

I FORO CONCURSALDEL TAP

MARCOS BERMÚDEZ ÁVILA.

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao.

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. LA REFORMA DEL AÑO 2014. ÚLTIMA JURISPRUDENCIA.

BILBAO, DICIEMBRE DE 2.014.

SUMARIO.

1. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. **El objeto del enjuiciamiento.**
 - 1.1. La declaración de culpabilidad: sus causas. 1.2. Sus efectos. 1.2.1. Los efectos del art. 172 (**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**). 1.2.2. Los efectos del art. 172 bis. **LA COBERTURA DEL DÉFICIT.** La responsabilidad concursal *vs.* responsabilidad penal. 1.3. La compatibilidad con las acciones de responsabilidad de los administradores. 2. **Los demandantes.** 2.1. La intervención del acreedor en la pieza de calificación. 2.2. La posición de la administración concursal. El informe de calificación. 3. **Los demandados.** 3.1. Las personas afectadas por la calificación: el administrador de hecho. 3.2. La teoría de la complicidad concursal.

1. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. EL OBJETO DEL ENJUICIAMIENTO.

1.1. LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD. SUS CAUSAS.

El objeto principal de la pieza de calificación es declarar el concurso FORTUITO O CULPABLE (art. 163). En el primer caso, se archivarán las actuaciones mediante auto, sin que deban responder de su actuación ninguna de las personas que hayan intervenido en la gestión social (art. 170). Declarado el concurso culpable, SI CONCURRE ALGUNA DE LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL ART. 164 LC, se producirán los efectos previstos en los arts. 172 (inhabilitación, pérdida de derechos, indemnización de daños y perjuicios) y/o 172 bis (responsabilidad por el déficit concursal).

Lo primero, por tanto, será concretar las CAUSAS que conllevan la declaración de culpabilidad del concurso. Son (únicamente, basta los artículos 164 y 165 para comprobarlo) **las DIEZ CAUSAS PREVISTAS EN EL ART. 164¹**. Las siguientes:

(GENERACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA).

1. Generación o agravación del estado de insolvencia habiendo mediado dolo o culpa grave del deudor o sus representantes legales (en caso de persona física) o sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho (si la concursada es una persona jurídica) y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso².

¹ **Y no, como suele confundirse, las de los artículos 164 y 165.** Aunque ciertamente el 164 está redactado de forma que lleva a confusión, distinguiendo la causa prevista en su número 1, del bloque de motivos agrupados en el número 2, sin justificación alguna, porque la mera lectura de los “tipos” civiles ya conlleva la determinación de los requisitos específicos de cada uno de ellos.

² Para afirmar la concurrencia de esta primera causa de culpabilidad debe demostrarse la generación o agravación de la insolvencia (1); la conducta dolosa o gravemente negligente (2); y la relación de causalidad entre uno y otro elemento. Lo dice el propio art. 164.1. En cambio, para las siguientes causas (las

Podrá afirmarse la concurrencia de esta causa cuando:

- A. La AC constate la realización de operaciones empresariales que hayan generado o agravado dolosa o de forma gravemente negligente la insolvencia social. En el informe de calificación deberá CONCRETARSE la causa o causas que imputa a las personas afectadas por la calificación (administrador/es social/es o de hecho) y la incidencia de dicha operación u operaciones en la generación del déficit patrimonial.
- B. Cuando concurra alguna de las presunciones del art. 165 de la LC³:

INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SOLICITAR EL CONCURSO
INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACIÓN con el Juez o con la AC.

FALTA DE FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES, DE AUDITORÍA O DE DEPOSITO EN EL RM en alguno de los tres ejercicios anteriores.

4. Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a un emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis 1 o en la DA 4^a. A estos efectos se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el art. 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer a favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el credor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada a favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior. (INCLUIDO POR LA L. 17/2014, DE 30 DE SEPTIEMBRE).

EL JUEGO DE LAS PRESUNCIOS DEL ART. 165 LC Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA CULPABILIDAD (ART. 217 LEC).

agrupadas en el número 2 del art. 164), la prueba de estos requisitos no será necesaria (también lo dice el precepto: “en todo caso”).

³ En este caso, deberá formularse la causa de la siguiente manera: el concurso deberá declararse culpable por concurrir la causa prevista en el art. 164.1 de la LC, en relación con el art. 165.1, 2, 3 o 4, según proceda.

Al AC (y el MF), le corresponde la carga de demostrar solo (1) la concurrencia de la causa prevista en el art. 165: el retraso en la solicitud del concurso (momento en el que concurre la insolvencia y fecha de solicitud del deudor o de la declaración de concurso necesario); la falta de colaboración (indicando los requerimientos efectuados y su contenido); la no presentación de CCAA o de auditoría; la negativa a la capitalización de las deudas en las condiciones previstas en el nuevo nº 4.

El resto de los elementos “se presumen”: (2) conducta dolosa o gravemente negligente y (3) generación del déficit patrimonial (**STS de 01.04.14 (pon. RAFAEL SARAZÁ)**) que el precepto “*contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción “iuris tantum” en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia*”.

Por tanto, corresponderá entonces a los demandados la carga de probar: que no concurre ninguna de las causas previstas en el 165, o que su conducta no fue negligente, o que, a pesar, por ejemplo, del retraso en la solicitud del concurso, ninguna incidencia tuvo dicha circunstancia en la generación o agravación de la insolvencia.

(CONTABILIDAD)

2. Incumplimiento sustancial de la llevanza de contabilidad;
3. Llevar doble contabilidad;
4. Cometer irregularidad relevante para la compresión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

(DOCUMENTOS DE LA SOLICITUD DE CONCURSO).

5. Inexactitud grave en cualquiera de ellos;
6. Presentar documentos falsos.
7. INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO, por causa imputable al concursado.
8. ALZAMIENTO DE BIENES. Cuando el deudor se hubiere alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores; o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo.
9. SALIDA FRAUDULENTA de bienes o derechos del patrimonio del deudor.
10. SIMULACIÓN DE SITUACIÓN PATRIMONIAL FICTICIA.

1.2. SUS EFECTOS.

Declarado el concurso culpable, deben soportar el administrador social los pronunciamientos de condena previstos en el art. 172 de la LC: la inhabilitación, que se fija en el plazo de seis años, conforme a lo solicitado por el AC, y la pérdida de derechos como acreedor concursal o contra la masa. Y deberá responder también de la totalidad del déficit concursal generado, tal como, acertadamente, solicita el Ministerio Público.

La **nueva redacción del art. 172 bis operada por el RDL 4/2014** no deja lugar a dudas: en la pieza de calificación deberá quedar fijada la medida en que las conductas de las personas afectadas por la calificación han generado o agravado de la insolvencia, para hacerles responsables de la totalidad o solo de la parte del déficit concursal. Para ello, deberá determinarse el **objeto** y la **carga** de la prueba en atención a la **concreta conducta imputada** a las personas afectadas por la calificación.

Así, en los supuestos previstos en los números 164.1 y 164.2.3^a, 4^a, 5^a y 6^a, deberá la AC, a quien corresponderá la carga de la prueba, fijar el montante económico de las operaciones que han provocado o agravado la insolvencia (en los supuestos del art. 164.1); o la diferencia entre lo que hubiesen cobrado los acreedores en caso de cumplimiento de convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación (art. 164.2.3^a); o determinar el valor de los bienes con los que se ha alzado el deudor (art. 164.2.4^a); o el valor de los concretos bienes o derechos que han salido fraudulentamente el activo de la concursada (art. 164.2.5^a); o el efecto económico negativo que haya podido provocar la simulación de la situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6^a). (Así se dice en el voto particular del Magistrado SANCHO GARGALLO a la STS de 21.05.12).

Pero si, como ocurre en este caso, concurre alguna de las **presunciones recogidas en el art. 165 de la LC** (incumplimiento del deber de solicitar el concurso, incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales, o falta de formulación, depósito o auditoría de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios) o **alguna de las causas de culpabilidad de los números 1 y 2 del art. 164.2** (irregularidades contables o defectos en la documentación presentada por el deudor en el procedimiento concursal), **corresponde a las personas afectadas por la calificación la carga de la prueba de la efectiva incidencia de su conducta en la agravación de la insolvencia**, si quieren ver limitada su responsabilidad solo a la parte del déficit generado. De tal forma, que a falta de prueba, deberán ser condenados a responder de la totalidad del déficit patrimonial. Así lo interpreta el TS:

(i) **Sobre el alcance de las presunciones de recogidas en el art. 165 (y su relación con el art. 164.1 LC).** Refiriéndose al incumplimiento del deber de solicitar el concurso (165.1^a), dice la STS de 01.04.14 (pon. RAFAEL SARAZÁ) que el precepto “*contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción “iuris tantum” en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia*”. Es decir, probado por la AC el incumplimiento del deber de solicitar en plazo el concurso (o la falta de colaboración, o la falta de formulación de cuentas o de su depósito o su auditoría, hechos presuntos), se entienden probadas (efecto propio de la presunción legal) tanto la conducta dolosa o gravemente negligente de los responsables como la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia (elementos presumidos), debiendo responder de la totalidad del déficit patrimonial, “salvo prueba en contrario” (a cargo de los demandados, quienes soportan la presunción legal) que demuestre que su conducta no fue ni consciente ni gravemente negligente o que en realidad no generó todo el déficit patrimonial resultante.

(ii) **Sobre la determinación de la incidencia en la generación del déficit de las conductas descritas en los números 1 y 2 del art. 164.2 de la LC.** “Cuando concurran estas conductas (irregularidades contables, defectos en los documentos presentados por el deudor en el procedimiento concursal), cuya realización puede impedir en un caso concreto el conocimiento de las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia... estaría “justificado que presumiéramos la responsabilidad de la persona afectada por la calificación en la generación o agravación de la insolvencia, pues debido al incumplimiento de un deber legal suyo no es posible conocer con precisión dichas causas” (voto particular citado, cuyas consideraciones resultarán de aplicación en lo sucesivo para interpretar la nueva redacción del art. 172 bis de la LC).

1.3. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL vs. RESPONSABILIDAD PENAL.

El **art. 164 de la Ley Concursal** dice que “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor...”. A su vez, el **Código Penal**, dentro del título dedicado a los “delitos contra el patrimonio”, incluye un capítulo denominado “de las insolvencias punibles”; y en su **artículo 260** castiga, con pena de prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses, al “que fuere declarado en concurso, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. Las conductas descritas son similares. Además, la propia terminología utilizada por la LC induce a confusión con el empleo de términos como “concurso culpable”, “dolo”, “culpa”, “calificación”, “cómplice”, más propios del enjuiciamiento penal que del proceso civil; aparece en la pieza de calificación el Ministerio Fiscal; y nos encontramos con el art. 189 LC, con la discutible opción elegida por el legislador: rechazar el carácter prejudicial del proceso penal.

El objeto del enjuiciamiento propio de ambos procesos, siendo las conductas descritas prácticamente similares, se convierte así en el primero de los problemas que deben afrontarse.

El estado de la cuestión.

La reacción del ordenamiento jurídico frente a la persona que no puede hacer frente a sus deudas ha ido cambiando, acomodándose a la evolución de la sociedad. En el derecho arcaico el deudor respondía con su persona frente al acreedor, quien tras 60 días aprehensión personal, procedía a su venta como esclavo para cobrarse la deuda. Ahora, en el derecho concursal moderno, se ha superado la regla “*decoctor ergo defraudator*” y la insolvencia de la sociedad capitalista se asume como una posibilidad de la que no se deriva responsabilidad alguna, al menos en determinados casos (art. 167.1 LC). Pero si es el propio deudor quien causa su insolvencia, su actuación es merecedora del reproche, civil y penal, del ordenamiento jurídico.

El reproche civil.

En el seno del procedimiento concursal, cuando en la generación o agravación de la insolvencia de una sociedad hubiera mediado dolo o culpa grave de sus administradores

sociales, éstos serán inhabilitados, perderán cualquier derecho que tengan como acreedores de la mercantil y deberán responder del perjuicio causado a los acreedores (art. 164 y 172 LC). El dolo civil **no requiere la intención fraudulenta** del autor (CASTAN). Tampoco, por tanto, se exige esta intención de defraudar para imputarle la responsabilidad concursal derivada de sus actos. Bastará con acreditar que **conocía** las consecuencias de su conducta, que conocía que sus actos iban a provocar que la sociedad no pudiera cumplir regularmente con sus obligaciones (o hacer más grave esta situación). La intención del administrador social, a la hora de enjuiciar su responsabilidad concursal, es irrelevante⁴ (o lo será únicamente para moderar la inhabilitación). A la conducta dolosa se equiparan las acciones u omisiones llevadas a cabo por los administradores sociales incumpliendo los deberes de cuidado más elementales (negligencia grave).

El reproche penal.

Si, además, la conducta del administrador social está guiada por “*el propósito reflexivamente formado de ocasionar el perjuicio a los acreedores*”, su actuación al frente de la gestión social será sancionable también penalmente (art. 260 CP). La imposición de las penas previstas en el Código Penal para castigar los tipos de insolvencias punibles exige esta concreta intención fraudulenta en el administrador social, *no bastaría haber realizado operaciones económicas de riesgo*”, (SSTS 04.02.09 y 13.03.2002 y STAP Valencia de 09.03.2011, rec. 30/2010). Como todo elemento subjetivo o intención del autor, deberá determinarse, en el procedimiento penal, atendiendo a los actos anteriores, simultáneos o posteriores de los que se induce el ánimo del agente. Por el contrario, vuelve a insistirse, a efectos civiles, esta intención fraudulenta no se exige para calificar el concurso como culpable y obligar al administrador social a reparar el daño causado⁵.

