



Roj: **SJM O 2614/2015 - ECLI: ES:JMO:2015:2614**

Id Cendoj: **33044470012015100145**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2015**

Nº de Recurso: **180/2011**

Nº de Resolución: **144/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **ALFONSO MUÑOZ PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00144/2015

C/ LLAMAQUIQUE S/N

Teléfono: 985-24-57-33

Fax: 985-23-39-59

S40000

N.I.G. : 33044 47 1 2011 0000250

S6C SECCION VI CALIFICACION CONCURSO 0000180 /2011 M

Procedimiento origen: CONCURSO ABREVIADO 0000180 /2011

Sobre OTRAS MATERIAS

ACREEDOR, ACREEDOR, DEMANDANTE, ACREEDOR, ACREEDOR, ACREEDOR, ACREEDOR, ACREEDOR, ACREEDOR D/ña. LIBERBANK S.A., CAJA RURAL DE ASTURIAS CAJA RURAL DE ASTURIAS , INDUSTRIAS AGROALIMENTARIAS DE TEVERGA S.L. , RCI BANQUE S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA , AEAT , Amador , PL SALVADOR S.A.R.L. , PRINCIPADO DE ASTURIAS CONSEJERIA DE ADMINISTRACIONES , Cayetano

Procurador/a Sr/a. MARIA DEL CARMEN CERVERO JUNQUERA, MARIA ANGELES PEREZ-PEÑA DEL LLANO , IGNACIO FERNANDO SANCHEZ GUINEA , BENJAMIN RIVAS DEL FRESNO , , MARIA ANGELES FUERTES PEREZ , MARIA ANGELES ALVAREZ ARGÜELLES , , RAFAEL CARLOS SERRANO MARTINEZ

Abogado/a Sr/a. , , , , ABOGADO A.E.A.T. , , ANGELA GARCIA GARCIA , LETRADO COMUNIDAD ,

D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA Nº144/15

En **Oviedo**, a 10 de Noviembre de 2015, el Ilmo. Sr. D. Alfonso **Muñoz Paredes**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Oviedo**, ha visto los autos de Pieza de **Calificación** seguidos ante este Juzgado, siendo parte actora la administración **concurzal** de INDUSTRIAS AGROALIMENTARIAS DE TEVERGA S.L. y el Ministerio Fiscal, y demandados INDUSTRIAS AGROALIMENTARIAS DE TEVERGA S.L. y Cayetano , que compareció representado por el Procurador Sr. Serrano Martínez y bajo asistencia letrada del Sr. Zaragoza Campoamor.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Abierta la sección de **calificación** por la administración **concursal** se formuló informe de **calificación** en el que interesaba que se declarara culpable el concurso de INDUSTRIAS AGROALIMENTARIAS DE TEVERGA S.L., declarando persona afectada por la **calificación** a Cayetano , para el que solicitó su inhabilitación por 5 años y la condena al pago a los acreedores del 75% del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, incluidos los créditos contra la masa.

Por el Ministerio Fiscal se emitió dictamen en similares términos.

Acto seguido se emplazó a la concursada y al administrador único al objeto de que formularan oposición, formulando oposición Cayetano y dejando precluir el plazo la concursada.

Propuesta y admitida únicamente la documental, quedaron los autos vistos para sentencia. En la tramitación de esta Sección se han observado las prescripciones legales excepción hecha del cumplimiento de plazos procesales atendida la propia complejidad de la materia y el volumen de asuntos concursales y de otra índole en tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Presunciones de índole contable.

La administración **concursal** postula la **calificación** culpable del concurso con base en las siguientes presunciones:

1.- Presunciones absolutas de índole contable (art. 164.2.1º). La administración **concursal** refiere que la concursada no llevaba una contabilidad sustancialmente acomodada a las previsiones del CCOM , LSC y PGC. Según afirma la administración **concursal**, al tiempo de la solicitud de concurso la concursada no llevaba contabilidad alguna ni la administración **concursal** la tuvo a su disposición con posterioridad.

2º.- Alzamiento o salida fraudulenta de bienes (art. 164.2.4º ó 5º).

3º.- Incumplimiento del deber de solicitar el concurso (art. 165.1º, hoy art. 165.1.1.1º).

