



Roj: **STS 5289/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5289**

Id Cendoj: **28079110012016100696**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **1015/2014**

Nº de Resolución: **719/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 18/2014 de 31 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 273/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, sobre calificación del concurso. El recurso fue interpuesto por D. Ricardo, representado por la procuradora D.ª Ana María Llorens Pardo y asistido por el letrado D. José Ángel Gracia Federío. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza dictó auto de 5 de septiembre de 2012 declarando finalizada la fase común del procedimiento concursal de Laminados Aragón, S.L., formándose la sección quinta.

El Abogado del estado en la defensa y representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se personó en la sección sexta de calificación del concurso, solicitando la calificación del concurso como culpable, declarando como personas afectadas a sus administradores sucesivos.

D. Juan Luis, administrador concursal de Laminados Aragón, S.L. solicitó la calificación del concurso como culpable, circunscribiendo la culpabilidad únicamente al administrador de la sociedad.

El Ministerio Fiscal emitió informe solicitando que se calificara el concurso como culpable, debiendo afectar esa calificación a D. Ricardo y a D. Casimiro, administradores solidarios, debiendo condenarles a pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no pervivan en la liquidación de la masa activa y a la inhabilitación en los términos del art. 172 de la Ley Concursal de cinco años.

La procuradora D.ª María Belén López López, en nombre y representación de D. Casimiro, formuló escrito oponiéndose a la extensión de la declaración de culpable del concurso de Laminados Aragón, S.L., al no tener la condición de administrador o liquidador o apoderado general de dicha sociedad dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La procuradora D.ª Elisa Mayor Tejero en representación de Laminados Aragón, S.L., formuló escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable, solicitando la desestimación de las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal, la Administración concursal y la AEAT.

Por Diligencia de ordenación de 12 de septiembre de 2013 se declaró a D. Ricardo en rebeldía procesal.

2.- La Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, dictó sentencia núm. 199/2013 de fecha 11 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debía acordar y acordaba:



- » 1º) Calificar como culpable el concurso de Laminados Aragón, S.L. en liquidación, CIF B50761956.
- » 2º) Determinar como persona afectada por tal calificación al administrador único de la concursada Ricardo .
- » 3º) Privar a Ricardo de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.
- » 4º) Inhabilitar a Ricardo para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de cinco años y a que pague la cantidad que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa debiendo responder solidariamente con todo su patrimonio personal.
- » 5º) Condenar a la parte demandada al pago de las costas de este incidente».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Ricardo . El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 19/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 18/2014 en fecha 31 de enero , que desestimó el recurso, con imposición de las costas al recurrente.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Elisa Mayor Tejero, en representación de D. Ricardo , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Vulneración del artículo 164 de la Ley Concursal (vigencia menor de cinco años), vulneración tanto en su aplicación, como justificación (inexistente) de la aplicación, como la doctrina referida al mismo».

«Segundo.- Vulneración de los artículos 172 , 173 y 174 de la Ley Concursal . Ausencia en las sentencias de razonamientos jurídicos que enjuiciando las concretas actuaciones del administrador social, razonen la culpabilidad del actuar de éste, y, en igual forma, falta de razonamientos en las sentencias para aplicar la sanción en grado tan importante, que no guarda relación con los hechos y sus consecuencias».

«Tercero.- Vulneración del artículo 128 de la LEC en función del artículo 172 de la LC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personado ante la misma el recurrente por medio de la procuradora mencionada en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de noviembre de 2015, que admitió los motivos primero y segundo e inadmitió el motivo tercero del recurso y acordó dar traslado al Ministerio Fiscal .

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe impugnando el recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- En la sección de calificación del concurso de Laminados Aragón, S.L. (en adelante, Laminados Aragón), tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial, ante la que recurrió el administrador social, calificaron el concurso como culpable por la concurrencia de la causa consistente en irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la deudora. Asimismo, se determinó como persona afectada por tal calificación al administrador único de la concursada, al que se privó de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, se le inhabilitó por un plazo de cinco años y se le condenó a pagar la totalidad del déficit concursal.

