aplicables en estos supuestos, por el período posterior a la aprobación del convenio, sin que ello, a nuestro juicio, guarde la suficiente justificación.

5.2. *La relación de causalidad entre el incumplimiento del convenio y la actuación de la concursada. La irrelevancia de los supuestos tipificados como ilícitos concursales*

Una vez determinada la doctrina jurisprudencial, referida en la Sentencia Plenaria comentada, se procede en la resolución al análisis exclusivo de aquellas conductas que entrarían en el ámbito del enjuiciamiento que entiendo debe realizar, basándose en aquellas que pudieran haber sido la causa del incumplimiento del convenio, que recordemos, ya había sido calificado de invariable. Dada su variedad y el resultado final de la resolución, desestimatorio de todas ellas, es conveniente reflejar el sentido interpretativo que el Tribunal Supremo utiliza y la imprescindible conexión que han de guardar, para tener relevancia, con el incumplimiento del convenio y no con la tipificación como ilícitos concursales en los arts. 164 y 165 LC.

Así, la Sentencia Plenaria afirma en relación con las conductas que han sido consideradas por la administración concursal como “*constitutivas de responsabilidad por incumplimiento del convenio*” que excluye algunas por no producir perjuicio alguno, como las que constituyen “*Transferencias fraudulentas: los informes de auditoría de los ejercicios 2007 y 2008 no sólo no evidencian un trasvase indebido de fondos a favor de la matriz (Vanyera, S.A.), sino que, al contrario, no ponen de manifiesto un perjuicio para la filial (la concursada) ...*” La Sentencia es congruente y, aún siendo conductas reprochables que pudieran implicar una presunción de concurso culpable por el posible carácter fraudulento excluye su relevancia por no ser perjudiciales para la filial y, por tanto, incapaces de generar el incumplimiento del convenio.

O también aquellas que no pudieron causar el incumplimiento como “Confusión de esferas y patrimonios: no consta que los pagos externos e internos realizados por la matriz y la filial hubieran contribuido a la descapitalización de la concursada con posterioridad a la aprobación del convenio. Como concluye la sentencia del juzgado, tras un completo y riguroso análisis de la prueba, la confusión de esferas y patrimonios habría beneficiado a la filial –“injerencia externa positiva”–, por lo que no pudo causar la imposibilidad de cumplimiento del convenio.” De nuevo, la falta de imputación de ningún resultado lesivo a la concursada impide, aún siendo las conductas –confusión de esferas y patrimonios– conductas muy reprochables, que quedarían fuera del ámbito del exclusivo ámbito del análisis en este momento posterior al incumplimiento del convenio gravoso.

Y en este mismo sentido carecerían de relevancia aquellas que pudieran quebrar principios concursales fundamentales como la *par conditio creditorum*, consistentes en “*Pagos discriminatorios: aun siendo cierto que hubo pagos selectivos, está justificado que los mismos fueron de estricta necesidad para la continuación de la actividad empresarial del deudor; requisito necesario para la consecución de fondos y activos con los que dar cumplimiento a lo comprometido en el convenio. No puede haber por ello una imputación objetiva de incumplimiento, porque se trató de decisiones de negocio que, en su conjunto, favorecían más que perjudicaban el cumplimiento*

del convenio.” Puede que no haya imputación objetiva del incumplimiento del convenio, especialmente cuando el mismo era inviable desde su aprobación, pero seleccionar acreedores para ser satisfechos en perjuicio de la *par conditio creditorum*, además de constituir supuestos rescindibles, implica un reconocimiento de la situación de inviabilidad y un retraso en la apertura de la liquidación que puede conllevar un agravamiento de la insolvencia, lo que ya implica un incumplimiento al carecer la concursada de las características idóneas para satisfacer a sus acreedores en base a lo pactado. De ser otra la doctrina jurisprudencial, el supuesto pudiera haber acarreado la calificación del concurso como culpable en base a la conducta general de resultado prevista en el art. 164.1 LC.