La “prejudicialidad” penal.

Fijados así con precisión los objetos de los procesos judiciales, civil y penal, en los que se va a investigar la conducta de los sujetos responsables, que pueden solaparse en el tiempo, no se entiende la negativa frontal del legislador⁶ a impedir que primero se finalice el proceso penal (donde podrá determinarse no solo la pena correspondiente,

⁴ La **STAP de Vizcaya, secc. 4ª, de 30 de julio de 2.009 (rec. 186/09)** parte de la “*carenza de virtualidad del móvil inspirador de las actuaciones empresariales al efecto de la valoración de la concurrencia de las conductas determinantes de la calificación del concurso...*”. Rechaza que “*el móvil o fin inspirador de las actuaciones seguidas en la administración de la empresa* pueda actuar como “*elemento neutralizador de las consecuencias legales aparejadas a las prácticas empresariales consideradas reprobables por el legislador en los supuestos de crisis y a la calificación del concurso*”.

⁵ Habitualmente surgen dudas también a la hora de identificar el objeto de la **ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN** (sobre el particular, STJM1 BILBAO, DE 28.05.2012).

⁶ No lo explica la **exposición de motivos de la Ley Concursal**. En ella, el legislador, en lugar de “exponer los motivos” que justifican la opción legislativa, o guardar silencio, se limita a decir lo mismo que dice el texto legal pero con otras palabras: “*los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia*”.

sino también la responsabilidad civil derivada del delito), para luego, si resulta que no ha quedado acreditada la intención fraudulenta de los imputados pero sí la agravación de la insolvencia social, entonces abrir la pieza de calificación correspondiente. Todo ello precedido de las medidas cautelares precisas sobre el patrimonio del deudor o sus administradores sociales.

Así ocurría en la legislación derogada: la calificación de la quiebra constituía simplemente, al menos hasta el CP de 1.995, una condición de perseguibilidad de los tipos penales de quiebra fraudulenta y culpable, con efectos civiles apenas relevantes (Tratado de la Insolvencia, Tit. VI).

1.4. COMPATIBILIDAD DE LA PIEZA DE CALIFICACIÓN CON LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES.

REGULACIÓN

Confluyen en el régimen jurídico aplicable a la cuestión los siguientes preceptos: (1) de la **Ley de Sociedades de Capital**, los **artículos 241** (que regula la acción individual de responsabilidad por daño) y **367** (responsabilidad del administrador social por las deudas sociales derivada del incumplimiento de sus obligaciones cuando concurre causa de disolución). (2) De la **Ley Concursal**, los artículos **48 quater** (“efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”) y **50.2** (“los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores...que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”). (3) Además, de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** puede traerse a colación el **art. 43** (“prejudicialidad civil”: cuando para resolver el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya objeto principal de otro proceso pendiente...” podrá decretarse la suspensión).

INTERPRETACION CONJUNTA DE LOS PRECEPTOS APLICABLES.

SJM1BILBAO, de 19.03.2013. Acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) vs. pieza de calificación concursal.

En el asunto enjuiciado, primero se desestimó la declinatoria interpuesta por la defensa del administrador social demandado interesando la nulidad de actuaciones por la indebida admisión de la demanda conforme a lo dispuesto en el art. 50.2 de la LC y luego se desestima también la petición del demandado de suspensión del juicio por prejudicialidad civil (art. 43 de la LEC), al tratarse de pleitos con distinto objeto. La articulación de los preceptos aplicables que se propone en la sentencia es la siguiente:

Debe traerse a colación ahora el fundamento del auto de fecha 24.01.2013, por el que se resolvía la declinatoria presentada por el demandante, denegando la suspensión del procedimiento pretendida al amparo de lo dispuesto en el art. 50.2 de la LC. En esta resolución se decía que “los términos literales del art. 50.2 de la LC (redactado por la reforma operada

por la L. 38/11) permiten, sin dificultad, inadmitir la tramitación de las demandadas que se presentan contra los administradores sociales en las que se reclama contra ellos la acción de responsabilidad por deudas prevista en el art. 367 de la LSC, fundada en el incumplimiento de las obligaciones societarias que la Ley les impone cuando la sociedad que gestionan está incursa en una causa de disolución. No encuentra encaje legal en el texto reformado la misma solución procesal aplicable las demandas en las que se ejerce la acción individual de responsabilidad, fundada en los daños y perjuicios ocasionados al tercero por la negligente gestión social (art. 241 de la LSC), que es la que se plantea en este caso. Y se aclaraba a las partes el objeto del proceso conforme a la acción entablada: “otra cosa será el éxito de la acción ejercitada, que se decidirá en sentencia: nótese que una cosa es el enjuiciamiento de la conducta dolosa o culposa del administrador social, que se lleva a cabo en la pieza de calificación, arts. 164 y siguientes de la LC; y otra, muy distinta, es la estimación de la acción individual de responsabilidad del art. 241 de la LSC, que exige, además de la demostración del daño al patrimonio de la demandante, equivalente al impago de la deuda social, la acreditación del comportamiento ilícito imputable a la administrador social, con el ánimo de “expoliar al actor en sus derechos” al acreedor demandante, o que “fuese previsible que no se fueran a poder cumplir los compromisos que se adquirían con el demandante”, además del nexo causal entre el daño y la conducta del administrador social (y no la situación de crisis empresarial (STAP de Madrid, secc. 28, de 17/09/2010, rec. 435/09). Debe tenerse presente, también, que “tratándose de acreedores de la sociedad cuyo daño deriva exclusivamente de la insolvencia de la deudora, como regla general, la vía adecuada para demandar la responsabilidad de los administradores, en el caso de concurrir los requisitos previstos a tal efecto por la norma, es la prevista en el art. 133 LSA (con referencia al actual 367 LSC), ya que no puede transformarse sin más el impago de sus deudas por la sociedad en daño directo imputable a acción u omisión de los administradores al amparo del art. 135 LSA” (que regula la acción individual de responsabilidad, STS 01/06/10, recurso 2173/2003). Pero estas cuestiones, como se ha dicho, serán resueltas en la sentencia que a la postre recaiga en el pleito. Si se apunta ahora es únicamente para centrar la acción ejercitada y su compatibilidad con el procedimiento concursal y la sentencia que ya ha sido dictada en la pieza de calificación.”... En el presente caso. La demanda debe ser íntegramente desestimada. Formalmente se ejerce la acción individual de responsabilidad al amparo del art. 241 de la LSC, lo que le ha permitido al actor reclamar su crédito nuevamente en esta demanda (además de reconocérsele en el concurso y tramitarse allí contra el administrador social demandado la pieza de calificación para exigirle la responsabilidad concursal por las deudas sociales). Pero, en el fondo, la pretensión de condena del demandante se fundamenta en los mismos hechos por los que se pide la condena del administrador social en el concurso (abandono de sus funciones como gestor social, no acudir a las instalaciones de la sociedad, abandono a su suerte...de los trabajadores, incumplimiento de todas las obligaciones que la normativa mercantil le impone como administrador...falta de formulación de las cuentas anuales, incumplimiento del deber de solicitar el concurso en el plazo previsto). Que se pide lo mismo que se reclama en la pieza de calificación del concurso es indiscutible: las pruebas base de esta demanda son precisamente los informes del administrador concursal (el del art. 75 LC y el de la pieza de calificación) y, por tanto, los hechos alegados sean los mismos que se discuten en ese procedimiento. Habrá de estar a lo resuelto allí, desestimando íntegramente la reclamación individual ejercitada nuevamente en este pleito. De lo contrario, se estaría abriendo la puerta para que cada acreedor reclamase su crédito fuera del proceso concursal y por los mismos hechos que ya se discuten en la pieza de calificación. Cuando el fondo de la cuestión litigiosa no es la responsabilidad por un daño individual a un acreedor concreto, sino a todos los de la sociedad.

SJM3DE PONTEVEDRA, de 19.03.2013 (JOSÉ M^a BLANCO SARALEGUI).

Resuelve un asunto en el que se exige por la AC, en nombre y representación de la sociedad concursada, y al amparo de lo dispuesto en el art. 48 quater, la responsabilidad por daño prevista en el art. 241 de la LSC. El concurso se declaró fortuito. En cambio la acción social se estima (fundamentada en hechos anteriores a los dos años de límite temporal previsto en el art. 164.1 de la LC). Además, la sentencia enfrenta la cuestión

de la retribución del administrador como hecho generador del daño (supuesto paradigmático de discusión), con cita de la jurisprudencia del TS aplicable.

F.D. 5º. En síntesis: es compatible y por tanto legítima la remuneración que percibe un administrador por contrato de alta dirección siempre que ejerza funciones distintas y perfectamente deslindadas de las propias de los administradores, examinadas conforme a la prueba practicada en cada caso concreto. Si las funciones que se ejercen no están bien diferenciadas, se convierte en un mecanismo de fraude para burlar lo dispuesto respecto al sistema de retribución, que según el artículo 66 LSRL ya mencionado, ha de ser dispuesto estatutariamente. (...) Si la retribución del administrador es indebida, el acto es contrario a la ley o a los estatutos y, por ende, perjudicial para la sociedad. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012, ponente Sr. Gimeno- Bayón, que analiza un supuesto de acción social de responsabilidad por las llamadas "remuneraciones tóxicas", señala que los administradores societarios deben responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales cuando la retribución es ilícita, sin que sea suficiente para eludirla el hecho de que los acuerdos societarios fijando la retribución no hubieren sido impugnados. La ilicitud o toxicidad – en palabras de la sentencia- se revela contraria “a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social”, con cita de la 377/2007, de 29 de marzo, que manifiesta: “esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social”- (...)Evidentemente, algunos de los motivos de exoneración clásicos de las acciones sociales de responsabilidad – el consentimiento tácito y perdurable en el tiempo de los socios que después ejercitan la acción social tras consentir a ciencia y paciencia tales percepciones, como recoge la SAP Oviedo, sección 1ª, de 30-9-10, ponente Sr. Azparren, con cita de la STS 29-5-08- no son aplicables aquí, dada la legitimación extraordinaria y exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad sobre la base del nuevo 48 quater, como órgano plenamente independiente y desvinculado de los intereses particulares de los socios.

II. LOS DEMANDANTES.

II.1. LA INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR EN LA PIEZA DE CALIFICACIÓN.

Parece claro, al menos para la mayoría de los juzgados y tribunales mercantiles, que hasta que no se reforme el **art. 170 de la Ley Concursal** (y la reciente modificación de octubre de 2011 no lo ha tocado), los acreedores no pueden sostener la petición de culpabilidad del concurso si la administración concursal o el Ministerio Fiscal no lo hacen. Es una opción del legislador, que limita la legitimación activa de los principales interesados en el buen fin del concurso. Ante ello, alguna opinión aislada se ha rebelado, llegando incluso a decirse en alguna sentencia judicial que la existencia del precepto citado, y sobre todo, su contundente tenor literal, “*no es un obstáculo insalvable*”.⁷

Recientemente el TC se ha pronunciado sobre esta cuestión en su **STC 17/2012, DE 13 DE FEBRERO**, concediendo el amparo a los acreedores laborales (UGT y CCOO) porque “*apartándose de forma patente de las previsiones legales, restringe de manera constitucionalmente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por*

⁷ STJM1 Alicante, de 11.03.2011 (dictada por RAFAEL FUENTES DEVESA), donde el Magistrado hace un detallado estudio de la cuestión.

el art. 24.1 CE". No entra, por tanto, el órgano constitucional, a establecer el contenido concreto del derecho de acceso a la jurisdicción del acreedor en la pieza de calificación (por lo que no sirve la resolución citada para acabar con la polémica apuntada): concede el amparo porque los acreedores fueron expulsados de la pieza sin concedérseles siquiera la (limitada) intervención procesal que preven los preceptos aplicables.

La posterior **STAP DE MADRID, secc. 28^a, de 09.03.12, partiendo de la sentencia del TC citada**, vuelve a insistir que los acreedores pueden personarse, formular alegaciones, proponer pruebas y recurrir, pero no plantear causas de calificación culpable distintas de las planteadas por la AC y el MF, ni pedir la responsabilidad concursal, si no lo han hecho éstos.

La polémica vuelve a avivarse: la **SAP ALICANTE, DE 20.12.12 (ponente FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN)**, confirma la posición minoritaria mantenida por los Juzgados de lo Mercantil de Alicante. Hace un claro y extenso repaso de las posiciones mantenidas optando por conferir al acreedor la posición de parte en sentido amplio, incluida la posibilidad de mantener pretensiones de condena frente a los demandados, incluso cuando tanto la AC como el MF han calificado el concurso de fortuito.

Ciertamente, el art. 170.1 LC("Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno") parece erigirse en obstáculo para mantener que los acreedores personados puedan formular pretensiones, pues la literalidad del precepto impondría, aún en tal caso, el archivo de las actuaciones. Ya se ha dicho que la resolución apelada razona, y es criterio compartido por el Tribunal, que el precepto podría ser interpretado en el sentido de que prevé el caso de que no exista parte alguna, y siendo coincidentes el parecer de la administración concursal y el Ministerio Fiscal en la calificación del concurso como culpable, se decrete el archivo de las actuaciones. Existiendo parte que deduzca pretensiones condenatorias, ya entraría en juego el art. 170.2 LC. No está de más recordar que la constitucionalidad del art. 170 LC ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Mercantil n.^º 1 de Oviedo, que mediante auto de fecha 30 de Mayo de 2012ha planteado cuestión de constitucionalidad del art. 170.1 de la Ley Concursal en relación con el art. 168.1 (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009), desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución. (...) Recientes sentencias del Tribunal Supremo parecen abonar la tesis que mantiene en esta resolución este Tribunal. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (n.^º 534/12) de 13 de septiembre del 2012.

