

Roj: **STS 3752/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3752**Id Cendoj: **28079110012017100547**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/10/2017**Nº de Recurso: **582/2015**Nº de Resolución: **574/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Anton y D. Dimas , representados por la procuradora D.ª Ana Belén Gómez Murillo, bajo la dirección letrada de D. Julio de Miquel Berenguer, contra la sentencia núm. 366/2014, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 224/2014 , dimanante de las actuaciones del Incidente Concursal núm. 597/2011- 4.ª del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona. Sobre oposición a la calificación culpable del concurso de la sociedad Campesa S.A. Esta Sala igualmente ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Ismael , representado por el procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo y bajo la dirección letrada de D. Joan Saula Adell. Ha sido parte recurrida la Administración Concursal de Campesa S.A. representada por la administradora D.ª Inmaculada .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- En la sección sexta del concurso de la sociedad Campesa S.A., la administración concursal solicitó que se declarase culpable y como personas responsables a D. Anton , D. Dimas , D. Victorino , D. Alexander , D. Darío y D. Ismael ; y se declarase cómplice a la sociedad MWCR Spa. Que se condenara a las personas afectas por la calificación a la inhabilitación para administrar bienes ajenos entre 5 y 15 años, a la pérdida de cualquier derecho y devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio de Campesa o que hayan recibido de la masa activa, en especial las diferencias entre los precios pagados por todos los productos adquiridos desde que el grupo MWCR entrara en el accionariado de Campesa y el precio medio en España de esos productos; y a pagar solidariamente a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa del concurso.

El Ministerio Fiscal formuló solicitud en igual sentido.

2.- La procuradora D.ª Inmaculada Lasala Buxeres, en nombre y representación de D. Ismael y de D. Victorino , formuló oposición a la calificación del concurso y solicitó que se dictara sentencia:

«[...]por la que se absuelva a mis representados de cualquier eventual responsabilidad que en su caso derive de la calificación del concurso como culpable».

3.- El resto de personas contra las que se dirigió la pretensión como personas afectadas por la calificación culpable no formuló oposición.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona dictó sentencia núm. 20/2013, de 6 de febrero , con la siguiente parte dispositiva:



- «1º) CALIFICO EL CONCURSO de la concursada OMEGA SAREMA S.A Y MWCR PARTICIPACIONES SPAIN S.A. como FORTUITO.
- »2º) CALIFICO EL CONCURSO de la concursada CAMPESA S.A., como CULPABLE.
- »3º) Determinar como personas afectadas por tal calificación a Anton , Darío , Ismael y Dimas .
- »4º) De conformidad con el art. 166 LC es cómplice la sociedad matriz MWRC SPA.
- »5º) Privar a Anton , Darío , Ismael , Dimas y a MWRC SPA de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.
- »6º) Inhabilitar a Anton , Darío , Ismael , Dimas para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de cinco años.
- »7º) Condenar a Anton , Darío , Ismael , Dimas y a MWRC SPA a la cobertura total del déficit del concurso de CAMPESA.
- »8º) Condenar a Anton Darío , Ismael , Dimas y a MWRC SPA al pago de las costas causadas».

5.- Por la representación procesal de D. Anton y D. Dimas se solicitó la aclaración de dicha sentencia, que fue denegada mediante auto de 14 de mayo de 2013 por el Juzgado Mercantil.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Ismael y de D. Darío y de D. Anton y D. Dimas

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que los tramitó con el número de rollo 224/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 12 de noviembre, cuya parte dispositiva establece:

«Estimamos en parte los recursos de apelación interpuestos por Ismael , Darío , Dimas y Anton contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 6 de febrero de 2013 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el exclusivo sentido de limitar la condena solidaria de los recurrentes a la cobertura del déficit concursal de Campesa en los siguientes términos:

- a) El Sr. Anton deberá responder del 75% del déficit.
- b) El Sr. Ismael y el Sr. Darío del 10% cada uno de ellos.
- c) El Sr. Dimas del 5%.

»Tal responsabilidad, aunque porcentualmente distinta según el detalle anterior, será solidaria entre los cuatro administradores.

»No se hace imposición de las costas de ninguna de las instancias y se ordena la devolución de los depósitos constituidos al recurrir».

3.- Los recurrentes Sres. Anton y Dimas solicitaron la aclaración de la sentencia y por auto de 9 de diciembre de 2014 se aclaró en el siguiente sentido:

«El límite total de la condena de todos los administradores es del 75% del déficit, de manera que la condena de los administradores distintos al Sr. Anton debe ser entendida como una parte de ese porcentaje total. Esa es la razón por la que se condena de manera solidaria, no mancomunada, como resultaría en el caso de que se considerara que los porcentajes de condena fueran cumulativos».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Inmaculada Lasala Buxeres, en representación de D. Ismael , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 218.1 LEC , al amparo del art. 469.1.2º LEC .

Segundo.- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española , al amparo del artículo 469.1.4º LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 172 bis LC , en cuanto a la condena a la cobertura del déficit concursal.

Segundo.- Infracción del artículo 172 bis *in fine* LC , en cuanto a la incorrecta individualización de la responsabilidad de mi mandante, así como a la imposición de solidaridad».



2.- El procurador D. Javier Mundett Salaverria, en representación de D. Anton y D. Dimas , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Vulneración de los artículos 155 y 156 LEC en relación a los principios de defensa y tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución española de 1978 , y ello al amparo del art. 469.1-4º de la LEC .

Segundo.- Al amparo del art. 469.1-3º al haberse producido indefensión en la tramitación del procedimiento.