4º.- Incumplimiento del deber de colaboración (art. 165.2º, hoy art. 165.1.2º).

5º.- Presunciones débiles de carácter contable (art. 165.3º, hoy art. 165.1.3º). Nos dice la administración **concursal** que la concursada no presentó cuentas en el ejercicio 2010 y que ni siquiera le consta que se hubiesen formulado.

Las presunciones absolutas de índole contable vienen referidas en el nº 1 del art. 164.2, que declara culpable el concurso *"cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara"*.

En realidad son tres las hipótesis legales equiparadas a efectos de declarar culpable el concurso: la no llevanza de contabilidad (o el incumplimiento sustancial de esta obligación), la llevanza de doble contabilidad y la llevanza de contabilidad con irregularidades relevantes [SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de Marzo de 2007 (JUR 2007, 272870) y SJM nº 1 de Alicante de 13 de Enero de 2011 (ROJ: SJM 12/2011)].

Denominador común de las tres conductas es que provocan una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la investigación de las causas de la insolvencia.

El TS viene declarando, ya desde antiguo (sentencia de 13 de Octubre de 1969), que la llevanza de la contabilidad no sólo es exigible *"como garantía del buen orden interno en la marcha de toda empresa mercantil, sino además para la seguridad del tráfico, pues, por definición y naturaleza, el comercio supone la habitual comunicación, relación e intercambio de intereses económicos y este tipo de operaciones requiere una normativa que garantice la seriedad de las operaciones, base del crédito popular, en todo momento comprobable"* . En la misma línea la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 4 de Junio de 2009 (ROJ: SAP B 7440/2009), afirma que *"la contabilidad empresarial, debidamente llevada, además de ofrecer en cada momento y en períodos regulares la imagen fiel de la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad, permite conocer las operaciones realizadas, reconstruir su evolución, hacer una estimación de valor y, en cierta medida, un pronóstico de viabilidad, por lo que también, en fin, permitirá conocer datos relevantes para determinar la producción del estado de insolvencia y sus causas."* Y en esa línea incide la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 2 de Mayo de 2013 cuando recalca que *"la contabilidad no tiene un valor patrimonial, pero sí tiene un valor funcional en orden a propiciar un conocimiento sobre el estado económico y patrimonial de la empresa que permita tanto a ésta misma como a sus acreedores adoptar las decisiones oportunas."*



Bajo la rúbrica de *presunciones de índole contable* podemos englobar una serie de conductas tributarias de nuestro Derecho histórico.

El art. 890 CCom de 1885 reputaba fraudulenta la quiebra de los comerciantes en quienes concurriera alguna de las siguientes circunstancias: (...) 3ª. No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos; 4ª. Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros en perjuicio de tercero; 5ª. No resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado; 6ª. Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos.

Del mismo modo se presumía fraudulenta la quiebra, salvo prueba en contrario, cuando la verdadera situación del comerciante no pudiera deducirse de sus libros (art. 891). Por último, dentro de la enumeración de causas presuntivas de quiebra culpable, salvo prueba en contrario, aparecía la de quienes no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro 1º del CCom, y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero.

La LC opta por una mayor simplicidad en la redacción, reduciendo el número de supuestos.

Un recto entendimiento de la presunción objeto de estudio exige detenerse en los postulados del Título III del Libro Primero del CCom, que principia (art. 25) por proclamar la obligación de todo empresario de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Esta obligación principal se complementa con otras instrumentales, como la llevanza necesaria, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, de un libro de Inventarios y Cuentas anuales, otro Diario y, cuando se trate de sociedades mercantiles, un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones (art. 26). Estos libros deberán ser legalizados en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio (art. 27). El libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa y en él se transcribirán, al menos trimestralmente, con sumas y saldos los balances de comprobación, así como el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. En el libro Diario han de registrarse día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate (art. 28).

El CCom impone unos estrictos requisitos formales para los libros y documentos contables, exigiendo su llevanza con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras, debiendo salvarse, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables (art. 29). También dispone una obligación de conservación de los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales (art. 31).