II.2. La posición de la administración concursal.

A mi juicio, la administración concursal, en el concurso y en sus incidentes no es solo una "parte procesal", es algo más: un órgano del concurso, con la especialización técnica y la imparcialidad propia de los peritos judiciales. No se entiende, si no es con esta configuración específica, que la LC le exija a la AC, en la pieza de calificación, en lugar de una "demanda" (con el contenido previsto en el art. 399 LEC), la emisión de "un informe...con propuesta de resolución" (art. 169.1).

Esta especial "naturaleza jurídica" tiene efectos procesales que deben tenerse en cuenta: "*el informe de la AC, previsto en el art. 169.1 LC se constituye como un medio probatorio más, que habrá de valorarse junto con los documentos aportados por las*

partes y el resto de las pruebas practicadas. No se trata de una “demanda”, en la que una parte, con intereses en el procedimiento, introducen los hechos que le interesan con el fin de obtener lo pretendido en el juicio. Los administradores concursales no son propiamente demandantes sino un órgano del concurso, integrado por tres miembros cualificados que ejercen variadas funciones entre las que se encuentra “informar” al juez y a los acreedores de la situación de la mercantil en concurso, como sucede en la pieza de calificación. Cuando ejercen esta tarea, su función se aproxima a la de los peritos judiciales, quienes deben cumplir su encargo “con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes” (art. 335 LEC). Si, a efectos probatorios, el informe de la AC se acerca a la naturaleza de medio de prueba, en cambio la “propuesta de resolución” que debe formular también la AC junto con su informe (art. 169.1 LC) será entendida como una verdadera pretensión de declarativa y de condena (igual que la que puede ejercitar el Ministerio Fiscal), acercándose, ahora sí, a la naturaleza de demanda que configura el objeto del enjuiciamiento y conforma el deber de congruencia de la sentencia que recaiga en la pieza de calificación, de tal forma que el Juez deberá resolver únicamente sobre aquello que se pretenda por las partes (art. 218 LEC). (SJM1BILBAO, de 31.10.2011, asunto IURBENOR).

Sobre el valor de probatorio del informe de la AC puede esgrimirse la razón de decidir de las **SSAP MADRID, secc. 28^a, de 28.01.13 y 11.01.13.** En ellas se distingue entre el informe del síndico y el del comisario de la quiebra, razonándose de la siguiente forma.

Alega la apelante que se habrían infringido en la resolución recurrida las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, ya que en la medida en que ésta incumría, conforme al artículo 217.2 de la LEC, a la Sindicatura y al Ministerio Fiscal no podría fundarse la calificación en los alegatos de éstos y mucho menos en atribuir a la quebrada toda la carga procesal de presentar medios de descargo contra tales alegaciones. Por otro lado, se reprocha también a la sentencia no haber detallado los motivos de la calificación, ni haber concretado el daño que se produjo ni haber determinado qué personas concretas son las responsables, aludiendo a que la posible responsabilidad debería concretarse en el consejero-director general y no en el resto de los miembros del consejo de administración de CASHJOYA SA. Con respecto al primero de los argumentos de la apelante debemos señalar que a diferencia de la exposición de la Sindicatura que, como representante de la masa de acreedores, debe ser considerada como un alegato de parte y no puede ser valorada como un medio probatorio, la opinión del Comisario debe, sin embargo, ser tomada en cuenta como un juicio de experto incorporado al expediente de calificación, no como la de la contraparte del quebrado. El informe del Comisario, que es un órgano concursal imparcial, designado de oficio por el juzgado para auxiliarle y que es desempeñado por un profesional experto en la materia, tiene un valor equiparable a una prueba pericial. Por lo que su detallada descripción de las irregularidades detectadas en la situación económica y contable de la quebrada proporciona información objetiva que puede ser valorada como prueba por el órgano judicial como alternativa al examen directo de los libros de comercio, puesto que el juez no es un experto en llevanza de contabilidad ni en el análisis de la información contable y financiera. Lo que el órgano judicial debe hacer, porque en ello estriba su labor, es asignar las consecuencias jurídicas que merezcan las carencias y defectos que, como datos de hecho, puedan extraerse no solo del examen directo de los libros sino, en su caso, de lo que reseña en su informe un experto en la materia como lo es el Comisario de la quiebra, en el cual advirtió en el presente caso de la trascendencia real de las deficiencias constatadas. En la medida en que consideramos que eso es lo que se hizo en la sentencia apelada, a la vista de las razones explicitadas en los párrafos penúltimo y antepenúltimo de su fundamento jurídico segundo, no podemos considerar justificado el alegato de que se infringieron en la resolución apelada las reglas sobre la carga de la prueba. La consideración vertida en el párrafo último de la resolución apelada, que es la que parece molestar a la apelante, debe considerarse referida a la necesidad de aportar prueba de descargo por la quebrada una vez que ya se ha volcado la de cargo en la pieza de calificación, incluso vía el informe del Comisario, y no como un medio de obviar la necesidad de constatar la existencia

de esta última.

III. LOS DEMANDADOS⁸.

III.1. LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN.

Tendrán esta consideración de “personas afectadas” por la calificación (siempre, claro está, que cometan alguna de las conductas recogidas en los artículos 164 y 165 de la LC): (1) el deudor persona física⁹, tras la apertura de la liquidación; (2) Los representantes legales de la persona física; (3) en caso de personas jurídicas: los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales¹⁰ y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Las personas afectadas por la calificación deberán ser inhabilitadas y responderán de la cobertura total o parcial del déficit patrimonial (a diferencia de los CÓMPlices). Ambas categorías, personas afectadas y cómplices, perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y se les condenará a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubieren recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios (art. 172.2 y 172 bis).

III.1.a. LOS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES DE DERECHO.

Responderán: (1) los **administradores y liquidadores de derecho**, nombrados por la junta y con cargo inscrito y vigente a la fecha de declaración de concurso. No puede ser afectado por la calificación, como administrador de derecho, el administrador social cuyo cese consta en escritura pública, aunque el cese no haya sido inscrito en el Registro Mercantil, o con cargo caducado. Podrá ser considerado administrador “de hecho” (STS 10.05.99: “en modo alguno pueden considerarse constitutivas las inscripciones registrales correspondientes por no imponerlo precepto legal alguno”).

⁸ De la acción contra las “lagunas de impunidad” (los administradores de hecho) a la reacción contra la disminución de garantías constitucionales (los cómplices).

⁹ “El concursado no tiene derechos que pueda perder, ni restituir en o contra la masa activa, que es precisamente su patrimonio, y lo único que tiene cabe sentido que se declare como consecuencia típica de la sentencia de calificación del concurso como culpable es la inhabilitación. Y ello exclusivamente para el deudor persona física, y si previamente se ha acordado pasar a la fase de liquidación. Porque si la calificación procede de la apertura de liquidación de una persona jurídica, carece de virtualidad la afectación por la sentencia declaratoria de la culpabilidad, dado que la misma resolución que formó la sección sexta, que es la que abrió la liquidación, contendrá el decreto de disolución de la persona jurídica...Y si la calificación procede...(tras la fase de convenio) declarar inhabilitado al deudor persona física o jurídica supondría algo incompatible con el deber de cumplimiento del convenio” (EDORTA ETXARANDIO, Manual de Derecho Concursal, Ed. La Ley, 2009, pag. 874).

La reforma L. 38/11 aclara: “en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la AC, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.”

¹⁰ Mención expresa introducida por la L. 38/11. Véase el comentario en el apartado dedicado a los administradores de hecho.

En el mismo sentido STS 20.02.04). Y (2) también podrán ser declarados afectados por la calificación los **exadministradores o exliquidadores** de personas jurídicas que hayan ocupado el cargo dos años antes de la declaración de concurso pueden ser afectados por la sentencia de calificación¹¹.

III.1.b. LOS ADMINISTRADORES O LIQUIDADORES DE HECHO. La reacción contra las “lagunas de impunidad”¹².

Reconocida la figura en la doctrina y la jurisprudencia, la legislación societaria la contempla por primera vez en la L. 26/03, de 17 de julio, que introduce un novedoso número 2 del art. 133 de la LSA, incluyendo entre los responsables frente a la sociedad, los accionistas y a los acreedores al que “actúe como administrador de hecho de la sociedad”¹³.

La **LC**, al regular la pieza de calificación también se refiere al administrador de hecho (164, 172, 172 bis).

El **Tribunal Supremo** (entre otras, en la su sentencia de 08.02.08) considera como tales a quienes sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados, prescindiendo de tales formalidades.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales suele requerir las siguientes notas para definir la figura: habitualidad, permanencia y continuidad en el ejercicio de las funciones propias del administrador de la sociedad (lo que excluye tal cualidad por una intervención puntual en la gestión), la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social (autonomía que no existe en los meros apoderados, sea cual sea el título que ostenten –director, gerente...). Lo relevante es que quede acreditado que el sujeto **ejerce en la práctica funciones de efectiva gestión, administración y gobierno de la empresa**, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de su voluntad social.

Puede ser administrador de hecho una persona física o una persona jurídica (banco, franquiciador, sociedad dominante del grupo¹⁴). La cuestión más problemática es la

¹¹ En contra, parte de la doctrina: MAMBRILLA RIVERA, Vicente, J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE. A favor, la doctrina mayoritaria: SANCHO GARGALLO, GARCÍA-CRUces, MACHADO PLAZAS.

¹² La doctrina jurisprudencial emanada en torno a la figura del administrador de hecho es uniforme y reiterada. Las notas principales de su tratamiento jurídico recogidas en el apartado han sido tomadas de la SAP Alicante, secc. 8º, de 7 de mayo de 2.009 (pon. FRANCISCO JOSÉ SORIANO GUZMAN). Pero, de igual forma, recogen las notas que definen la figura otras resoluciones (a modo de ejemplo: SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 13.07.07; AAP Vizcaya, secc. 4ª, de 17.07.08; SAP La Coruña, secc. 4ª, de 26.06.09; SAP Barcelona, secc. 15ª, de 04.10.10; STAP Madrid, secc. 28ª, de 26.11.10; SAP Oviedo, secc. 1ª, de 29.09.11).

¹³ Antes, el CP de 1.995 ya reconoce la figura.

¹⁴ La STS de 04.06.2002 dice que “la carencia de una completa regulación legal de los grupos de sociedades propicia la existencia de lo que la doctrina denomina “lagunas de protección”, imponiéndose la búsqueda de mecanismos para la adecuada defensa de los perjudicados”, mecanismos entre los que el propio TS cita la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante.

prueba de la condición de administrador de hecho. “*La prueba de la condición de administrador de hecho resultará, normalmente de presunciones. Para ello, la doctrina científica ha elaborado una lista de supuestos en los que puede detectarse, aunque no siempre sea así, la existencia de una administración de hecho* (gran parte de ellos reconocidos también como tales por resoluciones judiciales): *el socio de control* (distinto del socio mayoritario, controla la actividad empresarial mediante la atribución de poderes generales (a), la asunción formal de la función de mero empleado (b) o (c) a través de persona interpuesta), *el socio único de la sociedad unipersonal*, *los apoderados con muy amplias facultades* (incluyéndose, a veces, al director general), *los supuestos de gestión indirecta de los grupos sociales* (una persona jurídica, como socio único, por ejemplo, puede ser administradora de hecho si lleva a cabo una injerencia permanente en la gestión social), aquellos supuestos en los que se produce *un traspaso de poderes de gestión a favor de órganos extraístitucionales*, *el Estado como administrador de hecho, el ejercicio de poderes de administración en virtud de particulares vínculos contractuales* (la banca como administrador de hecho, contratos de distribución como concesión o franquicia) o aquellos supuesto en los que el ejercicio de funciones de administración se produce como consecuencia de un nombramiento irregular, viciado de nulidad o caducado”(STJM1 BILBAO, de 31.10.11).

Si en la **sociedad concurren un administrador de hecho con administradores de derecho**, puede exigirse responsabilidad solidaria entre todos ellos por el acto realizado o el acuerdo adoptado. Siempre que no sea posible individualizar la responsabilidad de acuerdo con la participación en los hechos (art. 172 bis)¹⁵.

Reseña separada merece la figura del **apoderado general**. Introducida su mención expresa en los artículos 164 y 172 por la reforma L. 38/11, se discute si (1) es una mención redundante, por ser el apoderado general el prototipo de administrador de hecho, si en él concurren las circunstancias vistas, o (2) si por el contrario “*el legislador ha querido ampliar el círculo de posibles afectados por la calificación, incluyendo al apoderado general que, sin ser administrador fáctico, haya cometido alguna de las conductas de los artículos 164 y 165 (necesariamente alguna de aquéllas que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser acometidas por un simple apoderado, lo que obligaría a excluir los números 1º, 2º y 3º del art. 164.2 y las presunciones del art. 165.1º y 3º*”.¹⁶

III.2. LOS CÓMPlices. La “teoría jurídica de la complicidad concursal”.

El consenso a la hora de definir los contornos de la figura del administrador de derecho desaparece en la doctrina y la jurisprudencia, dejando la respuesta a esta pregunta al albur de las **valoraciones** que en cada caso hagan los tribunales.

¹⁵ La SJM2 Bilbao, de 03.10.07, (EDORTA ETXARANDIO) exigió responsabilidad cumulativa de los administradores de hecho y de derecho al autorizar y firmar repetidamente las cuentas anuales con irregularidades graves desfiguradoras de la imagen fiel de la compañía.