Tercero.- Al amparo del art. 469.1-2º por infracción del art. 217-2º de la LEC al no haber respetado las normas sobre la carga de la prueba.

Cuarto.- Al amparo del art. 469.1-2º al haberse infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Quinto.- Al amparo del art. 469.1-4º por error sustancial en la valoración de la prueba con infracción del art. 326 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por infracción de los arts. 164.2.1º y 164.2-5º al calificar como culpable el concurso en el fundamento jurídico quinto relativo a la conducta consistente en los precios de referencia aplicados intragrupo por la sociedad concursada.

Segundo.- Infracción de los arts. 164.2-1 º y 164.2-6º de la Ley Concursal al calificar como culpable el concurso por razón de la venta de participaciones efectuadas por CAMPESA a MWCR SPAIN correspondientes a las compañías MICRA METRIPONT, MEDESA y CAMPESA INDUSTRIAL y asimismo la venta de participaciones propiedad de CAMPESA, de OMEGA, SAREMA S.A. y ALFATECH S.L., también a MWCR SPAIN.

Tercero.- Por infracción de los arts.172.1-1 º y 172 bis de la Ley Concursal ».

3.- 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 personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ismael , y los motivos segundo y tercero del recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Anton y D. Dimas contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014 , aclarada por auto de fecha 9 de diciembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta .

»2º) No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Anton y D. Dimas , ni el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Ismael contra la sentencia antes mencionada.

»3º) Imponer al recurrente D. Ismael las costas devengadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del depósito constituido».

4.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

5.- Por providencia de 13 de julio de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de septiembre de 2017. No obstante por providencia de 22 de septiembre, y al encontrarse el magistrado-ponente de permiso oficial en el día inicialmente señalado, se trasladó dicho señalamiento al día 11 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Mediante sendos autos de 23 de noviembre de 2006, el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona declaró el concurso voluntario de las compañías mercantiles Campesa S.A. y Omega Sarema S.A. Posteriormente, por auto de 7 de febrero de 2007 , se declaró en concurso a la sociedad MWCR Participaciones Spain S.A. y se acordó la acumulación de los tres concursos.



2.- Las tres sociedades pertenecen a un grupo encabezado por la sociedad mercantil italiana MWCR Spa (sociedad matriz). La estructura del grupo es la siguiente: la compañía Omega Sarema está participada al 100% por la concursada MWCR Spain; Campesa está participada en un 64,48% por la misma concursada MWCR Spain, y el restante 35,52% pertenece a la mercantil italiana MWCR Spa; y MWCR Spain está participada en su totalidad por la italiana MWCR Spa.

Campesa se dedicaba a la fabricación de básculas y balanzas eléctricas, que comercializaba a través de la sociedad Omega Sarema. Por su parte, MWCR Spain, participada en su totalidad por la italiana MWCR Spa, es una sociedad de tenencia de acciones y participaciones de otras sociedades, y es titular de unas marcas de productos comercializados por su participada Campesa. A la fecha de solicitud del concurso, MWCR Spain carecía de actividad.

3.- La decisión de solicitar el concurso de Campesa (único que ya es objeto de tratamiento en esta fase procesal) se adoptó por acuerdo de su consejo de administración de 4 de octubre de 2006 y se facultó a todos los miembros del consejo y especialmente a D. Darío para instar dicha solicitud.

En cuanto al órgano de administración de Campesa, siguió los siguientes avatares:

(i) D. Anton fue presidente/consejero delegado desde el 23 de mayo de 2002 al 4 de marzo de 2004 y administrador único desde el 4 de marzo de 2004 al 15 de marzo de 2005.

(ii) En junta general de 15 de marzo de 2005, se acordó el cambio de sistema de administración al de consejo de administración, con la siguiente composición: D. Anton, presidente y consejero delegado; D. Darío, vicepresidente primero; y D. Ismael, vicepresidente segundo.

(iii) En junta general de 7 de febrero de 2006, se aceptó la renuncia de D. Anton y el consejo de administración quedó con la siguiente composición (que mantenía a la fecha de declaración del concurso): D. Dimas, presidente; D. Darío, vicepresidente primero; D. Ismael, vicepresidente segundo.

4.- Por auto de 1 de octubre de 2007, se acordó la finalización de la fase común, la apertura de la fase de liquidación y la formación de la sección sexta, de calificación del concurso de Campesa S.A.

5.- En la sección de calificación, la administración concursal presentó un informe en el que solicitó la calificación como culpable de los tres concursos. Como hechos relevantes para la calificación, en lo que respecta a Campesa, el informe señala los siguientes:

5.1.- Incumplimiento de los deberes legales relacionados con la contabilidad:

- Venta de productos de Campesa a otras empresas del grupo MWCR a precios por debajo del medio de mercado, e incluso de coste o fabricación durante los ejercicios 2003 a 2006.

- Trasvase de activos de Campesa a MWCR Spain, principalmente por la venta de sociedades participadas por la primera a la segunda, sin que esta última haya pagado el precio pactado. Dichas operaciones aparecen en el cierre del año 2004 por un importe de 3.408.308,80 €, y en el cierre del año 2005 por un importe de 3.866.860,07 €. A la presentación del concurso (31 de octubre de 2006) el importe era de 2.548.814,89 €.

5.2.- Alzamiento de bienes y enajenaciones fraudulentas por parte de Campesa a favor de otras empresas del grupo MWCR.

5.3.- Simulación de una situación patrimonial ficticia: Campesa simuló una situación patrimonial ficticia, al hacer constar en sus activos anotaciones contables sin sustrato económico ni mercantil, que obedecían a una estrategia concreta del grupo con el único objeto de alterar los resultados de los ejercicios 2003 y 2004.