Estas disposiciones se completan, en sede societaria, con los arts. 253 y siguientes de la LSC, que, en consonancia con el art. 34 CCom, proclaman la obligación que incumbe a los administradores de formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria, documentos que forman una unidad y que deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

La primera de las presunciones de culpabilidad del concurso se da cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, que es precisamente la conducta que se imputa.

En el II Congreso de Magistrados Especialistas de lo Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de Diciembre de 2005 se concluye que *"desde luego incumplimiento sustancial será la no llevanza de contabilidad, y en general aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor"*, si bien, lógicamente, se reconocía que *"en todo caso no es posible determinar reglas a priori, al tratarse de una cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso concreto"*, a lo que se conducen las siguientes líneas.



El incumplimiento, decíamos, ha de ser sustancial, es decir, de tal entidad que impida el conocimiento de la verdad contable. El Tribunal Supremo, bajo la anterior legalidad, había sancionado con el calificativo de fraudulenta aquellas quiebras en que no se hubieren llevado libros (s. de 17 de Junio de 1902), se hubiere omitido alguno de los que el propio Código reputa necesarios (...) o se hubiere hecho figurar como capital existente y efectivo cantidades que no existían ni existieron en la caja social (s. de 14 de Junio de 1929), o un falso fondo de comercio con la única finalidad de ocultar pérdidas (s. de 20 de Junio de 1970) o créditos supuestos (s. de 28 de Marzo de 1985).

De estas conductas, las dos primeras son reconducibles al supuesto de "incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad", pero las tres últimas son más bien incardinables en la "irregularidad relevante contable". Aunque es difícil a veces deslindar correctamente ambas figuras, nos inclinamos por subsumir en la primera los defectos de llevanza puramente formales y en la segunda los incumplimientos materiales o de fondo de la normativa contable. Con ello nos hacemos eco, con MARINA GARCÍA-TUÑÓN, de la corriente general de nuestra doctrina, que distingue, dentro del marco jurídico contable, un aspecto formal -de representación externa o documental de la actividad económica constitutiva de empresa- y otro material -de normas dirigidas a fijar los criterios y reglas de elaboración del resultado de aquélla a través de las cuentas anuales-.

Esta conducta impide a la administración **concursal** comprobar la veracidad de las causas de la insolvencia, determinar si existen o no operaciones reintegrables, lo que justifica de por sí la **calificación** culpable del concurso por incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, pues la suspensión de ese deber de seguimiento cronológico de las operaciones en el preludio del concurso, cuando más necesario es poder comprobar la situación económica de la empresa, es suficiente para elevar el incumplimiento a la categoría de sustancial.

El administrador único reconoce la concurrencia de esta presunción, por lo que huelga cualquier otra consideración respecto a la misma, sin perjuicio de dejar sentado su relevancia de cara a la fijación de la condena del art. 172 bis .

Por su parentesco próximo procede adelantar el examen de la última de las conductas imputadas; dice concretamente el art. 165 que "[s]e presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario (...) 3º. Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso".

Del texto legal podemos extraer dos seguras conclusiones:

a) El incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad hace referencia a la contabilidad en sentido estricto, con exclusión de las cuentas anuales, cuyos incumplimientos se enmarcan en la presunción del art. 165.3º.

b) El art. 165.3º presupone que el deudor ha cumplido sustancialmente su obligación de llevanza de la contabilidad pero ha infringido alguno de los deberes legales en orden a la formulación, aprobación o depósito de las cuentas, ya que en otro caso estaríamos en el supuesto del art. 164.2.1º.

Conforme a lo expuesto, sancionado ya el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, va de suyo que ello debe impedir formular las cuentas anuales, por lo que apreciar también esta segunda conducta conduciría a penar dos veces el mismo hecho.

SEGUNDO.- Alzamiento o salida fraudulenta de bienes.

La administración **concursal** señala cómo en los prolegómenos del concurso la sociedad procedió a la venta de maquinaria necesaria para el ejercicio de su actividad, con el agravante de que por estar la misma vinculada a diversas subvenciones, el incumplimiento de los requisitos dio lugar a la tramitación de expedientes de reintegro de subvenciones, agravando la insolvencia.

El administrador único alega que lo obtenido por la venta (57.647'66) fue debidamente justificado a la administración **concursal**, como así también el destino de esos fondos, dedicados al pago a acreedores, fundamentalmente financieros.