2.- En la sentencia de la Audiencia Provincial se afirmaba que las irregularidades contables afectaban principalmente a los activos de la sociedad, puesto que los activos no corrientes estaban sobrevalorados en los registros contables en 962.433,02 euros; el valor contable del inmovilizado no podía ser cuantificado porque no había constancia del precio de adquisición y existían diferencias muy importantes entre el inventario presentado con la solicitud de concurso y los libros de contabilidad. Asimismo, la partida de saldo deudor de clientes, que en la contabilidad ascendía a 153.351,91 euros y en el inventario aportado con la solicitud de concurso ascendía a 324.779,42 euros, era en realidad inexistente, pues no había saldo alguno pendiente de cobro. Y respecto de las inversiones financieras a corto plazo que ascendían a 49.248,01 euros, en realidad se desconocía el origen de ese crédito y quién era el deudor. Asimismo, la Audiencia afirmaba en su sentencia que



el asiento de apertura del Diario de 2009 había sido modificado y no coincidía con el cierre del año 2008, y que el administrador social no había facilitado a la administración concursal los listados de proveedores, clientes y acreedores. Por ello, consideró que las irregularidades contables eran relevantes porque enmascaraban la verdadera situación de la empresa y suponían un aumento ficticio del activo que podía llevar a los acreedores a error sobre la verdadera situación económica de la empresa, haciéndola pasar por solvente cuando no lo era.

La Audiencia consideró que el administrador social único era la persona a la que eran imputables estas conductas, pues la llevanza de la contabilidad es una obligación del administrador y forman parte de la diligencia que le es exigible. Y las circunstancias del caso permitían concluir que las irregularidades contables no eran aisladas, y que a través de ellas se alteró la imagen de la sociedad y se ocultó su posible insolvencia, lo que constituía una conducta de indudable gravedad y merecía las medidas acordadas (inhabilitación de cinco años y condena total a la cobertura del déficit concursal).

3.- El administrador social condenado ha interpuesto recurso de casación basado en tres motivos, de los cuales han sido admitidos los dos primeros.

SEGUNDO.- *Consideraciones preliminares.*

1.- El recurso de casación no abre una tercera instancia ante la que formular las alegaciones que el recurrente estime procedentes en defensa de sus posiciones. Es un recurso extraordinario que tiene por finalidad unificar la interpretación de la norma sustantiva aplicable para la decisión de la controversia sometida a la decisión de los tribunales, de tal forma que impone identificar con claridad y precisión cuál es la norma, principio general de Derecho o jurisprudencia vulnerados por la sentencia recurrida y razonar la existencia de la infracción denunciada, con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente. Su estructura debe ser muy diferente a la de un escrito de alegaciones en el que se mezclen cuestiones heterogéneas.

El objeto del recurso es la sentencia de la Audiencia Provincial, pero no la sentencia de primera instancia, y menos aún los escritos rectores del proceso.

Asimismo, lo que puede cuestionarse es la interpretación y aplicación de la norma legal, pero no impugnar la norma legal en sí, salvo que se plantee su contradicción con la Constitución y se solicite del tribunal que plantee la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Por último, en el recurso de casación, esta sala ha de partir de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial y de los hechos fijados por dicho tribunal.

2.- El recurrente no respeta estas exigencias. Centra el objeto de su recurso no tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial, como en el dictamen de la administración concursal, puesto que lo analiza con detalle y critica las conclusiones que en el mismo se alcanzan.

Asimismo, con frecuencia, la jurisprudencia cuya infracción alega no es la constituida por las sentencias de esta sala, sino por los votos particulares que a tales sentencias hayan podido formularse, que no constituyen doctrina jurisprudencial.

Y aunque lo que puede impugnar en el recurso es la interpretación y aplicación que el tribunal de apelación hace de la norma legal cuya infracción sirve de base al recurso, con frecuencia impugna la norma legal en sí, como es el caso del último inciso del art. 164.2.1º de la Ley Concursal, al que tacha de «asaz peligroso, perturbador del derecho a la defensa que todo el mundo posee y causa [de] una gran inseguridad jurídica».

Del mismo modo, pretende que esta sala vuelva a valorar las pruebas practicadas y llegue a conclusiones opuestas a las alcanzadas por la Audiencia, invocando constantemente el informe pericial que aportó en la primera instancia y solicitando incluso que esta sala vuelva a examinarlo y a aceptar sus conclusiones, contrarias a las sentadas por la Audiencia. De este modo, modifica la base sobre la que la Audiencia ha aplicado la norma legal cuya infracción se invoca, negando la existencia de las irregularidades contables que la sentencia recurrida afirma que existen, afirmando que existían los créditos respecto de los clientes que la Audiencia niega que existieran, etc.

Asimismo, junto con cuestiones sustantivas mezcla cuestiones procesales, como son las relativas a la naturaleza de la prueba consistente en el informe de su perito o las reiteradas imputaciones de incongruencia a la sentencia recurrida.

Por último, contrariando las exigencias de precisión propias de estos recursos extraordinarios, junto con una mezcla y reiteración de alegaciones que constituye la argumentación por acarreo que esta sala ha rechazado de modo reiterado como impropia de este tipo de recursos, el recurrente, en el primer motivo relativo a la concurrencia de la causa de calificación del concurso como culpable, realiza alegaciones relativas a la responsabilidad concursal, que es una cuestión atinente a la infracción legal denunciada en el segundo motivo.