6.- En cuanto a las personas afectadas por la declaración de culpabilidad, la administración concursal señaló a D. Anton, D. Ismael y D. Dimas. Asimismo, solicitó la declaración de complicidad de la matriz MWCR Spa, que sería responsable de las pérdidas sufridas por Campesa, y habría cooperado en el agravamiento de la insolvencia de Campesa.

En consecuencia, solicitó que se declarase culpable el concurso de las tres concursadas y como personas responsables a D. Anton, D. Dimas, D. Victorino, D. Alexander, D. Darío y D. Ismael, por haber realizado las conductas descritas en los artículos 164.1, 164.2.1º, 164.2.4º, 164.2.6º y 165.1 LC; se declarase como cómplice a la sociedad MWCR Spa; se condenara a las personas afectas por la calificación a la inhabilitación para administrar bienes ajenos entre 5 y 15 años, a la pérdida de cualquier derecho y devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio de Campesa o que hubieran recibido de la masa activa, en especial las diferencias entre los precios pagados por todos los productos adquiridos desde que el grupo MWCR entró el accionariado de Campesa y el precio medio en España de esos productos; y a pagar



solidariamente a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa del concurso.

Solo formularon oposición D. Ismael y D. Victorino .

7.- La sentencia de primera instancia calificó el concurso de Campesa como culpable, y el de las otras dos sociedades como fortuito; determinó como personas afectadas por la calificación a Anton , Darío , Ismael y Dimas ; declaró cómplice a MWRC Spa; condenó a todos ellos a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa; inhabilitó a las personas afectadas por la calificación para administrar bienes por cinco años; y les condenó a la cobertura total del déficit concursal y al pago de las costas.

El juez de lo mercantil consideró, resumidamente, que durante los ejercicios 2003 a 2006 se habían realizado ventas por debajo del precio medio de mercado entre las empresas del grupo, e incluso a veces por debajo de coste, así como que Campesa había sido descapitalizada paulatinamente, hasta que acabó en una situación de insolvencia irreversible. También consideró que habían existido irregularidades contables relevantes que impedían la comprensión de la situación patrimonial real de la concursada y enajenaciones fraudulentas con la finalidad de simular un patrimonio ficticio.

El juez consideró que estos hechos integraban los supuestos previstos en los arts. 164.2.1º y 6º LC .

8.- La sentencia de calificación fue recurrida en apelación por D. Ismael , D. Darío , D. Dimas y D. Anton . La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos y modificó la resolución recurrida en el exclusivo sentido de limitar la condena solidaria de los recurrentes a la cobertura del déficit concursal de Campesa en los siguientes términos: a) El Sr. Anton deberá responder del 75% del déficit; b) El Sr. Ismael y el Sr. Darío del 10% cada uno de ellos; c) El Sr. Dimas del 5%. Pese a la atribución porcentual, la responsabilidad se acordó que fuera solidaria entre los cuatro administradores.

Los argumentos de la sentencia de apelación fueron, resumidamente, los siguientes: (i) No cabe considerar que hubiera un emplazamiento irregular ni que se causara perjuicio a los recurrentes, que en su condición de administradores pudieron conocer la propuesta de calificación y defenderse; (ii) No es exigible a la administración concursal una cumplida prueba de los hechos ante una situación de falta de oposición de todos los afectados. Quienes no se opusieron en primera instancia no pueden pretender que su falta de alegación y prueba no tenga efectos; (iii) El grupo al que pertenecía Campesa siguió una política de transferencia de activos intragrupo arbitraria e injustificada, incluso con la aplicación de precios por debajo de coste, lo que primero generó la insolvencia de Campesa y luego la agravó; (iv) En la contabilidad de la concursada se hicieron anotaciones que no se correspondían con la realidad de operaciones entre ella y otras sociedades del grupo, y se encubrió una importante salida de patrimonio de la concursada a favor de la matriz italiana y de la sociedad española titular de una parte muy significativa de sus propias participaciones sociales; (v) En relación con las operaciones de las sociedades Omega y Alfatech, se manipularon las cuentas y se aparentó una situación patrimonial ficticia de solvencia; (vi) Todos los administradores que han sido declarados como personas afectadas formaban parte del consejo de administración, y solo por ello, y teniendo en cuenta la naturaleza de las conductas que han determinado la calificación culpable, debe presumirse que las conocían o debían haber conocido; (vii) La Audiencia sostiene la aplicación del art. 172.bis LC , en su redacción dada por la Ley 4/2014, a situaciones anteriores, y ello porque la reforma no introduciría un cambio significativo en la norma hasta entonces vigente, sino que tendría un simple carácter interpretativo. La estimación de irregularidades contables como causa de la calificación culpable justifica suficientemente la imputación de la totalidad del déficit, particularmente cuando esas irregularidades se han traducido en una imposibilidad o enorme dificultad para conocer cuáles han sido las verdaderas causas de la generación y agravación de la insolvencia como ocurre en este caso. A ello debe añadirse que el mecanismo esencial a través del cual se llevó a cabo la despatrimonialización de la concursada fueron los precios de transferencia aplicados en sus relaciones con otras sociedades del grupo; por ello considera que la responsabilidad concursal debe ser impuesta a todos los administradores porque todos ellos tuvieron la oportunidad de conocer esa política de precios y la consintieron. No obstante, entiende que el déficit también debe ser imputado a la propia suerte adversa de los negocios, lo que lleva a moderar el importe total de la condena y situarlo en el 75% del total déficit acumulado. (viii) En cuanto a la individualización, tiene en cuenta el tiempo de permanencia en el cargo y las atribuciones de cada consejero.