¹⁶ Opinión del Magistrado ALFONSO MUÑOZ PAREDES, en “Tratado de la Insolvencia”, tomo II, pag. 679.

La regulación legal de la responsabilidad concursal del cómplice ha sido duramente criticada por la doctrina científica. Dispone el art. 166 LC que “*se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado...en caso de persona jurídica, con sus administradores...tanto de derecho como de hecho...a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable*”.

La condena del cómplice se explica como una decisión de política legislativa represiva del fraude y protectora de los intereses sociales implicados (trabajadores, acreedores, socios, etc). Pero la amplitud del tenor literal del precepto (“*realización de cualquier acto*”) ha sido criticada por constituir un retroceso en las garantías constitucionales de seguridad jurídica, presunción de inocencia y principio de legalidad sancionadora (art. 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución y STC 13/1982, de 1 de abril). Incluso, se dice, era más respetuosa con dichas garantías la regulación contenida en el derogado Código de Comercio de 1.885, donde se tipificaban, en una relación cerrada, una serie de **supuestos legales de complicidad en las quiebras fraudulentas (art. 893)**, al igual que se hacía en el anterior Código de Comercio de 1.829 (en sus artículos 1.010 y 1.011). También casa mal la amplitud literal del precepto, y su extensión represiva, con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal (en la SSTS de 23.02.11 y 12.09.2011 cuaja la interpretación, minoritaria, de la Audiencia Provincial de Barcelona, según la cual no nos encontramos ante una sanción, sino ante supuestos de responsabilidad por los daños y perjuicios causados).

Para la interpretación más restrictiva del art. 166 (más garantista)¹⁷, “cómplice” será aquella persona que (1) “coopera” con las personas afectadas por la calificación de culpabilidad concursal, sin tener “dominio del hecho”, pero contribuyendo causalmente de una forma útil, pero no necesaria o imprescindible (de ser así, sería autor, no cómplice). (2) “realizando cualquier acto”, pero siempre que este acto suponga (a) la infracción de un deber jurídico exigible al cooperador, para merecer el reproche del ordenamiento jurídico y (b) pueda afirmarse que existe una subordinación y relación subjetiva entre el deudor y el cómplice, constriñéndose su extensión subjetiva, con limitación de la responsabilidad, a medida que se aprecie un distanciamiento entre los sujetos. (3) La conducta del cómplice debe serle imputable objetivamente por dolo o culpa grave.

Otros autores ofrecen una definición del cómplice menos exigente: (1) “*si en la realización de la conducta que merece la calificación culpable (i) ha contribuido de forma relevante algún tercero, en quien concurre además (ii) el elemento subjetivo – conocimiento de la situación en que se realiza el acto- puede ser declarado cómplice*” (IGNACIO SANCHO GARGALLO). (2) “*La colaboración prestada por un tercero puede obedecer a una justificación suficiente o bien obedecer al mero curso normal de los acontecimientos, de forma que (i) no merezca reproche alguno. Hay que atender a (ii) la voluntariedad de su intervención y a la conciencia de que participa en la causación o agravación de la insolvencia (dolo) o al menos que su actuar no responde a la más elemental exigencia de cuidado en prevención por evitar su participación en ese resultado que justifica la declaración de culpabilidad*” (GARCÍA CRUCES). Para GALLEGOSÁNCHEZ “la noción no coincide con el contexto de complicidad en

¹⁷ TRILLO NAVARRO, J.P. “Cómplice penal vs. cómplice concursal”, Revista del Poder Judicial, nº 84, 2006.

materia penal, sino que por el contrario se trata de un ilícito exclusivamente concursal mucho más amplio que aquél, pues integra todas las manifestaciones de auxilio o ayuda al concursado, desde la coautoría hasta el encubrimiento”.¹⁸

Las Audiencias Provinciales, en las escasas resoluciones en las que han tenido ocasión de pronunciarse, acuden a la interpretación más amplia del “cómplice”, descendiendo al caso concreto para valorar las circunstancias concurrentes y condenar o no a quien viene como demandado en esta condición (SAP VIZCAYA, secc. 1^a, de 29.12.08; SAP JAÉN, secc. 1^a, de 25.09.09; SAP BURGOS, secc. 3^a, de 19.02.2010; SAP León, secc. 1^a, de 03.05.11.; SAP Madrid, secc. 28, de 25.11.11).

A mi juicio, interpretar tan extensamente la noción de cómplice choca contra el principio de seguridad jurídica constitucionalmente recogido. La solución podría pasar por acudir a los antecedentes legislativos del art. 166 LC, volviendo a la legislación derogada (art. 893 del Cco 1.885), a solos efectos interpretativos, donde se establecía un catálogo de conductas sancionables como complicidad.

¹⁸ Los antecedentes legislativos del art. 166 LC son: (1) **el CCom de 22.08.1885**: no se define legalmente la figura, pero se regulan un numerus clausus de supuestos legales de complicidad en el **art. 893**: auxilio al alzamiento de bienes, confabulación con el quebrado para suponer créditos, los que alteren el crédito de acuerdo con el quebrado antes de la declaración de la declaración de quiebra en perjuicio de otros acreedores, los que le entreguen alguna pertenencia al quebrado y no a los administradores legítimos con conocimiento de la quiebra, los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que le pertenecen al quebrado, los que admitieren endosos del quebrado después de publicada la quiebra, los acreedores legítimos que hicieran convenios particulares y secretos con el quebrado después de publicada la quiebra, los agentes mediadores que intervengan en operaciones de giro o tráfico que hiciere el quebrado. (2) El CCom de 30.05.1829 también regulaba los supuestos de consideración de complicidad (arts. 1.010). Nada impide tenerlos en cuenta para interpretar (y reducir) la dicción literal del actual 166 LC.

ANEXO I.

STS 21.05.2012. INTERPRETACIÓN DEL ART. 172 BIS DE LA LC. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DEL PARECER DE LA MAYORÍA EMITIDO POR EL MAGISTRADO D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

Roj: STS 4441/2012

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1157/2009

Nº de Resolución: 298/2012

Fecha de Resolución: 21/05/2012

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Oposición a la calificación del concurso como culpable. Condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma los créditos que no cobren en la liquidación de la masa activa. Cómplice del concurso. Voto particular.

Resumen:

La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida, es determinante - además de las circunstancias previstas en la ley- la existencia de los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores. Requisitos para calificar el concurso como culpable. La presunción de actuación dolosa o culposa en la agravación o generación de la insolvencia no es un tercer criterio para determinar si el concurso es culpable. La declaración del concurso o la entrada en vigor de la Ley concursal no marcan la exigibilidad de la obligación de indemnizar los daños causados ni la fecha de inicio de la determinación de los perjuicios. Cómplice del concurso. Formulación irregular del recurso de casación: no se cita con precisión la norma infringida, se formulan alegaciones de índole fáctica. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida, sino que cumple la función de contrastar la correcta aplicación de la norma sustantiva.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Nelion Computer Internacional, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña Susana Romero González, don Evelio , doña Elsa , Xarxet Comercio Internacional, SL, representados por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquin Cedenilla, contra la *Sentencia dictada el catorce de mayo de dos mil nueve, por la Sección vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid*, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Mercantil número Dos de Madrid. Es parte recurrida la Administración Concursal de Nelion Computer Internacional, SL, Yunyi Europe SL, Yunyi Import Export, SL y Golden Mountain Roof, SL, representadas por la Procurador de los Tribunales doña Almudena Vázquez Juárez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el concurso de Nelion Computer Internacional, SL, el *Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid, que lo tramitaba con el número 18/2003, por auto de quince de febrero de dos mil cinco*, decidió abrir la fase de liquidación y, consiguientemente, la sección de calificación.

En su informe razonado, la administración concursal consideró concurrentes como hechos relevantes los descritos en el *artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, concursal, apartados 1 - realización de ventas bajo precio de adquisición; constancia de operaciones de exportación sin que las mercancías hubieran salido de España; dejación por los administradores de sus funciones; percepción por los administradores don Evelio y doña Elsa de cantidades mensuales que no respondían a servicios realmente prestados; y disposición de fondos sociales por el administrador don Anselmo para la compra de una vivienda propia - y 2, ordinales primero - pérdidas, producidas en ejercicios anteriores al del año dos mil cuatro, determinantes de la disolución y no contabilizadas; falta de asentamiento regular de operaciones; reflejo de saldos contables en las cuentas de clientes inexistentes; y falta de reflejo contable de los afianzamientos prestados -, segundo - presentación con la solicitud de concurso de un balance de situación con activos inexistentes y de una lista de acreedores con ocultación de pasivo; omisión en la memoria de las causas principales del concurso; e inexactitudes graves en las actas de la junta de accionistas - y cuarto - percepción por el administrador don Evelio de cantidades mensuales de la sociedad, por medio de otra interpuesta, que no correspondían a servicios efectivos; disposición de fondos sociales por el administrador don Anselmo para comprar una vivienda propia; y otras operaciones que denotaban la existencia de culpa o dolo -.

Propuso, por ello, la calificación del concurso como culpable, en aplicación del *artículo 164, apartados 1y 2, ordinales primero, segundo y cuarto de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, concursal.

Identificó como personas afectadas por la calificación a los administradores sociales don Evelio , doña Elsa y don Anselmo y como cómplices a Xarxet Comercio Internacional, SL y, subsidiariamente, a don Anselmo , de modo que, en su propuesta de resolución, interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid una sentencia que declarase "1º. Culpable el concurso de Nelion Computer Internacional, SL. 2º. Como personas afectadas por la calificación de

culpable a don Evelio , doña Elsa y don Anselmo . 3º. Como cómplice de Xarxet Comercio Internacional, SL y, subsidiariamente, a don Anselmo , en el supuesto de que no se le considere persona afectada por la calificación" y condenase a "1º. Xarxet Comercio Internacional, SL a devolver a la concursada la cantidad de ciento trece mil ochocientos cincuenta y seis euros (113.856 €), percibidos en concepto de asesoramiento y, solidariamente, a los administradores de esta don Evelio y doña Elsa , incrementado con sus intereses legales desde la presentación de este escrito de calificación. 2º. Don Anselmo a devolver a la concursada la cantidad de trescientos cuarenta y dos mil cuatrocientos un euros con treinta y ocho céntimos (342.401,38 €), dispuestos indebidamente, incrementada con sus intereses legales desde la presentación de este escrito de calificación. 3º. Don Evelio , doña Elsa y don Anselmo , solidariamente, a pagar el importe de los créditos que los acreedores no cobren una vez realizados los bienes de la sociedad concursada, de acuerdo con el plan de liquidación que se apruebe, con devengo de intereses procesales previstos en el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 4º. Inhabilitar a don Evelio , doña Elsa y don Anselmo , para administrar bienes ajenos durante cinco (5) años".

Del informe de la administración concursal se dio traslado al Fiscal, que emitió el preceptivo dictamen, en el que interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que"declare culpable el concurso de acreedores de la entidad mercantil Nelion Computer Internacional, SL, siendo personas afectadas por dicha calificación el administrador de derecho Evelio y el administrador de hecho Anselmo . Para cada uno de ellos solicita se declare en la sentencia: Inhabilitación por tres años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona. La pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa. La condena a devolver las cantidades obtenidas indebidamente del patrimonio de la concursada. Igualmente procede declarar la complicidad de la entidad Xarxet Comercio Internacional, SL, con la consecuencia de que habrá de restituir el importe de los servicios de asesoramiento facturados y no realizados por la misma".

De los mencionados informe y dictamen se dio traslado a la concursada y a las personas señaladas como afectadas por la calificación y como cómplices según la misma, todas las que se opusieron a ella, con lo que dieron lugar a la tramitación del incidente concursal correspondiente.

En su escrito, Nelion Computer Internacional, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña Susana Romero González, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que no concurría por su parte dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia; que no había cometido irregularidades relevantes en la llevanza de la contabilidad; y que no cabía hablar de inexactitud grave en los documentos presentados con la solicitud de la declaración de concurso.

En el suplico interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que tuviera "por presentado este escrito, se sirva admitirlo y unirlo a los autos de su razón y, en su virtud, declare, con arreglo a los argumentos expuestos en el cuerpo del presente escrito, la no procedencia de la calificación como culpable del concurso propuesta por la Administración Concursal en su escrito de calificación de fecha ocho de marzo de dos mil seis, y proceda a declarar fortuito el concurso voluntario de la mercantil Nelion Computer que bajo el número de autos 18/2004 se sustancia ante este Juzgado".

También se opuso a la calificación don Anselmo , el cual, representado por la Procurador de los Tribunales doña Elena López Macías, solicitó que el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid dictara "sentencia

declarando: 1º Fortuito el concurso de Nelion Computer Internacional, SL. 2º.- Subsidiariamente, en caso de declararse culpable, se declare como personas afectadas por la calificación de culpable a don Evelio y a doña Elsa , declarando cómplice a Xarxet Comercio Internacional, SL. 3º.- Se declare expresamente a don Anselmo como persona no afectada, ni cómplice, por la calificación de culpable, con todos los pronunciamientos favorables al mismo. Y, subsidiariamente, en caso de declararse culpable el concurso. Condene a 1º.- Xarxet Comercio Internacional, SL a devolver a la concursada la cantidad de ciento trece mil ochocientos cincuenta y seis euros (113.856,00€), percibidos en concepto de asesoramiento, y, solidariamente, a los administradores de ésta, don Evelio y doña Elsa , incrementado con sus intereses legales desde la presentación del escrito de calificación de la administración concursal. 2º.- Don Evelio y doña Elsa , solidariamente, a pagar el importe de los créditos que los acreedores no cobren una vez realizados los bienes de la sociedad concursada, de acuerdo con el plan de liquidación que se aprueba, con devengo de intereses procesales previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3º.- Nelion Media, SL y don Evelio , solidariamente, a devolver a la concursada la cantidad de un millón sesenta y dos mil trescientas setenta y siete euros con noventa y cinco céntimo (10062.377,95€), dispuestos indebidamente, incrementado con sus intereses legales desde la presentación del escrito de calificación de la administración concursal. 4º.- Inhabilitar a don Evelio y a doña Elsa , para administrar bienes ajenos durante 5 años".