Y, como evidente reflejo de la doctrina jurisprudencial, la Sentencia Plenaria rechaza conductas claramente reconducibles a los ilícitos tipificados concursalmente como: 1. *“Incumplimiento del deber de información semestral: aun siendo cierto dicho incumplimiento, no se justifica en qué pudo incidir a efectos de cumplimiento.”* La conducta se encuentra expresamente tipificada en el art. 165.2° LC (Hoy art. 165.1.2° LC) pero como la propia Sentencia Plenaria refiere, no tiene incidencia, acreditada, sobre el posible incumplimiento del convenio. Este supuesto como los siguientes sí la habrían tenido de haber sido el convenio, inviable desde su aprobación, considerado como no gravoso, acarreado, en este caso, la presunción del dolo o culpa grave, aunque es cierto que dicha conducta carece, inicialmente de trascendencia sobre las causas que acarrearán el incumplimiento del convenio; 2. *“Limitaciones al alcance de las auditorías: no se justifica la relación de causalidad entre tales limitaciones y la imposibilidad de cumplimiento del convenio. i) Irregularidades relevantes de la contabilidad: la carencia de determinados documentos mercantiles, como albaranes, o la reclasificación de partidas contables, no son datos suficientes por sí mismos para tener influencia económica en el cumplimiento del convenio, por lo que, a estos efectos, carecen de relevancia... Activación indebida de créditos fiscales: supone una irregularidad contable, pero sin efecto respecto de la posibilidad o viabilidad del cumplimiento del convenio...”* Estas conductas se encuentran expresamente tipificadas en el art. 164.1.1° LC –irregularidades relevantes contables– o en el art. 164.1.2° LC –inexactitudes graves en los documentos presentados durante la tramitación del procedimiento– pero, inicialmente, especialmente cuando son detectadas, carecen de elementos que generen ningún efecto lesivo y por ello, como determina la sentencia no pueden influir económicamente en el cumplimiento del convenio. De nuevo, la aprobación de un convenio gravoso permite crear una zona de impunidad en el ámbito concursal, lo que puede ser más o menos criticable pero que no soporta ningún examen de justicia material si lo contrastamos con los supuestos de convenios no gravosos, en los que el examen de las conductas no tiene limitaciones temporales; 3 *“Aportación de nave industrial: es cierto que hubo una sobrevaloración del activo, lo que en la calificación ordinaria podría ser causa de calificación culpable, por simulación de situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6° LC). Pero desde la perspectiva del cumplimiento del convenio, la operación no supuso un perjuicio patri-*

monial para la concursada que dificultara el cumplimiento del convenio. En todo caso, la ampliación de capital fue anterior a la aprobación del convenio y no mereció el reproche de la administración concursal en su primer informe de calificación.” La propia aseveración del Tribunal Supremo, reconociendo expresamente la existencia de una conducta constitutiva de un ilícito concursal de mera actividad prevista en el art. 164.2.6° LC permite añadir poco, más allá que si dicha conducta fue ya analizada al abrir la fase calificación, lo enjuiciado entonces no debe serlo de nuevo, pero si lo único analizado fue la propia operación societaria sin que hasta un momento posterior se haya detectado la simulación de la situación patrimonial ficticia, no enjuiciada inicialmente, el ámbito de impunidad creado por la doctrina del Tribunal Supremo supone generar ciertos incentivos para evitar el análisis de estos supuestos a través de la consecución de la aprobación de un convenio gravoso, aunque el mismo sea de imposible cumplimiento por su inviabilidad.

Como se ha puesto de relieve, estas últimas conductas puede ser incardinables en el ámbito de las presunciones de concurso culpable, que por su no afectación patrimonial no son susceptibles de afectar a la viabilidad del convenio, particularmente, como es el caso, en el que el propio Tribunal Supremo reconoce que el mismo era inviable desde su aprobación, puesto que como afirma expresamente *“En suma, coincidimos con las conclusiones de la sentencia de primera instancia, en cuanto que la causa última por la que el convenio devino de imposible cumplimiento es que era inviable desde su origen. Lo que no puede ser imputado a las personas señaladas como afectadas por la calificación y ahora recurrentes, porque el Sr. Secundino incluso se opuso a su formulación y en la fecha en que se presentó la propuesta Vanyera, S.A. no tenía poder de administración sobre la concursada. Es más, en su condición de acreedores de la concursada, ambos recurrentes se opusieron a la aceptación del convenio. Como bien concluye el juez de lo mercantil: «[c]onsiderando que en esta sección se trata de determinar las causas del incumplimiento del convenio y a quién sería atribuible el incumplimiento, el ámbito de las personas afectadas por la calificación ha quedado reducido indebidamente a quienes tuvieron que hacerse cargo de un convenio elaborado, evaluado y aprobado por terceros, con la oposición de D. Secundino, terceros que no han sido señalados en el informe de la administración concursal ni en el dictamen-párrafo del Ministerio Fiscal. No obstante, el juez del concurso no puede ampliar el ámbito de las personas afectadas por la calificación si ninguna de las partes intervinientes (art. 168 LC), ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal (art. 169 LC) instan su llamada forzosa, ni resultaba de lo actuado hasta los propios informes de calificación (art. 170.2 LC)».*