9.- Como los concursos de Omega y MWCR Spain fueron calificados como fortuitos, en resolución que ha ganado firmeza, la presente sentencia tratará exclusivamente lo relativo al concurso de Campesa.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Anton y Dimas



SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Defectos procesales en el emplazamiento causantes de indefensión*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC y denuncia la vulneración de los artículos 155 y 156 LEC , en relación con los principios de defensa y tutela judicial efectiva que recoge el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo, alegan los recurrentes, resumidamente, que no fueron emplazados correctamente, ya que se les intentó emplazar a través de una comisión rogatoria en la sede social de la compañía mercantil italiana MWCR Spa, que únicamente era accionista de la concursada; y que, al resultar negativo el emplazamiento, se optó directamente por la vía edictal, sin hacer averiguación de domicilio.

Decisión de la Sala :

1.- Según reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, la citación en el procedimiento, en la medida que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa de sus pretensiones, constituye un instrumento ineludible para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución . Por lo que la omisión de esta diligencia constituye una grave infracción del procedimiento generadora de efectiva indefensión, al privar a la parte de la posibilidad de personarse en el juicio y realizar las alegaciones y, en su caso pruebas, que estime oportuno, que conduciría a la declaración de nulidad de pleno derecho de lo actuado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240 LOPJ y 225.3 y 227 LEC .

Así, el Tribunal Constitucional tiene establecido que los tribunales deben procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, lo que únicamente puede ser eludido cuando concurren dos elementos: uno, el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios; y dos, la convicción del órgano judicial de que, al ser desconocido el domicilio o ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal. Es decir, para el cumplimiento de este deber, los órganos judiciales, deben agotar todas las posibilidades que racionalmente se les ofrezcan, y específicamente las que figuran en los arts. 155 y 156 LEC , donde se especifican algunas de esas fuentes de búsqueda para alcanzar el emplazamiento o citación personal de la parte (por todas, SSTC 176/2009, de 16 de julio , y 30/2014, de 24 de febrero). De manera tal que los tribunales deben extremar su celo a la hora de poner en conocimiento de las partes pasivas de un pleito la propia existencia del proceso, dada la trascendencia que estos actos tienen para asegurar el principio de contradicción o audiencia entre las partes.

Como dice la sentencia de esta sala 594/2013, de 30 de septiembre , con cita de otras muchas, no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación.

2.- La administración concursal facilitó al juzgado los domicilios de las personas a las que había que emplazar (todos ellos, en Italia, y en el caso concreto del Sr. Anton en Milán -con indicación completa de domicilio- y del Sr. Dimas en Monza -sin más precisión que la de la ciudad-). El juzgado dirigió comisión rogatoria a Milán para el emplazamiento de ambos en el domicilio designado para Anton ; la diligencia resultó negativa, porque la autoridad italiana no los encontró en la dirección indicada.

Como la administración concursal manifestó desconocer otros domicilios de tales señores, tanto en Italia como en España, el juzgado procedió a su emplazamiento edictal.

El art. 164 LEC permite la comunicación edictal cuando se hayan agotado las averiguaciones domiciliarias previstas en la propia Ley. A su vez, los arts. 155 a 157 LEC no obligan a realizar tales gestiones de localización en el extranjero. El emplazamiento se intentó por los cauces previstos en el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y resultó negativo. Sin que los recurrentes indiquen qué gestiones debería haber hecho el juzgado en Italia para averiguar su domicilio, ni cuáles son las normas procesales, internacionales o nacionales, que habría que aplicar en tal caso y que supuestamente habría infringido la resolución recurrida.

La Audiencia Provincial da como probado que fueron los Sres. Anton y Dimas quienes facilitaron a la administración concursal el domicilio en el que podían ser emplazados, en el que no pudieron ser localizados. A su vez, considera la Audiencia que si tales señores habían sido administradores de la sociedad concursada, no podían ignorar la existencia de la sección de calificación ni la demanda de calificación culpable. A lo que añade que, la rebeldía de los ahora recurrentes no fue involuntaria, sino provocada por ellos mismos, como



demuestra también que en cuanto se dictó la sentencia que les era adversa la recurrieron en apelación, por lo que no parece que fueran ignorantes de lo que estaba pasando en el procedimiento.

El argumento de la Audiencia sobre que los administradores de la sociedad concursada no pueden alegar ignorancia respecto del devenir del procedimiento sería admisible respecto del Sr. Dimas , en tanto que era el presidente del consejo de administración de Campesa cuando se solicitó y declaró el concurso y al que incluso se le habían otorgado poderes especiales al respecto. Pero no es trasladable al Sr. Anton , que había cesado como administrador varios meses antes de la solicitud de concurso. No obstante, no era exigible la averiguación domiciliaria en el extranjero una vez agotados los cauces para el emplazamiento en Italia, y como bien dice la sentencia recurrida resulta llamativo que en cuanto se dictó la sentencia de primera instancia, los ahora recurrentes se dieran por enterados de su existencia y contenido, lo que demuestra que no estaban realmente ajenos al procedimiento.

Debe recordarse que no existe indefensión cuando la misma la provoca la propia acción u omisión de quien luego la invoca. A lo que debe unirse que la posible indefensión quedó sensiblemente paliada una vez que la Audiencia Provincial admitió parte de las pruebas propuestas por los ahora recurrentes en segunda instancia. Sin que se haya acreditado que la falta de comparecencia en primera instancia haya acarreado a los recurrentes otro género de indefensión. No explican los recurrentes qué alegaciones o qué pruebas no pudieron proponer en dicha instancia, que fuera imputable a su incomparecencia en la primera instancia.