3.- La sala no va a entrar en las cuestiones ajenas a la naturaleza de este recurso de casación, por lo que centrará su decisión en aquellos argumentos que puedan considerarse como propios de este recurso.

TERCERO.- *Formulación del primer motivo del recurso.*

1.- El primer motivo del recurso de casación lleva este encabezamiento:

«Vulneración del artículo 164 de la Ley Concursal (vigencia menor de cinco años), vulneración tanto en su aplicación, como justificación (inexistente) de la aplicación, como la doctrina referida al mismo».

2.- En este motivo, el recurrente niega que concurra la causa de calificación del concurso como culpable prevista en el art. 164.2.1º, último inciso, de la Ley Concursal .

CUARTO.- *Decisión de la sala. Irregularidades contables. Inexistencia de infracción legal.*

1.- La afirmación del recurrente de que se ha aplicado erróneamente dicho precepto legal porque una discrepancia en la forma de contabilizar no puede ser calificada de irregularidad relevante, se apoya en una base diferente a la sentada por la Audiencia, pues se basa en el informe del Sr. Sabino , que niega la existencia de las irregularidades contables que la Audiencia afirma y que han sido expuestas en el primer fundamento.

Además, ese argumento contradice otro que también expone el recurso, consistente en que engaños tan burdos y aparentes que son de fácil detección sin esfuerzo intelectual son inidóneos para dificultar la comprensión de la situación patrimonial o financiera. No puede sostenerse que no existe irregularidad contable alguna para a continuación decir que se trataba de un engaño tan burdo que cualquiera se habría dado cuenta.

2.- El argumento de que los activos reflejados en la contabilidad existen y pueden ser enajenados, y que eso es lo único relevante, no puede ser aceptado. En primer lugar, porque no parte de la afirmación de la Audiencia de que algunos de estos activos (como los créditos contra clientes) eran inexistentes. En segundo lugar, porque para que no haya irregularidades contables relevantes no basta con que los activos reflejados en la contabilidad sean reales, sino que es necesario que su valoración se haya realizado conforme a criterios contables correctos.

3.- Tampoco puede aceptarse el argumento de que se ha infringido el art. 164.2.1º de la Ley Concursal porque en el inventario aportado con la solicitud de concurso se han valorado correctamente los activos de la sociedad concursada.

En primer lugar, porque tampoco en este caso se parte de la base sentada por la Audiencia, que niega que existieran los créditos frente a clientes que constaban tanto en la contabilidad de la concursada como en el inventario que presentó junto a la solicitud de concurso. En segundo lugar, porque son supuestos distintos de calificación del concurso como culpable la irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera del último inciso del art. 164.2.1º de la Ley Concursal , y la que prevé el apartado siguiente, art. 164.2.2º, consistente en la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso, como es el caso del inventario de bienes y derechos cuya presentación con la solicitud de concurso exige el art. 6.2.3º de la Ley Concursal . Lo determinante para que exista la primera de ellas es que se haya constatado una irregularidad grave en los documentos contables del deudor concursado, lo que se habrá producido aunque la documentación acompañada con la solicitud de concurso sea correcta y por tanto no se haya incurrido en la segunda de dichas causas de calificación del concurso como culpable.

El recurrente, por el contrario, confunde constantemente la contabilidad de la deudora concursada, que es la contabilidad prevista en el art. 25 y siguientes del Código de Comercio , con la documentación que debe acompañar a la solicitud de concurso, que es la prevista en los apartados 2 y 3 del art. 6 de la Ley Concursal . Con lo cual, parte de bases erróneas para denunciar la infracción legal objeto del motivo del recurso.

4.- La afirmación del recurrente de que solo pueden actuar como presunciones *iusuris et de iure* de la culpabilidad del concurso la falta de llevanza de contabilidad y la llevanza de doble contabilidad, pero nunca las irregularidades relevantes en la contabilidad, porque esta, al contrario de las anteriores, no es un dato objetivo y automático sino valorativo, supone, simplemente, negar la evidencia, por cuanto que el art. 164.2.1º de la Ley Concursal equipara, como causas determinantes por igual del carácter culpable del concurso, el incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión de irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Además, los otros dos supuestos también exigen la realización de juicios valorativos para determinar si el deudor estaba obligado a llevar contabilidad, si se ha producido un incumplimiento del deber de llevar contabilidad, y si tal incumplimiento ha sido sustancial; y, asimismo, sobre si la documentación que se ha



llevado en paralelo a la contabilidad oficial puede considerarse como una segunda contabilidad, de modo que se pueda considerar que hay llevanza de doble contabilidad.