La Sentencia Plenaria, con la doctrina jurisprudencial establecida, ha creado una zona de impunidad para que en esos supuestos de convenios gravosos sea viable el incumplimiento y la realización de conductas, concursalmente reprochables, sin que ello conlleve aparejadas consecuencias negativas para quienes las realizan, como acaba de hacerse referencia. La aprobación de un convenio inviable sería imputable a quien lo propuso y gestionó la aprobación con los acreedores y la posterior aprobación judicial y no a quienes lo ejecu-

taron posteriormente hasta que la situación se hizo insostenible y no tuvieron más opción que solicitar la apertura de la fase de liquidación, sin que se les pueda enjuiciar en fase de calificación por ninguna de las conductas que, durante el período en el que convenio se ejecutaba, aún parcialmente, por muy graves que fueran aquellas. Como el convenio era inviable desde el origen, el incumplimiento no le sería imputable a quien lo ejecuta hasta la apertura de la fase de liquidación, sin que pueda ser enjuiciado por ninguna conducta realizada durante ese plazo, dado que sólo pueden ser analizadas las causas del incumplimiento que ya se habían generado ex ante, aunque haya simulado situaciones patrimoniales ficticias, haya realizado pagos selectivos quebrando la *par conditio creditorum*, cometido irregularidades contables relevantes, no haya aportado documentos relevantes o haya incumplido el deber de colaboración judicial exigido legalmente.

Por todo ello, la solución asumida por la doctrina de la Sala Primera, en la Sentencia Plenaria referida, que parte de una interpretación literal y no sistemática, ni finalista de los arts. 167.2, 168.2 y 169.3, todos ellos de la LC, nos parece criticable por los efectos que ello produce, las situaciones dispares y de clara violación de la justicia material con los supuestos de convenios no gravosos, inviables o viables incumplidos, en los que el enjuiciamiento no queda limitado por el ámbito referido en los preceptos acabados de citar. Pero, además de criticable, lo que nos parece menos acertado es el fundamento que se utiliza para ello ya que si “*la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.*” es imprescindible enjuiciar en la reapertura de la sección de calificación o en la pieza separada todo lo que no pudo ser enjuiciado antes, con la apertura ordinaria, esto es, todo lo ocurrido desde que el convenio se ha aprobado, que no habrá sido enjuiciado, porque no puede serlo hasta que el convenio se incumple y se determina la apertura de la fase de liquidación, que conlleva la apertura de la fase de calificación.

5.3. *El retraso en la solicitud de la liquidación por parte de la concursada no puede asimilarse al retraso en la solicitud del concurso a efectos de la presunción del concurso como culpable*

La Sentencia Plenaria analiza otra cuestión, que, inicialmente, excede del ámbito del pronunciamiento por el que se fija la doctrina jurisprudencial ya referida y que la Sentencia de la Audiencia Provincial había estimado, para fundamentar la calificación del concurso como culpable y es la aplicación de una interpretación analógica del régimen del incumplimiento del deber de solicitar la declaración concurso, al deber de solicitar la liquidación, cuando ello proceda. La Sentencia de Casación, entiende que no cabe realizar esa labor hermenéutica y asimilar ambos deberes a los efectos de la calificación

concurzal ya que “1.- El retraso en la solicitud de la liquidación carece de encaje en el artículo 165.1º LC. La solicitud tardía de la liquidación no está prevista específicamente en la Ley como causa de culpabilidad del concurso, sin que quepa una traslación directa al tipo del mencionado art. 165.1º LC, previsto para una situación distinta, el retraso en la solicitud de declaración de concurso, que no puede ser objeto de aplicación extensiva, atendida la naturaleza de la calificación concurzal (analogía *in malam partem*); máxime si, como consecuencia necesaria de la calificación de culpabilidad, se deben imponer sanciones de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros (art. 172.2.2º LC) y privación de derechos económicos en el concurso (art. 172.2.3º LC).” Los argumentos parecen justificar adecuadamente que la tipificación del retraso en la solicitud del concurso no puede extenderse al retraso en la solicitud de la liquidación, cuando esta conducta no se ha incluido por el legislador de manera expresa como conducta de la que cupiera entender, de darse, una presunción de dolo o culpa grave o, desde la reforma de 2015, una presunción, *iuris tantum*, de concurso culpable. Y no puede serlo porque los límites a la analogía derivan de su propio ámbito de aplicación, ex art. 4.2 CC, al excluir la analogía en los supuestos, como afirma la propia Sentencia. “*in mala partem*”, dados los efectos que la calificación del concurso conllevan. A ello, se añade que el propio Juez puede acordar, de oficio, la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.5º LC), ante la no solicitud del deudor, lo que no cabe en el supuesto de incumplimiento de la solicitud de declaración de concurso, por lo que permite la corrección judicial del incumplimiento del deber de la concursada. Pero, también debe tenerse en cuenta que el legislador sí ha tipificado una conducta estrechamente relacionada con el deber de solicitar la apertura de la liquidación ex art. 142.3 LC, y es la apertura de oficio de a liquidación, ante el incumplimiento del convenio por causas imputables al concursado (art. 164.2.3º) que constituye, como ya se dijo, un supuesto, en todo caso, de concurso culpable. El único problema que sí constata la no aplicación del art. 165.1 LC a estos supuestos de incumplimiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación, dada la no aplicación del criterio de integración de la analogía, es que dicho retraso no afectará al incumplimiento del convenio, cuando el mismo, como en el caso que resuelve la Sentencia Plenaria, deriva de una imposibilidad de cumplimiento del convenio desde su misma aprobación, pero sí a un agravamiento de la situación de insolvencia, lo que, como ya hemos referido, caería en el marco del ámbito de impunidad, en el ámbito concurzal, que la Sentencia Plenaria estaría generando con la doctrina jurisprudencial establecida.