3.- En razón a lo expuesto, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Emplazamiento defectuoso. Inactividad del tribunal en la averiguación domiciliaria*

Planteamiento :

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC y se denuncia indefensión en la tramitación del procedimiento, con infracción del art. 170.2 LC , al no haberse realizado por el tribunal de instancia el más mínimo esfuerzo para el emplazamiento personal de los afectados. También alega infracción del art. 460.3 LEC , al haberse coartado los derechos del demandado rebelde a la proposición de prueba en segunda instancia.

2.- En el desarrollo del motivo, consideran los recurrentes que el art. 170.2 LC ordena emplazar a todas las personas que podrían estar afectadas por la calificación del concurso, pese a lo cual, se incumplieron las previsiones de la LEC al efecto. Asimismo, alegan que en segunda instancia se les admitió únicamente una parte de la prueba documental, pero se les denegaron otras pruebas esenciales.

Decisión de la Sala :

1.- Aparte de que el motivo incurre en causa de inadmisión, al acumular infracciones heterogéneas, como son las relativas al emplazamiento o a la prueba en segunda instancia, resulta aplicable lo expresado en el fundamento anterior sobre la inexigibilidad de la averiguación domiciliaria en el extranjero y la rebeldía voluntaria de los recurrentes.

2.- Como consecuencia de lo cual, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Infracción de las normas sobre carga de la prueba*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3 º ó 2º LEC y denuncia la infracción del art. 217.2º LEC , al no haberse respetado las normas sobre la carga de la prueba.

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta que la sentencia recurrida vulnera las reglas relativas a la carga de la prueba, al considerar que la administración concursal ha justificado de manera razonable y adecuada la imputación de los hechos en los que funda la causa de culpabilidad, y hace recaer en los recurrentes la obligación de dar ulteriores explicaciones para justificar la razones de la despatrimonialización, cuando la carga de la prueba recae sobre la administración concursal, que no aporta prueba alguna de las operaciones a las que se refiere.

Decisión de la Sala:

1.- Como regla general, corresponde a la administración concursal, la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión de la calificación culpable. Pero junto a ello, debe tenerse en cuenta que dentro de las normas de la carga de la prueba tiene cabida el principio de facilidad probatoria, al que se refiere específicamente el art. 217.7 LEC . Y si se trata de enjuiciar la contabilidad de la concursada o la realización de operaciones de transmisión de sus activos, resulta evidente que quienes están en mejor disposición para



aportar los elementos de prueba precisos son la propia empresa en concurso y sus administradores, que son quienes formulan la contabilidad y están obligados legalmente a su llevanza.

2.- Además, la situación de rebeldía en la sección de calificación no es del todo equiparable a lo dispuesto en el art. 496.2 LEC, porque precisamente el art. 171.2 LC supone una de las excepciones a las que se refiere el propio precepto, al equiparar la falta de oposición a la conformidad con la pretensión de calificación. Si bien no es éste exactamente el caso que se refiere el art. 171.2, porque sí hubo oposición de otros afectados, queda claro que la falta de oposición no tiene el mismo tratamiento en el proceso concursal, y específicamente en la sección de calificación, que en el régimen procesal civil general.

Asimismo, basta con leer las sentencias de instancia para comprobar que la declaración de hechos probados no se basa exclusivamente en la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba, sino también en la valoración de la prueba documental obrante en las actuaciones. Es decir, ha habido prueba y se ha valorado. Por lo que este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO .- *Cuarto motivo de infracción procesal. Falta de motivación*

Planteamiento :

1.- Se formula el cuarto motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en lo que a la motivación se refiere, y vulneración del art. 218 LEC, en relación con el art. 172 LC.

2.- En el desarrollo del motivo se afirma, sintéticamente, que la sentencia recurrida vulnera los requisitos que para la sentencia de calificación se contienen en el art. 172 LC. No se motiva adecuadamente la intervención de cada uno de los afectados en la generación o agravación de la insolvencia, ni se individualiza la responsabilidad de cada uno de ellos.

Decisión de la Sala :

1.- Aunque el reproche formal que se hace a la sentencia recurrida en este motivo es el de falta de motivación, su lectura revela que lo que realmente se pretende es una revisión de la prueba, puesto que lo que se hace es una crítica a las conclusiones probatorias a que llega la sentencia recurrida, tanto por aplicación de las normas de la carga de la prueba -lo que ya ha sido objeto de tratamiento en el fundamento anterior- como por la valoración de la prueba documental. Es decir, la formulación del motivo no se corresponde con su contenido, lo que de por sí es suficiente para su desestimación.

2.- El estándar de motivación que deben reunir las sentencias de calificación concursal culpable ya ha sido fijado por esta sala, verbigracia en las sentencias 421/2015, de 22 de julio, y 269/2016, de 22 de abril, en las que dijimos que, conforme al art. 172.2 LC, la resolución debe justificar la calificación culpable, con arreglo a los criterios normativos propios de cada una de las conductas imputadas, bien sea conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC, que se complementa con las presunciones *iuris tantum* del art. 165, bien a tenor de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC; así como que también resulta preciso justificar a qué persona/s afectada/s por la calificación son imputables tales conductas. Y en el caso de que se declare la responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores de la sociedad concursada, ex art. 172 bis LC (en su redacción vigente), también deberá justificarse en qué medida contribuyeron a la generación o agravación de la insolvencia y se individualizará su contribución.