El alzamiento de bienes como causa de fraudulencia de la quiebra estaba prevista en el art. 890 CCom . Ya decía RAMÍREZ que la nota más esencial o característica del alzamiento es la ocultación o desaparición de los bienes del quebrado con el malicioso fin de sustraerlos a sus acreedores.



Requiere, pues, un elemento *objetivo*, concretado en un hacer positivo, y un elemento *subjetivo*, traducido en un ánimo defraudatorio para cuya configuración podemos servirnos de la jurisprudencia acerca de la acción pauliana del art. 1111 CC.

Alejado del concepto tradicional de nuestro derecho histórico, que ligaba la sustracción o ocultación al acto, físico, de fuga del deudor (SJM nº 1 de Alicante de 21 de Noviembre de 2007), el alzamiento comprende todo acto de disposición patrimonial de bienes o derechos, presentes o futuros, *"que no tenga una causa económico-jurídica existente, legítima y debidamente justificada"* (SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 26 de Marzo de 2013). Ese carácter ficticio, en cuanto carente de causa, del desplazamiento patrimonial, implica la exclusión del alzamiento de los "actos debidos", como el pago de deudas vencidas, que pasarían, bien al ámbito de la acción rescisoria del art. 71 LC (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de diciembre de 2011), bien a integrar la presunción de salida fraudulenta del nº 5º (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 3 de Abril de 2012; SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 13 de Marzo de 2009). Esa carencia de causa es lo que motiva otra de las características del alzamiento, su clandestinidad (STS, Sala 1ª, de 27 de marzo de 2014).

En el caso de autos la venta de maquinaria nada tiene de clandestina, tratándose, más bien, del típico acto desesperado de los concursados para conseguir liquidez, lo que nos lleva a plantearnos si tal enajenación reviste los caracteres de una salida fraudulenta de bienes.

El art. 164.2.5º presume culpable el concurso, sin posibilidad de prueba en contrario, *"cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"*.

La primera dificultad que encierra esta presunción es su deslinde de la precedente, pues comparte con ella un componente de fraude, implícito en el alzamiento y explícito en este número 5º. No es un problema menor, pues el alzamiento no prevé un límite temporal expreso para su comisión, que sí contiene la salida fraudulenta, cifrándolo en dos años. Aunque algunas resoluciones han subsumido ciertas conductas alternativamente en el nº 4º o en el 5º (SJM nº 2 de Pontevedra de 16 de Abril de 2008 o SAP de Madrid, Sección 28ª, de 8 de Mayo de 2009 [JUR 2009, 472939]), en razón de su cercano parentesco, la AP de Barcelona, Sección 15ª, en la sentencia de 13 de Marzo de 2009, hace hincapié en el elemento sistemático de la interpretación, concluyendo que el "alzamiento de bienes" y las "salidas fraudulentas" son conductas distintas, sin perjuicio de que, excepcionalmente, alguna enajenación fraudulenta reúna también los requisitos constitutivos del alzamiento de bienes, y así los actos de disposición dinerarios bien podrían traspasar la **calificación** de enajenación fraudulenta para considerarse un alzamiento si no son debidos. En este sentido SANCHO GARGALLO excluye del alzamiento de bienes los actos de disposición fraudulentos, que subsume en este nº 5, reservando aquella denominación para las enajenaciones ayunas de justificación y los negocios simulados. Como veíamos al tratar del alzamiento de bienes la diferencia con la salida fraudulenta radica en que en aquél no existe causa lícita que justifique el desplazamiento patrimonial.

El término "salida", si nos atenemos en el lenguaje vulgar, no jurídico, parece indicar el efecto físico de desplazamiento de un bien o derecho de la esfera patrimonial de la concursada a otra ajena, ya sea la propia del administrador, liquidador o apoderado, ya la de un cómplice (generalmente una persona o entidad a la que le unen vínculos económicos o familiares). Pero ello dejaría fuera de la presunción actos o negocios en que ese desplazamiento no existe o, al menos, no se presenta con nitidez (renuncia de derechos). A nuestro juicio el concepto legal de salida debe asimilarse al concepto tradicional de "acto de disposición", incluyendo en el mismo los actos de administración extraordinaria.