5.4. *Problemas en la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia Plenaria en relación con la determinación de la condena a la responsabilidad concurzal*

Conforme a la doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia Plenaria comentada “*el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y*

exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado". Derivado de ese pronunciamiento, la imposición de la responsabilidad concursal ofrece complicaciones que quizás no han sido tenidas en cuenta y que afectan a la finalidad de la fase de calificación. No debemos olvidar que la responsabilidad concursal, *de lege lata*, consistirá en la condena a los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada *"a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia."* (art. 172.bis.1 LC). Pero el punto de partida, la conducta de la debería devenir, en estos supuestos, la condena, no tendría por qué guardar relación con la generación o agravación de la insolvencia, como acontece en el supuesto analizado por la Sentencia Plenaria, dado que el incumplimiento deviene de la propia inviabilidad del convenio desde su origen. Como constata la propia Sentencia, los supuestos objeto de análisis en los casos de reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, tras el incumplimiento del convenio, deben limitarse a la determinación si el mismo es imputable al concursado, sin que pueda realizarse un análisis que se exceda del ámbito que delimita la *"perspectiva de los arts. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC"*. A nuestro juicio ello no encaja con el propio tenor del art. 172 bis.1. LC que se refiere expresamente a los supuestos de reapertura al preceptuar que *"Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar..."*. El Juez, una vez que determine que el concurso es culpable, limitado, en los supuestos de reapertura, al análisis de las conductas que hubieran podido causar el incumplimiento del convenio, cuando ha de proceder a examinar el ámbito de la responsabilidad concursal, dado que la misma ha de ser imputada en función de como dicha concursada, tras la aprobación del convenio, ha generado o agravado la insolvencia, pero exclusivamente en base a aquella conducta que ha sido tenida en cuenta para determinar la calificación culpable del convenio, debe obviar aquellas otras actuaciones que pudieran haber contribuido a generar o agravar la insolvencia. De ello, podrá darse el supuesto en que la responsabilidad concursal sólo podrá configurarse en la medida en que la insolvencia, posterior al convenio, haya sido generada o agravada por la conducta de la que dimana el incumplimiento de aquel, debiendo enjuiciarse otras conductas lesivas de la solvencia de la concursada bajo parámetros, en su caso, de responsabilidad civil, imputando jurídicamente no sólo la solvencia sino, también, el déficit a esa actuación. De nuevo, la interpretación jurisprudencial crea una segunda zona de impunidad frente a aquellos supuestos en los que la apertura de la calificación no se produjo porque el contenido del convenio, antes al amparo del art. 163.1.1º LC y ahora bajo los parámetros del art. 167.1 LC, suponía un obstáculo para la procedibilidad de dicha sección. Así, en aquellos supuestos en los que el concurso sea considerado culpable, porque el incumplimiento del convenio

pueda ser imputable al concursado, el Juez, a la hora de establecer los términos de la responsabilidad concursal debe limitarse a fijar cómo, en su caso, la insolvencia ha sido generada o agravada por la conducta que genera ese incumplimiento. Pero no puede, por estarle vetado, examinar si han existido otros comportamientos que hayan generado o agravado la insolvencia, como podría haber ocurrido en el supuesto examinado por la Sentencia, en el que determinado que el incumplimiento del convenio se produce por inviabilidad en su origen, las actuaciones posteriores son irrelevantes a los efectos de determinar su incumplimiento. De haberse producido supuestos lesivos, que agravaran la insolvencia, no podrían haber sido tenidos en cuenta, permitiendo a sus autores quedar a salvo de esa responsabilidad. Por el contrario, de haberse tratado de un convenio no gravoso, de los contemplados en el anterior art. 163.1.1° LC (o *de lege lata*, de los contemplados en la excepción prevista en el art. 167.1, segundo párrafo LC) no habría existido esa impunidad y el examen de las conductas generadoras o que hubieran agravado la insolvencia no quedaría limitada a aquellas que, imputables al concursado, conllevan el incumplimiento del convenio.