3.- Pues bien, estos requisitos se cumplen sobradamente en la sentencia recurrida, que supera el estándar mínimo de motivación que resulta tanto del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución, como del art. 172 LC. Cosa distinta es que dicha motivación se comparta o no, o que pueda ser discutida desde un punto de vista jurídico (valoración jurídica), lo que es propio del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

SEXTO.- *Quinto motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba documental*

Planteamiento:

1.- El quinto motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia error en la valoración de la prueba con infracción del art. 326 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, se sostiene, resumidamente, que no se puede llegar a la conclusión de que los precios de transferencia de determinadas ventas, muchas de ellas realizadas dentro de un plazo superior a los dos años anteriores a la fecha del concurso, supongan una despatrimonialización voluntaria de la compañía, ya que dicha conclusión se apoya únicamente en un simple cuadro, incluido en el informe de la administración concursal, en el que aparecen como compradores no solo personas relacionadas con la concursada, sino otras personas jurídicas totalmente diferentes. En cuanto a la transmisión de participaciones para obtener,



según dice la sentencia recurrida, unas plusvalías ficticias, se llega a dicha conclusión sin más y sin prueba documental alguna que la ampare, hasta el punto de que el propio informe de la administración concursal desconoce el informe de auditoría de las cuentas de Campesa del ejercicio 2004, en el que consta que existe una valoración de esas participaciones que avala el precio de venta. E igual ocurre respecto de las ventas a MWRC Spa, en las que no hay prueba alguna que justifique lo pretendido por la administración concursal.

Decisión de la Sala:

1.- Es doctrina constante de esta sala que en nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero , 29/2005, de 14 de febrero , 211/2009, de 26 de noviembre , 25/2012, de 27 de febrero , 167/2014, de 22 de octubre , y 152/2015, de 6 de julio , destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 235/2016, de 8 de abril , 303/2016, de 9 de mayo , y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Nada de eso concurre en el caso que nos ocupa. La Audiencia Provincial no incurre en error patente en la valoración del informe de la administración concursal, ni en el informe de auditoría de las cuentas de Campesa del ejercicio 2004. No confunde datos, ni les atribuye a tales documentos un contenido que no tienen.

Además, dada la vigencia en nuestro sistema probatorio de los principios de libre apreciación y elasticidad de la prueba, salvo excepciones legalmente previstas, no se exige una determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación- (SSTS 81/2007, de 2 de febrero , y 390/2010, de 24 de junio), por lo que no cabe denunciar una supuesta insuficiencia de la prueba.

3.- La valoración jurídica es ajena al recurso extraordinario por infracción procesal y, en su caso, debe ser combatida en el recurso de casación.

Recurso de casación de D. Ismael

SÉPTIMO.- *Primer motivo de casación. Condena a la cobertura del déficit concursal*

Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción del artículo 172.bis LC , en cuanto a la condena a la cobertura del déficit concursal.

2.- Al desarrollarse el motivo se alega que es incierto que el recurrente consintiera la política de precios de transferencia de la concursada, porque cuando entró a formar parte del consejo de administración, en marzo de 2005, esa política cambió. Asimismo, en cuanto a las irregularidades contables, el recurrente no había entrado a formar parte todavía del consejo de administración de la concursada cuando se llevaron a cabo las operaciones a que atañen tales irregularidades, en los años 2003 y 2004.

Decisión de Sala :



- 1.- Bajo la apariencia de un motivo de casación, en el que se cita como infringida una norma sustantiva, lo que se pretende realmente es una revisión de las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida, como si este tribunal de casación fuera una tercera instancia.
- 2.- Por el contrario, la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011 de 23 febrero ; 71/2012, de 20 febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; 5/2016, de 27 de enero ; y 367/2016, de 3 de junio).
- 3.- Por las razones expuestas, debe desestimarse este primer motivo de casación.

OCTAVO.- Segundo motivo de casación. Individualización de la responsabilidad concursal

Planteamiento :

- 1.- Se formula este segundo motivo de casación, conforme al art. 477.2.3º LEC , por infracción del art. 172.bis *in fine* LC , en cuanto a la incorrecta individualización de la responsabilidad, así como a la imposición de solidaridad, con mención a la STS, Pleno, de 22 de abril de 2010 .
- 2.- En el desarrollo del motivo, entiende el recurrente que una correcta individualización de la responsabilidad de cada administrador, en función del tiempo en el que cada uno ocupó el cargo, debe llevar a su absolución por el corto período que estuvo en el órgano de administración. Además, denuncia la improcedencia de una condena solidaria, que no aparece suficientemente motivada y se contradice con los argumentos de la sentencia.

Decisión de la Sala :

- 1.- Como recordamos en la sentencia 650/2016, de 3 de noviembre , el art. 172.3 LC , en su redacción originaria, regulaba la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal. Esta regulación fue modificada primero por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que la trasladó al art. 172.bis LC , en similares términos a como estaba regulada en el art. 172.3. De tal forma que la jurisprudencia que interpretó el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal y determinó los caracteres de esta responsabilidad, resulta sustancialmente aplicable al art. 172 bis LC introducido por la Ley 38/2011. Es por ello que en la sentencia de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015 , declaramos que la reforma introducida por el Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, ha cambiado sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit, al incorporar en el art. 172.bis de la Ley Concursal la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia. En esa sentencia, consideramos que el legislador introduce «un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"».
- 2.- Conforme a lo expuesto, cuando se abrió la sección de calificación, todavía no se había reformado el art. 172.bis LC , por lo que regía la jurisprudencia que establecía el denominado requisito de la justificación añadida (por todas, sentencia de esta sala 644/2011, de 6 de octubre). Conforme a dicha regulación legal, era necesario que el juez valorase, con criterios normativos y con la finalidad 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. Parámetro que era también el que tenía en cuenta el último párrafo del art. 172.bis.1 LC , en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (citado como infringido en el motivo), para la individualización de cantidades en caso de pluralidad de condenados «de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso» (sentencia 669/2012, de 14 de noviembre).
- 3.- La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta básicamente a tales criterios. Por un lado, individualiza las responsabilidades y no tiene sentido reprocharle que lo haga en función del tiempo en que cada consejero ocupó el cargo de administrador, puesto que ello precisamente sirve para que al Sr. Ismael se le atribuya solamente un diez por ciento de responsabilidad. Aparte de que, en su caso, el fundamento que utiliza la sentencia recurrida no es tanto el tiempo de ejercicio del cargo, como el hecho de que no se opusiera a las decisiones del consejero delegado que dieron lugar a la situación que ha motivado la declaración de culpabilidad del concurso, ni presentara su renuncia en señal de disconformidad.