Igualmente se opuso a la calificación del concurso como culpable don Evelio , el cual, representado por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquin Cedenilla, interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que "tenga por presentado este escrito, y por hechas las manifestaciones que se contienen en el mismo, acordando en consecuencia, declarar a mi representado, con Evelio , no afectado por la calificación del concurso"

Lo propio hizo doña Elsa , que, con la misma representación que el anterior, solicitó del repetido órgano judicial que "tenga por presentado este escrito, y por hechas las manifestaciones que se contienen en el mismo, acordando en consecuencia, declarar a mi representada, doña Elsa , no afectada por la calificación del concurso, no realizando respecto a ella ninguno de los pronunciamientos interesados por la administración concursal".

Finalmente, se opuso Xarxet Comercio Internacional, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquin Cedenilla. Interesó dicha sociedad que "tenga por presentado este escrito, y por hechas las manifestaciones que se contienen en el mismo, acordando en consecuencia, declarar a mi representado, Xarxet Comercio Internacional, SL, no afectado por la calificación del concurso".

La administración concursal contestó los mencionados escritos de oposición, para ratificarse en el propio anterior y relatar, a modo de resumen, los hechos relevantes, así como para interesar del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que tuviera "por presentado escrito de contestación a la oposición presentada por cada uno de los afectados y cómplices y, previos los trámites pertinentes, dicte sentencia en los términos que constan en el suplico del escrito de calificación"

Se personaron en las actuaciones las acreedoras Yunyi Import & Export, SL, Yunyi Europe, SL y Goleen Montain Roof, SL, representadas por la Procurador de los Tribunales doña Almudena Vázquez Juárez. Interesaron del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que fuera "admitido el presente escrito, se tenga a esta parte por personada en la sección sexta de calificación de

concurso, por formulados los argumentos alegados en el cuerpo del presente escrito que consideramos relevantes para calificar el concurso y, previo los trámites legales, se declare el mismo y por lo expuesto como culpable, siendo pertinente, además y de conformidad con el *artículo 172.3 de la Ley Concursal*, la condena al pago de los créditos de los acreedores, en el importe que estos no perciban directamente de la liquidación d la masa activa, a los administradores de la sociedad don Evelio , DNI NUM000 y doña Elsa , DNI NUM001 y al administrador de hecho de la misma don Anselmo , DNI NUM002 ".

Hizo lo mismo Otelcom, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld e interesó del citado órgano judicial que "teniendo por presentado este escrito y por hechas las manifestaciones contenidas en el mismo, acuerde tenerme por personado y parte en la Sección Sexta de la calificación del concurso, dándome traslado de cuantas actuaciones se realicen y dictando en su día sentencia pro la que se califique el concurso como culpable, siendo responsables las personas anteriormente indicadas".

Por último, compareció Montes de Piedad y Cajas de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Vázquez Hernández, que interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid que tuviera "por presentado este escrito y por hechas las manifestaciones en él contenidas, sirviéndose tenerme por personado en la sección sexta, de calificación el concurso, y teniendo por hechas las manifestaciones contenidas en el cuerpo de este escrito".

SEGUNDO. Celebrada la vista del incidente, el *Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid dictó sentencia, con fecha dieciséis de mayo de dos mil siete*, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo. Que, estimando parcialmente la pretensión deducida en la presente sección de calificación por parte de la administración concursal, Ministerio Fiscal, Unicaja, Otelcom, SA,, Yunyi Import Export, SL, Yunyi Europe, SL y Goleen Montain Roof, SL, 1º.- Declaro culpable el concurso de Nelion Computer Internacional, SL. 2º.- Declaro que son personas afectadas por dicha calificación don Anselmo , don Evelio y doña Elsa , condenando -como condeno- a los mismos, por terceras partes iguales, a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. 3º.- Declaro cómplice del concurso a la mercantil Xarxet Comercio Internacional, SL y condena a la misma - solidariamente con don Evelio - a que reintegre a la concursada la suma de ciento trece mil ochocientos cincuenta y seis euros (113.856€) y su interés legal desde la presentación del informe de calificación de la Administración Concursal. 4º. Condeno a don Anselmo a que reintegre a la concursada la suma de doscientos mil euros (200.000€) y su interés legal desde la presentación del informe de calificación de la Administración concursal. 5ª. Finalmente, condeno a don Evelio y don Anselmo , por espacio de cinco años, y a doña Elsa , por espacio de dos años, a la inhabilitación para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas originadas en la presente Sección".

TERCERO. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid fue recurrida en apelación por las representaciones procesales de Nelion Computer Internacional, SL, don Anselmo , doña Elsa , don Evelio y Xarxet Comercio Internacional, SL.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la *Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Vigésimoctava de la misma, la cual trató los recursos con el número de rollo 113/2008 y dictó sentencia*, con fecha seis de marzo de dos mil nueve, con la siguiente parte

dispositiva: "Fallo. Que desestimando los respectivos recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Nelion Computer Internacional, SL, don Anselmo, doña Elsa, don Evelio y Xarxet Comercio Internacional, SL, contra la sentencia dictada el diecisésis de mayo de dos mil siete por el Juzgado de los Mercantil número Dos de Madrid, en la sección de calificación del concurso número 18/2004, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a las partes apelantes las costas derivadas de sus correspondientes recursos".

CUARTO. Contra la sentencia de seis de marzo de dos mil nueve de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, prepararon recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación las representaciones procesales de Nelion Computer Internacional, SL, don Evelio, doña Elsa, don Anselmo y Xarxet Comercio Internacional, SL.

No obstante, las representaciones procesales de Nelion Computer Internacional, SL, Xarxet Comercio Internacional, SL, don Evelio y doña Elsa, tan sólo interpusieron recursos de casación, renunciando expresamente al extraordinario por infracción procesal, preparado.

El mencionado Tribunal de apelación, por auto de tres de junio de dos mil nueve, declaró desiertos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de don Anselmo y mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de veinticinco de mayo de dos mil diez, decidió: "Admitir los recursos de casación interpuestos por doña Elsa, de la entidad Xarxet Comercio Internacional, SL, de don Evelio y de Nelson Computer Internacional, SL, contra la sentencia dictada con fecha seis de Marzo de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigesimoctava) en el rollo de apelación 113/2008, dimanante de los autos de concurso número 18/2004 del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Madrid".

QUINTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Nelion Computer Internacional, SL contra la sentencia de seis de marzo de dos mil nueve, de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid se compone de tres motivos, con apoyo en el artículo 477, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con los siguientes enunciados:

PRIMERO . La interpretación del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en lo relativo a la llevanza de la contabilidad.

SEGUNDO . La interpretación del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en lo relativo a la pretendida inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso.

TERCERO . Los supuestos del concurso culpable: artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Evelio contra la sentencia de seis de marzo de dos mil nueve, de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, se compone de dos motivos, con apoyo en el artículo 477, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero con diversos subapartados y cada uno con los siguientes enunciados:

PRIMERO .Apartado primero. Los hechos y presupuestos

alegados por la administración concursal en la calificación del concurso como culpable (*artículo 164, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio*).

PRIMERO. Apartado segundo. La pretendida inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud del concurso (*artículo 164, apartado 2, ordinal segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio*).

PRIMERO. Apartado tercero. Sobre Xarxet Comercio Internacional, SL y su relación con la concursada y el señor Evelio .

PRIMERO. Apartado cuarto. La cuenta con la agencia Tributaria por devolución del impuesto sobre el valor añadido.

PRIMERO. Apartado quinto. La responsabilidad concursal es una responsabilidad por daño o culpa (resarcitoria).

PRIMERO. Apartado sexto. La responsabilidad concursal por culpa: criterio jurisprudencial.

PRIMERO. Apartado séptimo. La responsabilidad del artículo 173 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en relación con el plazo de dos años del artículo 164 de dicha Ley.

PRIMERO. Apartado octavo. Resumen de la posición doctrinal de la responsabilidad por daños del artículo 173 de la Ley 22/2003, de 9 de julio; su encaje con la doctrina del Tribunal Supremo.

SEGUNDO. La irretroactividad de la Ley concursal.

SÉPTIMO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Elsa contra la *sentencia de seis de marzo de dos mil nueve, de la Sección Vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid*, se compone de dos motivos, con apoyo en el artículo 477, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero con diversos subapartados y cada uno con los siguientes enunciados:

PRIMERO .Apartado primero. Los hechos y presupuestos alegados por la administración concursal en la calificación del concurso como culpable (*artículo 164, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio*).

PRIMERO. Apartado segundo . La pretendida inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud del concurso (*artículo 164, apartado 2, ordinal segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio*).

PRIMERO. Apartado tercero. La cuenta con la agencia Tributaria por devolución del impuesto sobre el valor añadido.

PRIMERO. Apartado cuarto. La responsabilidad concursal es una responsabilidad por daño o culpa (resarcitoria).

PRIMERO. Apartado quinto . La responsabilidad concursal por culpa: criterio jurisprudencial.

PRIMERO. Apartado sexto . Resumen de la posición doctrinal de la responsabilidad por daños del artículo 173 de la Ley 22/2003, de 9 de julio; su encaje con la doctrina del Tribunal Supremo.

SEGUNDO. La irretroactividad de la Ley concursal.

OCTAVO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Elsa contra la *sentencia de seis de marzo de dos mil nueve, de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid*, se compone de dos motivos, con apoyo en el *artículo 477, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que la recurrente enumera en los siguientes términos:

PRIMERO . Sobre Xarxet Comercio Internacional, SL y su relación con la concursada y el señor Evelio (*artículo 166 de la Ley 22/2003, de 9 de julio*).

SEGUNDO. La responsabilidad concursal del *artículo 173 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en relación con el plazo de dos años del artículo 164, apartado 2, ordinal quinto, de la misma Ley*.

NOVENO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Administración Concursal de Nelion Computer Internacional, SL, impugnó los recursos de casación interpuestos por Xarxet Comercio Internacional, SL, Nelion International Computer, SL, don Evelio y doña Elsa . Asimismo la Procurador de los Tribunales doña Almudena Vázquez Juárez, en representación de Yunyi Europe, SL, Yunyi Import Export, SL. y Golden Mountain Roof, SL. presentó escrito de oposición a los recursos de casación formulados a instancias de Nelion Computer Internacional, SL, doña Elsa , don Evelio y Xarxet Comercio Internacional, SL, solicitando se declarase no haber lugar a dichos recursos.

DÉCIMO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciocho de abril de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes.

El Tribunal de apelación, al igual que había hecho el de la primera instancia, calificó como culpable el concurso de Nelion Computer Internacional, SL, por considerar concurrentes los supuestos tipificados en los *apartados 1y 2 - ordinales primero y segundo - del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio*.

A su vez, identificó como personas afectadas por la calificación a los administradores de la sociedad concursada, don Evelio , doña Elsa y don Anselmo y, como cómplice, a Xarxet Comercio Internacional, SL.

Por último, en aplicación del artículo 172, apartado 2, de la citada Ley - en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre - condenó a don Evelio , a don Anselmo y a Xarxet Comercio Internacional, SL a que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, devolvieran a la concursada ciertas sumas de las que habían dispuesto

en su propio provecho sin causa. Y, en aplicación del apartado 3 del mismo artículo, a los tres administradores sociales, a pagar a los acreedores concursales el importe de los créditos contra la concursada que no llegaren a percibir en la liquidación de la masa activa.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron recursos de casación la concursada, dos de sus administradores y la sociedad declarada cómplice.

SEGUNDO. Necesaria depuración y ordenación de los motivos de los recursos.

Antes de entrar en el examen de los motivos en que se concretan los cuatro recursos, dados los términos en que aparecen los mismos estructurados y redactados en los escritos de interposición, se hace necesario llevar a cabo una labor de depuración y subsiguiente ordenación de tres de ellos, inspirada, no en criterios rígidamente formalistas, sino meramente empíricos, relacionados con la función que debe cumplir la casación, en cuanto medio de impugnación extraordinario destinado a provocar una respuesta referida al caso y orientada a complementar un ordenamiento jurídico permanentemente incompleto.

A. El recurso de casación de Nelion Computer Internacional, SL se divide en cuatro capítulos, que se presentan con los siguientes enunciados:

"Primero. La interpretación del *artículo 164 de la Ley concursal*en lo relativo a la llevanza de la contabilidad".

No identifica la recurrente el apartado, de entre los numerosos y de distinto contenido que integran el artículo 164, que considera infringido. Esa omisión debería determinar la inadmisión y, ahora, la desestimación del motivo, mas el hecho de que la recurrente afirme en el enunciado que se refiere "a la llevanza de la contabilidad", justifica entender que lo hace a la norma del ordinal primero del apartado 2 de dicho artículo, efectivamente aplicada en las instancias.

"Segundo. La interpretación del *artículo 164 de la Ley concursal*en lo relativo a la pretendida inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud del concurso".