No existe en el derecho positivo común un concepto de acto de disposición. En el derecho foral la Ley del Patrimonio de Euskadi de 6 de noviembre de 2007 enuncia un catálogo no exhaustivo de actos de disposición, que dice *"puede consistir en la transmisión de la propiedad del bien o titularidad del derecho, en la cesión temporal de su uso o explotación, en la autorización puntual de utilización, en la constitución de gravámenes o derechos limitativos de la propiedad"*. La SAP de Navarra, Sección 3ª, de 8 de Febrero de 2010 (JUR 2010, 185788)], específicamente referida al art. 164.2.5º, sostiene que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor comprende los actos de enajenación en sentido amplio, posiblemente también los de gravamen y acaso los abdicativos o de renuncia. Con mayor rotundidad en los términos, la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 15 de Noviembre de 2014, resalta que *"[l]o relevante en el ámbito de la **calificación concursal** es que se constate la realización de actos de disposición sobre bienes y derechos de la concursada (enajenaciones, gravámenes, renunciaciones, etc.) que entrañasen una consciente reducción del patrimonio de la misma que debería haber respondido ante los acreedores, sin que tal desplazamiento tenga necesariamente que haberse efectuado con el propósito específico de dañarles, bastando con la consciencia de que se menoscabarían las posibilidades de atender sus derechos. Obviamente, esto sólo podrá determinarse, ordinariamente, mediante prueba indirecta (presuntiva), barajando las vinculaciones existentes entre los implicados en la operación de salida patrimonial,*



las condiciones objetivas en las que se produjese la misma y las circunstancias temporales en las que la misma hubiese acaecido".

En suma, el concepto de "salida" se identifica mejor si atendemos a sus efectos -la producción de una merma patrimonial- que a su *causa jurídica*, que tanto puede ser la transmisión del dominio -compraventa, donación- como la constitución, gravamen, modificación o extinción de un derecho real o personal. De esta forma integrarían el concepto de salida fraudulenta de bienes o derechos la constitución de una garantía real por deuda ajena, la constitución de un derecho real (usufructo, p. ej.) o personal (como una opción de compra, un arrendamiento de larga duración sobre un activo a cambio de una renta inferior a la de mercado o la constitución de un precario), la transacción, la concesión de una fianza o aval y también la renuncia de derechos (la repudiación de una herencia o legado, la condonación de una deuda, pues aunque la misma, como apunta ALBALADEJO, en vez de provocar una salida del patrimonio, impide una entrada, lo mismo en un caso como el otro se perjudica al acreedor) o, incluso, su dejación (no protección de derechos de propiedad industrial ante la creación por sociedades vinculadas de marcas confundibles).

En todo caso, la "salida" del bien o derecho del patrimonio de la concursada, aunque sea temporal, ha de ser efectiva; sólo las salidas en grado de consumación integran la presunción que comentamos.

Lo determinante para concluir la existencia de fraude no es que el deudor haya tenido el propósito de dañar a los acreedores, sino la mera conciencia de que con el acto que se realiza no le quedarán bienes suficientes para atender los derechos de sus acreedores (SAP de Navarra, Sección 3ª, de 8 de Febrero de 2010 [JUR 2010, 185788]; SJM nº 2 de Barcelona de 9 de Mayo de 2006 [AC 2006, 1469]; SJM nº 1 de Pamplona de 18 de Mayo de 2007 [JUR 2007, 210575] y 18 de Junio de 2014 [AC 2014, 1053]; SJM nº 1 de Pontevedra de 21 de julio de 2010 y nº 3 -con sede en Vigo- de 17 de Septiembre de 2013 [AC 2013, 1837] y 14 de Marzo de 2014 [AC 2014, 936]; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 14 de Junio de 2013; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de Abril de 2014 [JUR 2014, 219470]; SAP de Madrid, Sección 28ª, de 17 de Marzo de 2014 [JUR 2014, 113624].

El Tribunal Supremo, a medio de la sentencia 27 de Marzo de 2014 (RJ 2014, 2147), abunda en los rasgos del *animus fraudandi* que caracteriza esta presunción:

1º. - El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º.