4.- Sin embargo, en cuanto a la solidaridad, la Audiencia establece un máximo de cobertura del déficit (75%) y unos límites dentro de los cuales cada uno de los condenados deberá contribuir a dicha cifra total, en atención a su distinto grado de responsabilidad, que pondera y cuantifica. Precisamente por ello, resulta contradictorio que, junto a esa distribución porcentual, se haga una declaración de solidaridad, puesto que lo que realmente se ha hecho ha sido una distribución mancomunada. Como consecuencia de lo cual, el motivo de casación debe ser únicamente estimado en este particular, con las consecuencias que se indicarán en el fallo.

Recurso de casación de D. Anton y D. Dimas

NOVENO.- Segundo motivo de casación. Causas de culpabilidad del concurso. Simulación de una situación patrimonial ficticia

Planteamiento :

1.- El segundo motivo de casación (el primero no superó el trámite de admisión) denuncia la infracción de los arts. 164.2.1º y 164.2.6º LC., al calificarse como culpable el concurso por razón de la venta de participaciones efectuadas por Campesa a MWCR Spain, correspondientes a las compañías Micra Metripont, Medesa y Campesa Industrial, y asimismo la venta de participaciones propiedad de Campesa, de Omega, Sarema SA y Alfatech SL, también a MWCR Spain. Se menciona como infringida la sentencia de esta sala nº 669/2012, de 14 de noviembre .

2.- Sostienen los recurrentes que la sentencia recurrida realiza una incorrecta calificación de los hechos, y que las operaciones en ningún caso afectarían al Sr. Dimas que ingresó en el órgano de administración en el mes de marzo de 2006.

Decisión de la Sala :

1.- El artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)». Esta expresión «en todo caso» 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 (en este sentido, sentencias de esta Sala 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 492/2015, de 17 de septiembre ; 492/2015, de 17 de septiembre ; y 269/2016, de 22 de abril).

2.- A su vez, el art. 164.2.6º LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. La sentencia de esta sala 669/2012, de 14 de noviembre , se refirió a esta conducta en los siguientes términos:

«[l]a norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma».

3.- En el presente caso, ha sido declarado probado que se realizó la venta de participaciones con la intención de alterar el resultado de las cuentas y encubrir una importante salida de patrimonio desde la concursada Campesa hacia la matriz italiana y la sociedad española titular de una parte muy significativa de sus participaciones. Así como que, en relación con las supuestas operaciones de la concursada con las sociedades Omega y Alfatech, se anotaron asientos que no se correspondían con la realidad y se maquillaron las cuentas para aparentar una solvencia que no existía.

4.- Conductas cuya comisión no podemos negar en esta vía casacional, en la que no procede una revisión de los hechos acreditados en la instancia, y que inciden plenamente en el supuesto de culpabilidad del art. 164.2.6º LC . Y si, a su vez, se manipula la contabilidad para evitar que estos traspasos de patrimonio hacia la matriz italiana quedaran al descubierto, es patente que también se cometió la conducta definida en el art. 164.2.1º LC . Cuando dicho precepto habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación



patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad:

«Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica».

Como dijo la sentencia 994/2011, de 16 de enero de 2012 :

«Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad».

5.- Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.

6.- Conforme a lo expuesto, resulta evidente que una ocultación de traspasos de bienes a otra sociedad, que prácticamente deja en la insolvencia a la sociedad de origen de los bienes, supone una irregularidad contable relevante que integra el tipo del art. 164.2.1º LC .

7.- En nada empece a lo anterior que no se ejercitara la acción rescisoria concursal para dejar sin efecto las operaciones mencionadas, pues junto a los instrumentos que prevé la Ley Concursal en el art. 71 , también puede accionarse frente a la salida indebida de patrimonio o la simulación patrimonial por la vía de la calificación concursal.

8.- En lo que se refiere a que las conductas consideradas como determinantes de la calificación culpable no pudieron ser cometidas por el Sr. Dimas , porque se incorporó al órgano de administración en marzo de 2006, debe tenerse en cuenta que se ha considerado probado que durante los ejercicios 2003 a 2006 se habían realizado ventas por debajo del precio medio de mercado entre las empresas del grupo, e incluso a veces por debajo de coste. Es decir, durante un periodo de tiempo en que el Sr. Dimas ya era administrador se cometieron actos que dieron lugar a la declaración de culpabilidad del concurso. Ahora bien, la sentencia recurrida toma en consideración dicha circunstancia temporal para aminorar su responsabilidad, en atención al escaso tiempo durante el que desempeñó el cargo.

9.- Como consecuencia de todo lo cual, este motivo de casación debe ser desestimado.

DÉCIMO.- *Tercer motivo de casación. Responsabilidad concursal*

Planteamiento :

1.- El motivo tercero denuncia la infracción de los arts. 172.1.1 º y 172.bis LC , y menciona la sentencia de esta sala de 21 de marzo de 2012 .