Tampoco señala la recurrente el apartado del artículo al que se refiere. No obstante, como menciona en el enunciado "los documentos acompañados a la solicitud del concurso", se entiende que lo hace a la norma del apartado 2, ordinal segundo del artículo, también aplicada en la sentencia recurrida.

"Tercero. Los supuestos del concurso culpable: *artículo 164 de la Ley concursal*".

Al defecto que hemos atribuido a los dos primeros motivos del recurso de la sociedad concursada, se une en este el consistente en la falta de sustantividad, pues se presenta como un mero complemento de los anteriores - en su explicación, la recurrente se limita a negar que las irregularidades que se le imputan, descritas en las normas de los *ordinarios primero y segundo del apartado 2 del artículo 164 de la Ley 22/2.003*, tengan

entidad para justificar la calificación del concurso como culpable -.

"Cuarto. El concurso culpable: criterio jurisprudencial".

En este motivo no identifica la recurrente, ni siquiera por aproximación, la norma infringida, lo que impide darle respuesta. Además, con evidente falta de precisión, aplica el término jurisprudencia a doctrina que no es de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Por lo hasta aquí expuesto, daremos respuesta a los dos primeros motivos, tal como han sido identificados. Los otros, mero refuerzo de los argumentos que dan soporte a aquellos, no debieron ser admitidos y, en este trámite, han de ser desestimados - a salvo en la función complementaria apuntada -.

B. Los recursos de casación de don Evelio y doña Elsa tienen un contenido casi idéntico, por lo que, allí donde la identidad sea plena, serán tratados con unos mismos razonamientos.

Se componen de dos motivos, el primero dividido en varios apartados - ocho el de don Evelio y seis el de doña Elsa -. Los que lo merezcan serán tratados como submotivos.

Sucede, por otro lado, que no todos esos submotivos posibilitan la respuesta segura que requiere la casación. Antes bien, tan sólo la merecen los de los apartados primero y segundo, en ambos recursos - coincidentes con los dos correlativos del de Nelion Computer Internacional, SL, junto con los que serán examinados -; el cuarto, en el recurso de doña Elsa , y el quinto, en el de don Evelio , por medio de los que se denuncia, con una claridad suficiente, la infracción del *artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003*; el séptimo, en el recurso de don Evelio - coincidente con el motivo segundo del recurso de Xarxet Comercio Internacional, SL, junto con el que será examinado -; y el motivo segundo de ambos recursos, en el que los recurrentes denuncian una aplicación retroactiva de la repetida Ley.

Lo expuesto significa desestimar, por concurrencia de causas de inadmisión, (a) los apartados tercero - del recurso de doña Elsa - y cuarto - del de don Evelio - del motivo primero, pues, bajo el enunciado "la cuenta con la agencia Tributaria por devolución del impuesto sobre el valor añadido", no contienen más que meras alegaciones de contenido fáctico, que, por muchos esfuerzos que se hagan en la interpretación, no permiten detectar la impugnación de norma alguna; (b) el apartado tercero del motivo primero del recurso de casación de don Evelio , encabezado por el peculiar epígrafe, fiel reflejo de su contenido meramente alegatorio, "sobre Xarxet Comercio Internacional y su relación con la concursada y el señor Evelio "; (c) los apartados sexto - del recurso de don Evelio - y quinto - del de doña Elsa -, en ambos casos del motivo primero, presentados con el enunciado "la responsabilidad concursal por culpa: criterio jurisprudencial", por las mismas razones expuestas al examinar la improcedencia del cuarto del recurso de la sociedad concursada, a las que nos remitimos; y (d) los apartados sexto - en el recurso de doña Elsa - y octavo - en el de don Evelio -, los dos del correspondiente motivo primero, dado que su enunciado común -"resumen de la posición doctrinal de la responsabilidad por daños del artículo 173 de la Ley concursal; su encaje en la doctrina del Tribunal Supremo"- evidencia, además de un error en la numeración del precepto, que - por todos los indicios - debería ser el *artículo 172, apartado 3, que los recurrentes se sirven de ellos para reforzar la*

alegación de que se ha violentado dicha norma, lo que es objeto de una específica impugnación.

Damos respuesta, seguidamente y con la pertinente argumentación, a los motivos que, según lo expuesto, la merecen.

TERCERO. Enunciados y fundamentos de los motivos primero y segundo del recurso de casación de Nelion Computer Internacional, SL y de los apartados primero y segundo del motivo primero de los recursos de casación de don Evelio y doña Elsa .

Denuncian las representaciones procesales de los recurrentes citados la infracción - en los términos que han quedado expuestos - del *artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*.

A tenor de la mencionada norma el concurso se calificará, en todo caso, como culpable cuando el deudor "hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera" en la contabilidad que llevara.

En la sentencia recurrida - fundamento de derecho tercero - se declaró probado que la contabilidad de la concursada reflejaba unos créditos ficticios con una cuantía que era suficiente para entender falseado el resultado de cualquier análisis de la situación patrimonial de Nelion Computer Internacional, SL.

Los tres recurrentes niegan, en los respectivos motivos - y sus complementos -, la realidad y, en particular, la relevancia de dichas irregularidades.

En el motivo segundo, señalan como norma infringida la del *artículo 164, apartado 2, ordinal segundo, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, conforme al que el concurso se ha de calificar como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos presentados con la solicitud de declaración de concurso.

En la sentencia recurrida - fundamento de derecho segundo - se declaró probado que, al interesar la declaración de concurso, Nelion Computer Internacional, SL presentó un balance de situación que incluía activos ficticios, los cuales representaban el veinte por ciento del valor total atribuido después a la masa por la administración concursal.

Niegan los recurrentes, en los respectivos motivos, la exactitud de tal conclusión, con apoyo en el resultado de la prueba, entre otros, en informes de auditoría emitidos sin salvedades.

CUARTO. Desestimación de los motivos.

El recurso de casación no constituye un instrumento que permita abrir una tercera instancia y, al fin, revisar la valoración

de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda - *sentencia 797/2011, de 18 de noviembre*-.

La función que cumple - como precisaron, entre otras muchas, las *sentencias 532/2008, de 18 de julio, 142/2010, de 22 de marzo, y 153/2.010, de 16 de marzo*- no es otra que la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho. Pero no a la artificiosamente reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada, en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

Es cierto que los hechos - necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos - constituyen enunciado de las normas que a ellos vinculan la consecuencia jurídica pretendida, de manera que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, han de ser puestos en relación con el precepto de la que constituyen supuesto, a fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista. Dicha operación implica someter los hechos declarados probados, intocables como tales en casación, a determinados juicios de valor, los cuales aportan criterios para su subsunción bajo el supuesto de la norma de que se trata y cuyo control no queda fuera del recurso extraordinario.

Sin embargo, lo que los recurrentes pretenden en los motivos examinados no es una revisión de esos juicios, sino de la valoración conjunta de la prueba sobre unos datos puramente fácticos que constan fijados en la instancia de un modo que resulta inatacable por medio de este recurso.

Tal planteamiento determina que la recurrente incurra, al fin, en una petición de principio, en cuanto utiliza como premisa de su conclusión unos datos de hecho que son contrarios a los declarados probados en la sentencia recurrida y que, por ello mismo, hay que considerar procesalmente inexactos.

QUINTO. Enunciados y fundamentos de los apartados cuarto y quinto del motivo primero de los recursos de casación de doña Elsa y don Evelio .

Denuncian los recurrentes la infracción de la norma del *apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, a cuyo tenor - en la redacción antes señalada - la sentencia podrá condenar a los administradores de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Apoyan la impugnación en la doctrina seguida por algunas Audiencias Provinciales, después de dar cuenta de que se han seguido dos criterios en la interpretación de la mencionada norma, a la cual atribuyen un carácter ya indemnizatorio, ya sancionador. Y, con olvido de las circunstancias del caso, expresan la opinión favorable al primero, en contra de lo que entendió el Tribunal de apelación.

SEXTO. Desestimación de los motivos .

Como se puso de manifiesto al principio, en el

resumen de antecedentes, el concurso de Nelion Computer Internacional, SL fue calificado por el Tribunal de apelación como culpable, no sólo en aplicación de las normas contenidas en los ordinales primero y segundo del apartado 2 del artículo 164, sino también por causa de la concurrencia del supuesto descrito en el apartado 1 del mismo artículo.

Por tal razón la argumentación de los recurrentes carece, en todo caso, de la solidez que le atribuyen, desde el momento en que la aplicación de la norma del apartado 3 del artículo 172 se basa - también - en la culposa o dolosa generación o agravación de la insolvencia de la sociedad luego concursada, imputable a sus administradores.

Por lo demás, el planteamiento de ambos recurrentes no tiene en cuenta la jurisprudencia sobre en la interpretación y aplicación de la norma del apartado 3 del artículo 172.

Expusimos en la *sentencia 644/2011, de 6 de octubre*, que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Por esa razón, para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes expresamente impuestos por el propio apartado del artículo 172, es necesario que el órgano judicial llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte y hubiera determinado la calificación del concurso como culpable.

En la *sentencia 644/2011*, precisamos que la *Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado 1 de su artículo 164-, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.*

Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no hubieran generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -.

En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre, señalamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de "una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1", pues manda presumir "iuris tantum" la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no convenza al Tribunal.

Hemos declarado en las mencionadas ocasiones que, dada la relación existente entre la norma del artículo 172, apartado 3, y las que le sirven de precedente, no se corresponde con un argumento sistemático o canon de la integridad hermenéutica o, con otras palabras, con una recíproca iluminación de los preceptos concernidos, condicionar, en aplicación del tantas veces repetido, la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que no es exigido para integrar el tipo que se atribuye al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

La afirmación de que el artículo 172, apartado 3, constituye una regla con funciones indemnizatorias de un daño - como defienden los recurrentes - no permite eludir la conexión existente entre ella y las del artículo 164, ya la del apartado 1 - completada por la presunción "iuris tantum" del artículo 165 - , ya la del apartado 2. Y tampoco justifica servirse de esta última norma como si fuese un mero instrumento probatorio del supuesto de hecho de la contenida en aquel otro apartado.

Del mismo modo, afirmar que el artículo 172, apartado 3, contiene una regla sancionadora no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso.

SÉPTIMO. Enunciados y fundamentos del apartado cuarto del motivo primero del recurso de casación de don Evelio y del motivo segundo del de Xarxet Comercio Internacional, SL.

Los recurrentes denuncian la infracción del *artículo 173 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, "en relación con el plazo de dos años del artículo 164" de la misma Ley*.

Vinculan dicha infracción, con una coincidencia plena en las alegaciones, a que, según entienden, el Tribunal de apelación les había condenado "extendiendo la condena más allá del plazo de dos años que se contiene en el *artículo 164 (y en el 71) de la Ley concursal*". Alegan que, desde varios años antes a la declaración del concurso de Nelion Computer Internacional, SL, Xarxet Comercio Internacional, SL venía facturando una contraprestación dineraria a cargo de la concursada y en beneficio de don Evelio por servicios prestados.

Responden estas impugnaciones a que el Tribunal de apelación consideró correcta la declaración, formulada en la primera instancia, de que don Evelio, titular de todas las participaciones en que se dividía el capital de Xarxet Comercio Internacional, SL, recibió de la concursada, gracias a la cooperación de ésta, unas cantidades a las que no tenía derecho alguno, por lo que condenó al favorecido y a la cooperadora, solidariamente, a reintegrarlas a

Nelion Computer Internacional, SL, en concepto de indemnización de daños.

OCTAVO. Desestimación de los motivos.

Además de referirse a un artículo de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, el 173, que ninguna relación guarda con la cuestión planteada - que, como se ha expuesto, está referida a la condena a indemnizar daños a que se refiere el artículo 172, apartado 2 -, los recurrentes no identifican en el enunciado el apartado del artículo 164 que, "per relationem", entienden infringido, salvo por la referencia al "plazo de dos años", únicamente mencionado en el apartado quinto del apartado 2de aquel artículo.

Para justificar la desestimación, se une a dicha falta de identificación la circunstancia de que la norma que contempla el dato temporal que los recurrentes señalan no haya sido aplicada en la sentencia recurrida.

En todo caso, la declaración del concurso o la entrada en vigor de la Ley concursal no marcan la exigibilidad de la obligación de indemnizar los daños causados a otro ni la fecha de inicio de la determinación de los perjuicios.

NOVENO. Enunciados y fundamentos del motivo segundo de los recursos de casación de don Evelio y doña Elsa .

En el segundo motivo de los respectivos recursos se denuncia la infracción de los artículos 164y 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, como consecuencia, según entienden, de haber sido aplicadas las normas que contienen a comportamientos realizados antes de haber ganado vigencia la referida Ley.

El Tribunal de apelación - fundamento de derecho décimo - negó que la Ley 22/2.003 hubiera sido aplicada retroactivamente, entre otras razones, porque los comportamientos determinantes de la calificación del concurso se habían producido, en medida relevante, después de que dicha Ley estuviera vigente.

DÉCIMO. Desestimación de los dos motivos.

Los recurrentes, sin tomar en consideración la sólida argumentación de la Audiencia Provincial sobre la cuestión planteada - de la que sólo hemos mencionado aquella parte que se apoya en los datos más evidentes -, insisten en su inicial argumento, cual si no hubiera sido desactivado por el Tribunal de apelación.

Tal forma de proceder está condenada al fracaso en casación, tanto más si, como se ha dicho, se ha declarado probado en la sentencia recurrida que el comportamiento de los recurrentes que determinó la calificación del concurso como culpable se ejecutó estando en vigor la Ley 22/2.003, de 9 de julio.

Realmente los recurrentes incurren, de nuevo, en una petición de principio.