5.5. Conclusión

El Tribunal Supremo establece, en la sentencia comentada, como doctrina jurisprudencial que *«La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 °, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado»*. Con ello, se restringe el ámbito de enjuiciamiento al examen de cuáles han sido las causas que han llevado al incumplimiento del convenio y si las mismas le son imputables a la concursada, pero ello sólo acontece en aquellos supuestos expresamente referidos en los preceptos señalados, que se delimitan en función del contenido del convenio aprobado y que, únicamente, afectaría a aquellos convenios cuyo incumplimiento conlleva la reapertura de la fase de calificación. Ello supone excluir de enjuiciamiento, en estos casos, todas las conductas realizadas, con posterioridad a la aprobación de dicho convenio, que pudieran constituir los supuestos tipificados como ilícitos concursales en los arts. 164 y 165 LC, con la excepción del previsto en el art. 164.2.3° LC, aunque ello conlleve no juzgar lo no juzgado anteriormente. Con esta doctrina jurisprudencial, se genera una zona de impunidad que no se produce cuando el convenio prevé el contenido previsto en el anterior art. 163.1.1° LC, o en la actualidad en el art. 167.1, segundo párrafo LC ya que, tras la apertura de la fase de liquidación se produciría la apertura ordinaria de la sección de calificación, permitiendo enjuiciar todos los hechos, sin delimitación previa.

De la aplicación de la doctrina jurisprudencial referida, también se desprende que en el ámbito de determinación de la condena a la responsabilidad concursal, en los supuestos referidos, la condena al déficit, dado que la misma se ha producir en la medida en que se haya generado o agravado la insolvencia por la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso (art. 172.bis.1 LC), el Juez sólo puede condenar en función de cómo la causación del incumplimiento del convenio, imputable a la concursada, haya generado o agravado la insolvencia, obviando cualquier otra conducta realizada, con posterioridad a la aprobación del convenio, que haya acarreado o contribuido a esos resultados. De nuevo, el Tribunal Supremo genera una zona de impunidad, también en relación con la responsabilidad concursal, y lo hace diferenciándolo de aquellos supuestos en los que la sección de calificación no se reabre sino que se abre inicialmente por haberse pactado un contenido de un convenio, finalmente incumplido, que impedía, al amparo del antiguo 163.1.1º LC o del actual art. 167.1. según párrafo LC, abrir dicha sección. Ello no priva que puedan iniciarse acciones de daños y perjuicios contra los responsables por esas conductas lesivas no enjuiciadas en la fase de calificación –que exigiría una imputación del resultado lesivo susceptible de ser indemnizado, y no sólo de la insolvencia–, pero ello no justifica la interpretación, basada en la literalidad de la norma, que se ha realizado, particularmente porque contradice el propio argumento vertido en la Sentencia Plenaria, y ya anticipado en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29/2013, de 12 de febrero de que se ha de “*enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes*”. Y por ello, la Sentencia aquí comentada, creemos que no acierta en la doctrina jurisprudencial establecida porque en la apertura ordinaria de la sección de calificación no se ha podido juzgar lo que pueda acontecer posteriormente, tras la aprobación del convenio, de lo que sí debería darse cuenta si la reapertura llega a producirse.

6. Bibliografía

- GARCÍA CRUCES, J.A., “Artículo 167. Resolución judicial”, en VVAA. *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo, A.-Beltrán, E. (dirs), Madrid 2004.
- MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2006.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “La gestión durante el cumplimiento del convenio y sus efectos sobre la calificación fortuita o culpable del concurso (STS, Sala Primera, de 13 de abril de 2016)”, en *Análisis GA&P*, Mayo 2016.
- MUÑOZ GARCIA, A., *Las estructuras de imputación como criterio delimitador de las responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid 2015. Tesis inédita.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2015.

- PULGAR EZQUERRA, J., “La responsabilidad concursal de los administradores sociales”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín, G. (dir.), Madrid 2012.
- VILALTA, S., “La calificación en caso de incumplimiento del convenio”, en VVAA., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Rojo, A.-Campuzano, A.B. (dirs.), Cizur Menor (Navarra) 2013.