5.- Respecto de la alegada falta de intencionalidad de las irregularidades, además de que tal afirmación carece de sustento alguno en los hechos que se declaran probados en la sentencia de la Audiencia Provincial, debe recordarse que, como hemos afirmado anteriormente (sentencias 644/2011, de 6 de octubre, 298/2012, de 21 de mayo, 421/2015, de 21 de julio, 492/2015, de 17 de septiembre, 269/2016, de 22 de abril, y 363/2016, de 14 de julio), la expresión «en todo caso» que se emplea en el art. 164.2 de la Ley Concursal no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador. Asimismo, no cabe exigir el elemento intencional, salvo el que corresponde a la propia conducta (sentencias 664/2011, de 6 de octubre, 614/2011, de 17 de noviembre, y 343/2015, de 5 de junio).

QUINTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo del recurso de casación se inicia con este epígrafe:

«Vulneración de los artículos 172, 173 y 174 de la Ley Concursal. Ausencia en las sentencias de razonamientos jurídicos que enjuiciando las concretas actuaciones del administrador social, razonen la culpabilidad del actuar de éste, y, en igual forma, falta de razonamientos en las sentencias para aplicar la sanción en grado tan importante, que no guarda relación con los hechos y sus consecuencias».

2.- En este motivo, el recurrente impugna que se le haya condenado a la cobertura total del déficit concursal, pues no existe relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño causado a los acreedores y la sentencia carece de la justificación añadida para la imposición de tal condena, y asimismo niega que la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad pueda determinar la condena a la inhabilitación del administrador social.

SEXTO.- *Decisión de la sala. «Justificación añadida» necesaria para condenar al administrador social a la cobertura total del déficit concursal.*

1.- Toda sentencia que declare el concurso culpable debe contener el pronunciamiento de inhabilitación de la persona afectada por la calificación, por ser una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable. Carece de cualquier base la afirmación de que al calificarse el concurso como culpable por apreciarse la concurrencia del supuesto previsto en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal, no puede imponerse tal inhabilitación.

En cuanto a la duración de la sanción, previendo la ley un mínimo de dos años y un máximo de quince, habiéndose impuesto en una duración de cinco años, la sala no puede realizar un control de la discrecionalidad del tribunal de instancia, en tanto que no ha incurrido en evidente y notorio error de hecho, ni ha resuelto de forma caprichosa, desorbitada o injusta. Es constante la jurisprudencia (sentencias 213/2006, de 27 de febrero, 721/2011, de 26 de octubre, y 501/2012 de 16 julio) que afirma:

«La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, constituye materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación».

2.- El recurrente incurre en la contradicción de afirmar que para condenar al administrador social considerado como persona afectada por la calificación del concurso a la cobertura del déficit concursal es necesario, por un lado, la apreciación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño causado a los acreedores y, por otro, que la sentencia valore conforme a criterios normativos los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada administrador en relación con la actuación determinante de la calificación culpable, porque en la mayoría de las causas de calificación del concurso como culpable, se trata de justificaciones alternativas de dicha condena.

3.- En todo caso, tratándose de una sección de calificación iniciada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, esta sala, en sentencias 772/2014, de 12 de enero de 2015, de pleno, y 45/2015, de 5 de enero, respecto de la naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal, antes de la reforma operada por dicho Real Decreto-ley 4/2014, declaró:

«[tal naturaleza] había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador



social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales. Por tanto, no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta "ex lege" de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada».

4.- Respecto de la justificación añadida, la Audiencia realiza tal justificación no solo al describir las irregularidades contables que, por incluir activos inexistentes o aumentar de un modo contrario a las normas contables el valor de los existentes, determinaron un aumento ficticio del activo, fueron aptas para llevar a error a los acreedores e hicieron pasar por solvente a una sociedad que no lo era, sino también al justificar la imposición de la condena a la cobertura del déficit concursal.

En ese apartado de la sentencia, la Audiencia justifica que la conducta determinante de la condena a la cobertura del déficit concursal reviste la gravedad adecuada para hacer tal pronunciamiento y asimismo que es imputable al administrador social único, por ser la persona a la que incumbían los deberes que fueron infringidos al cometer las irregularidades relevantes en la contabilidad.

Por tanto, no se ha tratado de una imposición automática de tal condena, sino que se ha justificado, dentro de la amplia discrecionalidad que la norma otorga al tribunal, la concurrencia de elementos normativos objetivos y subjetivos que justifican tal pronunciamiento condenatorio.

SÉPTIMO.- *Costas y depósito.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Ricardo, contra la sentencia núm. 18/2014 de 31 de enero, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 19/2014. **2.º-** Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.