UNDÉCIMO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos del recurso de casación de Xarxet Comercio Internacional, SL.

Afirma esta recurrente producida en la instancia la infracción del *artículo 166 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, a cuyo tenor se consideran cómplices del concurso las personas que, 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 administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

El Tribunal de apelación - en el fundamento de derecho noveno - declaró probado que don Evelio estuvo "percibiendo de la entidad concursada la cantidad de ciento trece mil ochocientos cincuenta y seis euros, facturados por la entidad Xarxet Comercio Internacional, SL (que es, a su vez, socia de la concursada con un sesenta y cuatro con diecisiete por ciento de participación en el capital), de la que es socio único el citado señor Evelio [...] con la excusa de unos pretendidos servicios de asesoramiento que no está acreditado que realmente se prestaran [...]".

Alega la recurrente, para explicar el motivo, que no se trata de una sociedad ficticia y que las cantidades pagadas a don Evelio habían sido facturadas, declaradas a los fines fiscales cada mes y abonadas a cambio de servicios efectivamente prestados.

DUODECIMO. Desestimación del motivo.

El *artículo 166 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio*, atribuye la condición de cómplice a quien, con dolo o culpa grave, cooperó - necesariamente o no - , entre otros, con los administradores de la deudora persona jurídica, a la realización del comportamiento por el que el concurso se calificó como culpable.

Ese comportamiento es el relatado en la sentencia recurrida y ha sido atacado en el motivo por disconformidad con los hechos probados, inatacables en casación, o con la técnica del levantamiento del velo, que no consta aplicada y que, en todo caso, no debía serlo.

DECIMOTERCERO.Régimen de las costas de los recursos.

La desestimación de los cuatro recursos se ha de traducir en la imposición de las costas a los respectivos recurrentes, en aplicación del *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por Nelion Computer Internacional, SL, don Evelio , doña Elsa y Xarxet Comercio

Internacional, SL, contra la *sentencia dictada, con fecha seis de marzo de dos mil nueve, por la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid.*

Las costas de los recursos quedan a cargo de los respectivos recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.-

Voto particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:21/05/2012

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la sentencia de veintiuno de mayo de dos mil doce, recurso de casación nº 1157/2009 en cuya votación y fallo ha participado.

Objeto de la discrepancia

1. Mi discrepancia con el parecer de la mayoría de la Sala versa sobre la interpretación del *art. 172.3 LC*, en la redacción original aplicable al caso, y en concreto respecto de los criterios de imputación de responsabilidad.

Los términos en los que está redactado este voto particular pueden resultar extraños, pero estimo que es necesario hacerlo así para ilustrar la justificación y el alcance de mi discrepancia, y, lo que es más importante, la relevancia de la cuestión que va más allá de una discusión doctrinal, pues afecta directamente a la seguridad en el tráfico jurídico.

Antecedentes más relevantes

2. Con carácter previo, conviene completar los antecedentes del caso objeto de enjuiciamiento, que contribuyen a ilustrar el sentido de la interpretación que sostengo, en contraposición a la postulada por la mayoría.

La sentencia recurrida desestima los recursos de apelación formulados contra la sentencia de calificación dictada en primera instancia por el juzgado mercantil, y con ello confirma la calificación culpable, así como el resto de los pronunciamientos que acompañan a dicha calificación.

La calificación culpable del concurso de la sociedad NELION COMPUTER INTERNACIONAL S.L. se basa en las siguientes conductas:

- i) Con la solicitud de concurso voluntario, la concursada aportó

un balance de situación, fechado el 4 de octubre de 2004 y cerrado a 30 de septiembre, que incluía una cantidad por activos ficticios de 1.286.006,11 euros (en concreto créditos ficticios), que representaba más del 12% del activo según la valoración contenida en dicho balance de situación y más del 20% del activo según la valoración que posteriormente hizo la administración concursal en su informe. El tribunal de instancia apreció que esta conducta constituía, de una parte, una irregularidad en la contabilidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada (*art. 164.2.1º LC*), y, de otra, una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (*art. 164.2.2º LC*), que en todo caso merecían la calificación culpable conforme a los *números 1º y 2º del art. 164.2 LC*.

ii) D. Evelio , a través de la sociedad XARXET COMERCION INTERNATIONAL S.L., de la que era socio único, cobró de la concursada 113.856 euros, en concepto de servicios carentes de justificación; y D. Anselmo detrajo de la concursada 200.000 euros, "para aplicarlos en su provecho particular a fin de pagarse la compra de una vivienda". Ambas conductas son subsumidas directamente en el *art. 164.1 LC*, en la medida en que agravaron la situación de insolvencia.

3. Laspersonas afectadas por la calificaciónson los dos administradores legales, D. Evelio y Dña. Elsa , y el administrador de hecho D. Anselmo . En concreto:

i) A los dos administradores legales se les imputa la primera conducta, que ha merecido la calificación culpable de concurso al amparo de los *apartados 1º y 2º del art. 164.2 LC*(la simulación de un activo ficticio en la contabilidad y en la información aportada con la solicitud de concurso).

ii) Al administrador legal D. Evelio se le imputa también esta condición de persona afectada por la calificación en relación con el cobro de 113.856 euros, en concepto de servicios carentes de justificación, que ha contribuido a la calificación culpable del concurso al amparo del *art. 164.1 LC*.

iii) Y al administrador de hecho D. Anselmo se le imputa la condición de persona afectada por la calificación, por haber detraído de la concursada 200.000 euros, que también ha contribuido a calificar culpable el concurso al amparo del *art. 164.1 LC*.

4. Comopronunciamientos consiguientes a la calificación culpable, una vez identificadas las personas afectadas por dicha calificación, se acuerda lainhabilitaciónde Dña. Elsa por dos años (el mínimo posible), mientras que a D. Evelio y D. Anselmo se les impone una inhabilitación de cinco años, todo ello al amparo del *art. 172.2.2º LC*. Este diferente tratamiento parece que se justifica en la sentencia de primera instancia por la mayor gravedad que suponen "las detacciones" realizadas por estos dos últimos, que han generado "un quebrantamiento patrimonial para la concursada".

Además, conforme a lo previsto en el *art. 172.2.3º LC*, se condena a D. Evelio y D. Anselmo arrestituir a la masa las cantidades detraídas indebidamente del patrimonio de la concursada, más el interés legal devengado por cada una de estas cantidades desde la presentación del informe de calificación, "esto último en concepto de indemnización de daños y perjuicios".

5. Finalmente, la sentencia del juzgado mercantil, confirmada

por la de apelación, condena a las tres personas afectadas por la calificación (D. Evelio , Dña. Elsa y D. Anselmo) "por terceras partes iguales, a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". La administración concursal había pedido la condena solidaria, pero el tribunal de instancia entendió que el *art. 172.3 LCno* permitía esta responsabilidad solidaria, y aplica la regla general de la mancomunidad.

En cualquier caso, y por lo que interesa ahora, el fundamento de esta responsabilidad, según la sentencia recurrida, es que se trata de una sanción, consiguiente a la calificación culpable del concurso y a la identificación de las personas afectadas por la calificación.

Aunque no se argumente expresamente, parece que en la sentencia de primera instancia se considera que esta responsabilidad es automática y consiguiente a la calificación culpable, pues no se explica el por qué de la condena y el por qué esta condena alcanza a la totalidad de los créditos no satisfechos con la liquidación y no a una parte, más allá de la propia calificación culpable del concurso.

Por su parte, la sentencia de apelación, que es la que se recurre, considera que la referencia legal al "podrá" es una imprecisión en la redacción del precepto y hace referencia a que no habrá que condenar necesariamente a todos los administradores o liquidadores, sino a aquéllos que, por su participación en la conducta determinante de la calificación culpable del concurso, sean considerados personas afectadas por la calificación, y a que "la imposición de tal responsabilidad puede ser por el todo o por parte del déficit concursal". Esto es, entiende que la responsabilidad es consiguiente y automática a que se haya calificado culpable el concurso, sea cual sea el motivo aplicado, y se proyecta sobre las personas afectadas por la calificación. Luego, más allá del juicio de imputación de las conductas que merecen la calificación culpable del concurso, en que consiste la determinación de las personas afectadas por la calificación, no sería necesario acudir a ninguna justificación adicional para imponer la responsabilidad de los administradores a cubrir el déficit concursal. La única justificación adicional sería la que admitiría una moderación de la condena, que permitiría graduar la responsabilidad (que siempre existiría), "en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma, etc". Conviene insistir en que según esta concepción de la responsabilidad *art. 172.3 LC*, ésta procedería siempre que se hubiera calificado culpable el concurso de una persona jurídica, pues necesariamente se habría identificado también a las personas afectadas por la calificación, y la discrecionalidad judicial tan sólo afectaría a la graduación, esto es, a si se condena a pagar todo o parte del déficit.

En este marco, la sentencia recurrida vuelve a argumentar la procedencia de la imputación de las conductas que han merecido la calificación culpable del concurso a las personas que ya han sido declaradas afectadas por la calificación, lo cual, bajo su lógica, ya no sería necesario, y, sin embargo, no existe ninguna razón que explique por qué se condena a todo y no a una parte, que es el único margen de discrecionalidad que la propia sentencia, de forma teórica, admite.

Este punto tiene gran importancia a la vista del parecer de la mayoría que, como veremos más adelante, entiende que esta responsabilidad *art. 172.3 LCno* es automática ni por ello consiguiente a la calificación culpable del concurso, sino que requiere de una justificación adicional. Esta justificación adicional no ha existido, empero, en las sentencias dictadas en la instancia.

6. Me remito a los motivos de casación expuestos en la sentencia de la mayoría, de cuyo parecer difiero en lo relativo a la inteligencia del art. 172.3 LC.

A la hora de interpretar este precepto hemos de partir, como no podía ser de otro modo, de su dicción literal, para tratar de advertir después la ratio iuris que subyace al mismo, teniendo en cuenta tanto su ubicación sistemática, como la finalidad de la institución, a la luz que ofrece aquella de derecho comparado en que se inspiró. Todo ello en el marco de la seguridad jurídica mínima que exige un sistema de responsabilidad.

Primera aproximación a una interpretación literal y sistemática del art. 172.3 LC (ahora art. 172 bis LC)

7. La dicción literal del precepto era: "Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

A primera vista se advierten dos presupuestos para que pueda operar esta responsabilidad: que se trate del concurso de una sociedad o, en general, persona jurídica y que la sección de calificación se haya abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. A estos dos presupuestos, hemos de añadir otro implícito, exigido por la ubicación sistemática de la norma: que se haya calificado culpable el concurso de la entidad concursada. El "podrá, además,...", a continuación de las consecuencias necesarias de la calificación culpable del concurso, presupone ineludiblemente esta calificación.

Conviene recordar que, conforme al apartado 1 del art. 172 LC, el concurso puede ser declarado fortuito o culpable, en atención a los criterios de imputación previstos en los arts. 164 y 165 LC, de modo que la sentencia debe "expresar la causa o causas en que se fundamente la calificación".

8. Cumplidos estos presupuestos, el art. 172.3 LC prevé que la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores (de derecho o de hecho, actuales o quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso) a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

El precepto identifica quiénes pueden ser condenados: administradores y liquidadores de la concursada. La ubicación sistemática de este apartado 3, dentro del art. 172 LC destinado a regular el contenido de la sentencia de la calificación, permite concluir que los posibles responsables ex art. 172.3 LC no serán distintos de quienes hayan sido previamente identificados como personas afectadas por la calificación (art. 172.2.1º LC). De la misma manera que sobre ellas se imponen las "sanciones" de inhabilitación (art. 172.2.2º LC) y pérdida de derechos dentro del concurso y, en su caso, el deber de devolver lo indebidamente obtenido, así como indemnizar los daños y perjuicios (art. 172.2.3º LC), es lógico que sean ellas las posibles destinatarias de esta responsabilidad ex art. 172.3 LC, en la medida en que previamente han sido declaradas responsables de la conducta que

ha motivado la calificación culpable del concurso, presupuesto básico de esta responsabilidad.

9. El art. 172.3 LC también expresa el posible contenido de esta responsabilidad: el pago total o parcial de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. Existe un grado de indeterminación en el alcance de esta responsabilidad, o mejor dicho, su determinación precisa en cada caso se deja al criterio del juez. El juez puede condenar a todo o a parte y, en este caso, puede fijar esta proporción, sin que la Ley marque expresamente ningún parámetro para ello. Este margen de discrecionalidad ayuda a dar respuesta a otra cuestión: esta condena procede de forma automática en caso de cumplimiento de los tres presupuestos legales (concurso de una persona jurídica, apertura de la calificación como consecuencia de la apertura de la liquidación y la sentencia que califica culpable el concurso), o bien el juez puede dejar de condenar.

El verbo empleado ("podrá") contribuye, cuando menos, a justificar esta última posibilidad: que haya supuestos en que, pese a haberse declarado culpable el concurso de una persona jurídica, no se condene a los administradores o liquidadores a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. Esta discrecionalidad judicial (para condenar o no) viene reforzada por el hecho de que, caso de hacerlo, pueda a su vez precisar el alcance de la condena, esto es, la proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que deben responder los administradores.

Si el juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio claro de imputación que garantice la seguridad jurídica. Pero este criterio no puede ser la mera calificación culpable, porque, como ya hemos advertido, es un presupuesto básico, pero no una condición suficiente. Así lo ha entendido *esta Sala desde su sentencia 644/2011, de 6 de octubre*, cuando afirma que: "La condena de los administradores de una sociedad concursada (...) a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".