2º. - El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

3º. - La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de la sala núm. 191/2009, de 25 de marzo (RJ 2009, 1662), y núm. 406/2010, de 25 de junio (RJ 2010, 5413), y las que en ellas se citan).

4º. - Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

En el caso de autos la administración **concursal** informa que las máquinas vendidas se hallaban incluidas en la solicitud de concurso y que ante su extrañeza por la falta de las mismas la concursada, tras varias gestiones, terminó reconociendo que las había vendido. No aparece contradicha la afirmación del administrador de la concursada de que la venta se hizo para pagar a los acreedores, principalmente financieros, ni tenemos prueba alguna de que se haya alterado la regla de paridad de trato, pagando a acreedores especialmente relacionados, lo que sin duda evidenciaría un ánimo fraudulento, por lo que parece preferible residenciar esta conducta en el ámbito de las acciones rescisorias, a falta de mayor información.

TERCERO.- Incumplimiento del deber de solicitar el concurso.

La administración **concursal** concluye, al tiempo, que sin duda la solicitud fue extemporánea, pero que no se agravó la situación de insolvencia. Ello, al hilo de la más reciente jurisprudencia, no impide apreciar la concurrencia de la presunción, que no sólo lo es del elemento subjetivo (dolo o culpa grave) sino de todos los elementos que integran la cláusula general. Ello no obstante, la parquedad de la información facilitada



por la administración **concurzal** nos impide, siquiera por aproximación, fijar la fecha de acaecimiento de la insolvencia y, en consecuencia, poder colegir que el deber del art. 5 ha sido conculcado.

CUARTO.- Incumplimiento del deber de colaboración.

El deber de colaboración se dice infringido por no haber facilitado a la administración **concurzal** los libros de la contabilidad ni los soportes de los mismos. Difícilmente podemos asumir la presencia de esta conducta si primeramente hemos concluido que la empresa incumplía sustancialmente la obligación de llevanza de la contabilidad. No es que exista la contabilidad y no se entregue; es que directamente no existe y esto ya ha sido objeto del reproche oportuno.

Procede, en suma, la declaración del concurso como culpable por concurrencia de la presunción del art. 164.2.1º relativa al incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad.

QUINTO.- Determinación de las personas afectadas y de las condenas personales y de índole patrimonial.

Por lo que respecta a la determinación de las personas afectadas, es claro que debe afectar al administrador único, Cayetano .

Con respecto a la inhabilitación, parece ajustado el período de 5 años interesado por la administración **concurzal**, atendida la gravedad del incumplimiento contable.

No habiéndose solicitado condena al amparo del art. 172.2.3º no es dable efectuar pronunciamiento alguno sobre la materia.

Resta la fijación de la cuantía de la responsabilidad por el déficit **concurzal**.

Sabido es, con respecto a la naturaleza del art. 172.3 (hoy art. 172 bis), que las primeras sentencias en las que el TS (a través del mismo ponente, Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel) se pronunció sobre el particular lo hizo incidentalmente, al tratar el tema de su aplicabilidad con efectos retroactivos. Se trata de las sentencias de 23 de febrero de 2011 , 12 de septiembre de 2011 y 6 de octubre de 2011 .

En la primera de ellas se dice que el art. 172.3, y por extensión, el actual art. 172 bis , «carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, 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 (...) en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas (...).»

A la luz de esta sentencia tal parecía que el TS parecía decantarse por le tesis culpabilística. Sin embargo la sentencia de 6 de octubre de 2011 explica que esta condena «no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la **calificación** del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Ello sentado, para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de **calificación** ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, 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 (...) No se contradice lo expuesto con la negación de la **calificación** de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto - sentencias 56/2011, de 23 de febrero , y 615/2011, de 12 de septiembre - dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- que la misma establece cumple una función de resarcimiento del «daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa ».

Las sentencias posteriores de 20 de abril de 2012 y 26 de abril de 2012 no ofrecen elementos interpretativos a favor de una u otra tesis. Sí en cambio la de 16 de julio de 2012 (Pte. Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos), que atribuye al art. 172 bis la naturaleza de una responsabilidad por deuda ajena.