2.- Alegan los recurrentes que los hechos imputados tienen una antigüedad superior a los dos años anteriores a la declaración de concurso a que alude el art. 172.2.1º LC , y que la sentencia recurrida ha infringido el art. 172.bis LC , al imponer la responsabilidad concursal a todos los administradores y afirmar que todos tuvieron la oportunidad de conocer la política de precios y la consintieron, cuando el Sr. Dimas no aparece como administrador de la sociedad hasta el mes de marzo de 2006, por lo que difícilmente podría conocer dicha política de precios en los años 2002 a febrero de 2006.



Se alega, además, que la sentencia recurrida no valora los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento de cada uno de los administradores, limitándose a imponer la condena a todos en unos porcentajes distintos basados, no en esos criterios, sino en el tiempo de ejercicio del cargo de administrador. Reparto porcentual que carece de justificación legal. Asimismo, se impone una responsabilidad solidaria que es contraria al concepto de individualización que la ley determina.

Decisión de la Sala :

1.- Se reitera la doctrina expuesta en las SSTS 772/2014 (Pleno), de 12 de enero de 2015 , y 203/2017, de 29 de marzo , en relación con la aplicación temporal del art. 172.bis LC , que exige, frente a la redacción anterior, que la conducta que mereció la calificación de culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

Este precepto, introducido por el RDL 4/2014, resulta de aplicación a las secciones de calificación abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada norma y establece un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria que supone una modificación del anterior, considerado como un régimen agravado de responsabilidad civil. En el supuesto litigioso, al abrirse esta sección antes de la entrada en vigor de la norma, no resulta de aplicación el nuevo régimen.

Como ya hemos dicho, bajo la jurisprudencia que interpretó el originario art. 172.3 LC (posteriormente, art. 172.bis, tras la Ley 38/2010) la gravedad de la conducta que mereció la calificación de culpable, en la medida en que la omisión contable se refería al reflejo de la causa de insolvencia (no provisión de la deuda que tenía la sociedad y reparto del precio obtenido por la venta de un solar entre los socios por la vía del reparto de dividendos que dejaba sin activos a aquella) que a su vez sería imputable a los administradores por haber actuado con dolo o culpa grave, justifica la condena a la cobertura del déficit. Y otro tanto cabe decir respecto de las conductas de simulación patrimonial que tenían como finalidad la ocultación de la insolvencia.

2.- En cuanto a la temporalidad, en la sentencia 202/2017, de 29 de marzo , hicimos referencia a la discordancia entre los arts. 172.2.1 ° y 164.1 LC . El art. 172.2.1° LC , al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5° LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3° LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación.

Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El art. 172.2.1° LC al regular quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso».

Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso.

Conforme al propio art. 172 LC , en primer lugar, el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas. En nuestro caso, los previstos en el art. 164.2.1 ° y 6° LC , que no establecen ningún límite temporal previo, esto es, no exigen que las irregularidades contables o la simulación patrimonial se hubieran realizado dentro de un determinado periodo de tiempo anterior a la declaración de concurso.

3.- Otro problema distinto, que no se plantea en este caso, sería el que, respecto de la determinación de la persona afectada por la calificación, pudiera derivarse del hecho -que no se da en nuestro caso- de que el administrador (legal o de hecho) o el apoderado general de la sociedad responsable de las irregularidades cuando estas se produjeron, ya no tuviera esta condición en los dos años previos a la declaración de concurso. Es sólo en estos casos en que, sin perjuicio de que pudiera calificarse culpable el concurso, no se declararía



persona afectada por la calificación y no se le impondrían las consecuencias legales correspondientes a quien hubiera dejado de ser administrador, de derecho o de hecho, o apoderados generales antes de los dos años previos a la apertura del concurso.

4.- En lo que se refiere a que las conductas consideradas como determinantes de la calificación culpable no pudieron ser cometidas por el Sr. Dimas , porque se incorporó al órgano de administración en marzo de 2006, ya hemos dicho anteriormente que se consideró probado que durante los ejercicios 2003 a 2006 se habían realizado ventas por debajo del precio medio de mercado entre las empresas del grupo, e incluso a veces por debajo de coste. Es decir, durante un periodo de tiempo en que el Sr. Dimas ya era administrador se cometieron actos que dieron lugar a la declaración de culpabilidad del concurso. Sin perjuicio de que la sentencia recurrida toma en consideración dicha circunstancia temporal para aminorar su responsabilidad, en atención al escaso tiempo durante el que desempeñó el cargo.

5.- Respecto a la distribución porcentual y la solidaridad, debe reiterarse lo dicho al resolver el recurso del Sr. Ismael , por lo que en este exclusivo particular también debe estimarse el recurso de casación.

UNDÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC , la desestimación del recurso extraordinario de infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo.

2.- A su vez, la estimación en parte de los recursos de casación implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas por ellos generadas, a tenor del art. 398.2 LEC .

3.- En cuanto a los depósitos constituidos para recurrir, debe ordenarse la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de casación. Todo ello, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Anton y D. Dimas contra la sentencia núm. 366/2014, de 12 de noviembre, dictada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 224/2014 . 2.º- Estimar los recursos de casación interpuestos por D. Anton y D. Dimas y por D. Ismael contra la indicada sentencia, en el único sentido de dejar sin efecto la declaración de solidaridad de la condena a la cobertura del déficit concursal, que será mancomunada, en los porcentajes y términos previstos en la propia sentencia recurrida. 3.º- Imponer a los recurrentes las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal. 4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación. 5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.