"Justificación añadida" de la responsabilidad ex art. 172.3 LC a la vista de la ratio legis del precepto

10. Es respecto de esta "justificación añadida", que no estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría. Desde aquella *Sentencia 644/2011, de 6 de octubre*, la Sala viene entendiendo que "es necesario que el juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164-haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...-. Y ello, porque, como argumenta a continuación, "no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social- y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable".

Es aquí donde radica, a mi juicio, el equívoco de la sentencia, pues esta misma Sala ha venido reconociendo desde la Sentencia de 56/2011, de 23 de febrero, que "El artículo 172, apartado 3(...) carece de la naturaleza sancionadora (...), dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable -por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de [la sociedad concursada], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa". Si esta es la ratio iuris de la responsabilidad, es lógico que el criterio de imputación tenga que acomodarse a ella y no a la negada naturaleza sancionadora, como de hecho acaba ocurriendo en la lógica de la argumentación de la mayoría.

Si es cierto, como afirma la Sala hasta la saciedad, que en el art. 172.3 LC la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, es lógico que el criterio para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores o liquidadores sociales y su alcance sea la incidencia que la conducta ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

Esta interpretación se acomoda mejor con la dicción legal del precepto, pues guarda relación con el objeto de la condena (pagar todo o parte de los créditos no satisfechos con la liquidación), que es la consecuencia última y mediata de la generación o agravación de la insolvencia; y, además, permite graduar la responsabilidad, en función de la mayor o menor incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, e identificar de entre todas las posibles personas afectadas por la calificación (caso de concurrir distintos motivos justificativos de la calificación culpable) quiénes son responsables, en atención a su participación en la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

Interpretación del art. 172.3 LC (actual art. 172 bis LC) a la vista de la norma francesa en que se inspiró

11. Esta interpretación del art. 172.3 LC(actual art. 172 bis) es, además, más acorde con la institución de derecho comparado en que se inspiró, la denominada "action en comblement de passif"), que actualmente se regula en el art. L651-2 del Código de Comercio francés: "Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables".

A los efectos que ahora interesan, esta norma es esencialmente similar a la contenida en el art. 180 de la Ley 85-98, de 25 de enero de 1985 (en la versión modificada por la Ley 94-475, de 10 de junio de 1994), de donde procede. Para el caso en que la liquidación concursal de un deudor persona jurídica ponga en evidencia la insuficiencia del activo, este precepto del ordenamiento francés prevé que el juez puede condenar a los administradores o dirigentes legales o de hecho a soportar todo o parte del déficit, aunque supeditado

a que hayan contribuido a dicha insuficiencia de activo (en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif). La norma francesa claramente establece un vínculo de causalidad entre la insuficiencia del activo y la conducta de los administradores sociales, para que se les pueda condenar a pagar todo o parte del déficit. Está claro que, como en el caso de nuestro art. 172.3 LC(actual 172 bis LC), el déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos.

Resulta muy significativo que en derecho comparado no exista ningún sistema de responsabilidad para cubrir el déficit concursal, si no es el francés, y que éste exija una relación de causalidad entre la conducta de los administradores a quienes se les quiere hacer responsables de la cobertura del déficit y la insuficiencia del activo, esto es, la consecuencia de la insolvencia. Bajo esta lógica, en la medida en que pueda imputarse a los administradores la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, en esa medida se les puede hacer responsables de la cobertura del déficit.

Incidencia de la conducta de los administradores en la generación o agravación de la insolvencia

12. Ya se siga el criterio de la mayoría o el de este voto particular, cuando se haya justificado la calificación culpable del concurso de la sociedad porque en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC), aunque sea apoyándose en la presunción de dolo o culpa grave del art. 165 LC, la responsabilidad del art. 172.3 LC de los administradores o liquidadores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación estará en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la agravación o generación de la insolvencia.

La discordancia se centra en torno a la calificación culpable de concurso basada en alguna de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC, pues para enjuiciar la mera calificación culpable del concurso (art. 172.2.1º LC), con la consiguiente aplicación de las consecuencias necesarias previstas en los números 2º y 3º del art. 172.2 LC, no se precisa la acreditación de la agravación o generación de la insolvencia. Pero si se pretende hacer responder a los administradores o liquidadores de la sociedad concursada de la cobertura total o parcial del déficit, bajo la ratio iurisantes expuesta del art. 172.3 LC, resulta lógico que se reserve a los supuestos en que se haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, lo cual tampoco es del todo ajeno a las conductas tipificadas.

En el caso de las conductas descritas bajo los ordinarios 3º a 6º del art. 164.2, no debería resultar difícil mostrar en qué medida aquella específica conducta ha incidido en la insolvencia, y si no ha incidido no tiene sentido condenar a la cobertura total o parcial del déficit, pues no guarda relación con la finalidad perseguida. De hecho, en nuestro caso, el pago de una deuda inexistente de 113.856 euros a favor de uno de los administradores y la detracción de 200.000 euros de la concursada, realizada por otro administrador, podían haberse incardinado también en los ordinarios 4º ó 5º del art. 164.2 LC. Y es que en muchos casos el alzamiento de bienes y las enajenaciones fraudulentas habrán motivado, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia, lo que debería ser tenido en consideración para condenar en su caso al pago del déficit.

Lo mismo sucede con el incumplimiento del convenio

imputable al deudor (*núm. 3 del art. 164.2 LC*), aunque en ese caso la responsabilidad debería referirse a la diferencia de lo que hubieran cobrado los acreedores en caso de cumplimiento del convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación. En cuanto a la simulación de la situación patrimonial ficticia, tipificada en el *num. 6 del art. 164.2 LC*, la relevancia de la simulación a los efectos de merecer la responsabilidad ex *art. 172.3 LC* estaría en función del efecto que hubiera podido provocar tal simulación.

Y, respecto de las conductas tipificadas en los ordinarios 1º y 2º cuya realización pueda impedir en un caso concreto el conocimiento de las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia [como puede ser la ausencia de libros de contabilidad o las irregularidades que impiden conocer la situación económico-patrimonial del deudor antes del concurso (*art. 164.2.1º LC*); las inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud del concurso (*art. 164.2.2º LC*)], estaría justificado que presumiéramos la responsabilidad de la persona afectada por la calificación en la generación o agravación de la insolvencia, pues debido al incumplimiento de un deber legal suyo no es posible conocer con precisión dichas causas. Pero siempre que la ausencia de libros, las irregularidades contables o las inexactitudes en la documentación aportada con la solicitud de concurso impidan conocer las causas que han podido generar o agravar la insolvencia, pues de otro modo no guardan relación con ello. Esto último sucede, por ejemplo, en el presente caso en que la contabilidad presentaba un activo ficticio (créditos inexistentes por un importe total de 1.286.006,11 euros), que representaban el 12% del contenido en el balance de situación aportado con el concurso, esta irregularidad contable e inexactitud si bien es relevante para conocer la situación patrimonial de la concursada al tiempo de pedirse el concurso, no consta que pudieran impedir a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación de la insolvencia o su agravamiento.

13. De este modo, el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia. En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que ordinariamente se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal: si es responsable totalmente de la generación de la insolvencia, será condenado a pagar todo el déficit concursal; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia.

La determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del *art. 74 LC*, debería estar en condiciones de identificar de forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia. De hecho, en nuestro caso, el informe emitido por la administración concursal el 14 de diciembre de 2004, de acuerdo con el *art. 74 LC*, es muy completo y explica muy bien las causas de la insolvencia (apartado II.2.2, pp. 11 y ss.): las pérdidas generadas en los ejercicios anteriores, la mala gestión del circulante por no hacer líquido o efectivo el cobro de sus ventas y haber realizado inversiones fijas exclusivamente con recursos ajenos, además de la disposición de fondos para usos atípicos que eran necesarios para el circulante. En ese contexto, la administración concursal podía haber realizado en el posterior informe de calificación un análisis de la incidencia que en la generación o agravación de la insolvencia han tenido las conductas que a la postre han hecho

merecer la calificación culpable del concurso, a las que se hubiera podido añadir la mala gestión (sobre todo a la vista de lo que se exponía en el informe de la administración).

Y si en algún caso no es posible conocer estas causas, debido a la ausencia de documentación o de información, esta carencia debe imputarse a los administradores de la entidad, pues si hubieran cumplido adecuadamente con los deberes de la llevanza de la contabilidad y de colaboración con la administración concursal, necesariamente ésta hubiera podido conocer las causas de la insolvencia o su agravación, y si ésta es imputable y en qué medida a alguno de sus administradores.

La seguridad jurídica exige un criterio claro de imputación de responsabilidad

14. La interpretación formulada en este voto pretende aportar mayor seguridad jurídica, pues deja claro a quienes intervienen en el tráfico jurídico, como administradores o liquidadores de sociedades mercantiles, el marco de responsabilidad que asumen con su actuación. Saben que responderán del déficit, en caso de concurso de acreedores de la sociedad, en la medida en que hayan contribuido a generar o agravar la insolvencia.

Por contra, el criterio seguido por la mayoría podría generar inseguridad, pues impide conocer de antemano los presupuestos de la posible responsabilidad y su relación o conexión con su alcance. Tal es así, que en la práctica no deja margen de revisión, y un ejemplo paradigmático es el presente caso.

En la instancia se condena a los administradores que han sido declarados personas afectadas por la calificación culpable del concurso a pagar de forma mancomunada, por partes iguales, la totalidad de los créditos no satisfechos con la liquidación (como mínimo a 5 millones de euros, a la vista de la valoración del activo y del pasivo concursal realizado por el informe de la administración concursal de 14 de diciembre de 2004, y sin tener en cuenta el montante de los créditos contra la masa que habrán sido satisfechos con cargo a la masa).

Esta condena, según el tribunal de instancia, ha resultado consiguiente a la mera calificación culpable del concurso y a la determinación de las personas afectadas por la calificación, lo cual es correcto con la concepción de la "responsabilidad- sanción" expuesta por dichos tribunales de instancia. No ha existido, por ello, ninguna justificación de por qué las conductas que han motivado la calificación culpable del concurso (la simulación de un activo ficticio de 1.286.006,11 euros en la contabilidad y en la información aportada con la solicitud de concurso, y la detracción indebida del patrimonio de la sociedad de 113.856 euros y 200.000 euros), merecen también la condena de los administradores a pagar los créditos concursales que resulten insatisfechos con la liquidación, que como mínimo ascenderán a 5 millones de euros.

Pero si seguimos la argumentación del criterio de la mayoría, el tribunal de instancia, para fundar aquella justificación añadida, debe "valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable".

Al margen de que el tribunal de instancia no haya llevado a cabo esta valoración, razón por la cual no ha podido ser revisada ni, lo que es más grave, ha permitido a los administradores demandados oponerse, es difícil imaginar criterios claros que aporten previsibilidad a los administradores sociales sobre la incidencia que en la condena a pagar el déficit concursal puedan tener los denominados genéricamente "elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos" tipificados en el art. 164.2 LC. Dicho de otro modo, ¿cómo se puede defender un administrador de la petición concreta de responsabilidad si no existe ninguna pauta o criterio objetivo?, ¿qué tiene que concurrir o dejar de ocurrir en alguna de las conductas tipificadas como culpables en el art. 164.2 LC para que no se le condene a responder del déficit concursal o para que se le condene a una parte?, y ¿qué tiene que ocurrir para que se le condene a pagar todo?

He mencionado antes que el presente caso es un buen ejemplo de la inseguridad generada, porque la sentencia votada por la mayoría ha pasado por alto que no existe la valoración de los elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos que han motivado la calificación culpable del concurso, para justificar de forma añadida por qué se condena a los administradores a pagar mancomunadamente los créditos insatisfechos con la liquidación. Tampoco sabemos por qué se les condena a todos a pagar por partes iguales, siendo que la participación de cada uno de los administradores es distinta: a Dña. Elsa , tan sólo se le imputa la simulación del activo ficticio; a D. Evelio , esta simulación del activo ficticio y un cobro indebido de 113.856 euros; y a D. Anselmo , haber dextraído 200.000 euros. No sabemos cómo la valoración concreta de los elementos objetivos y subjetivos de cada una de estas conductas ha desembocado en la condena al pago por partes iguales de todo el déficit, ni tampoco la significación que puede tener el hecho de que por otro título más claro, el previsto en el art. 172.2.3º LC, se haya condenado a D. Evelio y a D. Anselmo a devolver las cantidades indebidamente percibidas. Es lógico que los condenados puedan hacerse estas preguntas y a ellas deberíamos dar respuesta, si queremos suministrar seguridad jurídica.

El resultado final es que la simulación ficticia de un activo de 1.286.006,11 euros en la contabilidad y la sustracción de 113.856 euros y 200.000 euros, cuyos destinatarios ya han sido condenados a restituir dichas cantidades a la masa, merece una condena mancomunada a pagar más de 5 millones de euros.

Me he entretenido desenvolviendo los entresijos del presente caso, para ilustrar mejor las consecuencias del criterio seguido por la mayoría. Al analizarlo, no puedo menos que evocar con pena precedentes históricos en el ámbito concursal en que una jurisprudencia equívoca generó una gran inseguridad en el tráfico jurídico (me refiero a la retroacción de la quiebra), y sólo me queda la esperanza de que en este caso no tardemos tanto en acertar con la interpretación de la norma.

Consecuencias sobre el fallo de la sentencia

15. La consecuencia de lo anterior, sería la estimación del recurso de casación, pues la sentencia recurrida no sólo no justifica, en cada caso, en qué medida las conductas que han merecido la calificación culpable del concurso han incidido en la generación o agravación de la insolvencia, sino que tampoco aporta una justificación añadida.

Ignacio Sancho Gargallo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.