En realidad el TS no se separaba en exceso de sus últimas resoluciones en materia de responsabilidad del antiguo art. 262.5 LSA, en las que, abandonando el rigor inicial («*basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al administrador social para que se desencadene el efecto sancionador*», SSTS de 29 de abril de 1999, 20 de julio de 2001 o 23 de febrero de 2004), incluye matices culpabilísticos o de imputación objetiva. Así, la STS de 12 de febrero de 2010, que recuerda la última doctrina de la Sala, que «*viene admitiendo la posibilidad de excluir la responsabilidad de los administradores en supuesto de desequilibrio patrimonial cuando por los mismos se adoptaron medidas para restablecer el equilibrio entre el patrimonio contable y el capital social o reflotar la empresa, sin que el simple hecho de resultar las mismas infructuosas sea razón suficiente para declarar la responsabilidad de los arts. 105.5 LSRL y 262.5 LSA (entre otras, SS. 20 de julio de 2.001 y 4 de febrero de 2.009). Pero en el caso de resultado negativo la jurisprudencia ha venido exigiendo para poder exonerar la demostración de una acción significativa para evitar el daño (SS. 28 de abril de 2.006, 20 de noviembre de 2.008, 1 de junio de 2.009, entre otras).*» Entre los problemas de imputación objetiva la jurisprudencia sitúa asimismo el conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito, declarando que el perfecto conocimiento de la situación de infracapitalización de la deudora excluye la responsabilidad del administrador, pues no en vano «*la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA tiene su ratio en que la conducta omisiva de los administradores ha inducido a error a un determinado tercero contratante, haciéndole creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde los puntos de vista económico y financiero.*»

Estos matices de imputación objetiva, como atenuadores del rigor de una responsabilidad-sanción, objetiva o *ex lege* no dejaban de estar presentes en la exégesis mayoritaria del art. 172.3 (actual art. 172 bis), como acredita que la AP de Madrid, Sección 28ª, tilde de «necesaria» una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales para que opere la responsabilidad prevista en dicho precepto. Como señala la SAP de Granada, Sección 3ª, de 5 de junio de 2009 el juicio de valoración en orden a la imputación, no obstante aquella objetivación, no excluye, sino que exige, el examen sobre la participación personal para justificar motivadamente la exoneración o la condena y la extensión de la misma en proporción a la responsabilidad incurrida.

Y esta es la línea que acogió el art. 172 bis en su redacción tras la Ley 38/2011 al consagrar que en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la **calificación** del concurso.

Tras cambios en la composición de la Sala, la AP de Barcelona, Sección 15ª, en sendas sentencias de 23 de abril de 2012, abandonó su conocida tesis de la responsabilidad por culpa y daño, ofreciendo además elementos interpretativos de interés para la fijación de la condena.

« **1.** Esta Sala había venido manteniendo que la responsabilidad del administrador del concursado persona jurídica que establecía el art. 172.3 LC, actual art. 172-bis, es una responsabilidad de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, esto es, una responsabilidad por daño y culpa, pues presupone la concurrencia de estos dos presupuestos. No obstante, la opinión de la Sala no era unánime, como lo evidencia el voto particular formulado a la Sentencia de 3 de noviembre de 2010 (Rollo 364/2009). Los ulteriores pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal Supremo en las STS de 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011, antes referidos, nos llevan a replantearnos la cuestión.

2. La doctrina jurisprudencial antes citada, a la que cabría añadir la que resulta de las previas SSTS nº 56/11, de 23 de febrero de 2011, y la nº 615/11, de 12 de septiembre, aún no ha resuelto todas las dudas que genera la interpretación de esos preceptos. Aunque su lectura pueda sugerir que se ha decantado por la tesis resarcitoria o indemnizatoria que veníamos sosteniendo, no creemos que haya sido así, como expondremos a continuación. Que esta responsabilidad no tenga carácter sancionador, como también ha afirmado la propia Sala Primera respecto de la responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (actual art. 367 LSC), no significa que necesariamente tenga carácter indemnizatorio y sea una responsabilidad por daño y culpa; y que tenga una función de resarcimiento, como se afirma en esas resoluciones, tampoco implica que su naturaleza sea la propia de una acción de daños, como tampoco ocurre en la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, que también cumple, indirectamente, una función resarcitoria.

3. Que no se trata de una acción estricta de resarcimiento o de daños resulta del contexto en el que la norma en examen (el originario art. 172.3 LC) estaba enclavado: de forma separada aunque cercana a la verdadera responsabilidad por daños derivados de la **calificación concursal**, la establecida en el art. 172.2, 2.º LC. Ésa sí es una responsabilidad que debe ser declarada "atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos (la culpa) y la entidad del perjuicio (el daño)", pero no así la del art. 172.3, que no tendría sentido alguno si su contenido se identificara con el art. 172.2, 2.º LC, pues quedaría convertida en una norma que nada añade a la anterior.



4. La doctrina jurisprudencial a la que antes nos hemos referido no le atribuye el carácter de una acción de daños porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el "daño que indirectamente fue causado a los acreedores". Por consiguiente, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso.

Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit.

5. También la reciente reforma que ha operado la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha trasladado la norma del originario art. 172.3 al actual art. 172-bis creemos que ha contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, como se establece en la nueva regulación. La referencia a la expresión déficit ha reforzado la idea de que había que asimilar esta institución de nuestra Ley **Concursal** con otras similares acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -la S. 214 de la Insolvency Act de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial.

*También estimamos que esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el párrafo 2.º del art. 172-bis apartado 1: "...el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de **calificación** como a los determinantes de la reapertura".*

Por consiguiente, lo que establece el legislador es que, para determinarla, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

6. La nueva redacción del precepto no creemos que haya comportado un cambio sustancial de su contenido anterior, razón por la que no existe inconveniente alguno para que pueda ser aplicado de forma retroactiva, al tratarse de una retroactividad de carácter meramente interpretativo, que la jurisprudencia admite.

7. La doctrina jurisprudencial de constante cita, particularmente la STS de 6 de octubre de 2011, ha incidido en la necesidad de que los hechos imputados para justificar la **calificación** del concurso culpable al amparo del ordinal 1.º del art. 165 LC sean relevantes desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, lo que lleva a calificar esa norma (de **calificación** culpable del concurso) como "un tipo de daño". Eso no significa que también la norma de responsabilidad asociada a la misma se convierta en una norma de daños, al menos en sentido propio, como podría parecer, ya que, en su fundamento 4.º, precisa la STS de 6 de octubre de 2011, que el juez debe valorar, al realizar la condena del administrador con fundamento en el art. 172.3, los criterios normativos incluidos en la norma con fundamento en la cual la responsabilidad se ha declarado, a fin de fundamentar el reproche necesario. En suma, si para declarar culpable el concurso es preciso que la demora en la solicitud del concurso sea relevante desde la perspectiva de la generación o el agravamiento de la insolvencia, la importancia o entidad en la que se haya traducido tal generación o agravamiento deben ser factores determinantes al hacer la imputación de la responsabilidad por el déficit generado.

*Eso es razonable pero no lleva consigo la conclusión de que el TS esté interpretando el art. 172.3 LC (lo que sería trasladable al actual 172-bis) como una norma que, puesta en relación con las conductas del art. 165 LC, deba ser interpretada como una norma de responsabilidad por daños. Eso sería tanto como afirmar que se trataría de una norma que establece dos sistemas de responsabilidad contradictorios entre sí o que respondan a principios distintos: (i) uno de responsabilidad por daño, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 165 LC, y (ii) el otro de responsabilidad por deudas, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 164.2 LC. Lo que creemos que el TS ha querido decir es que ambos son supuestos de responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados (como la del art. 262.5 TRLSA, por no instar la disolución existiendo causa legal para ello) sino plurales y abiertos y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la **calificación** culpable del concurso. Por esa razón el legislador no se limita a establecer la responsabilidad por todo el descubierto o déficit y deja que sea el juez quien en cada caso precise su importe.*



8. Es cierto que con ello queda aún sin resolver una cuestión crucial, cual es el criterio de imputación conforme al cual se deba atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial. La Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 afirma que habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la **calificación** del concurso como culpable. Ello no tiene por qué significar que debemos identificar la "generación" o "agravamiento" de la insolvencia con el daño causado al patrimonio del deudor (de forma que se produzca una indirecta afectación de todos sus acreedores), porque ello conduciría a un reduccionismo del alcance de la norma poco compatible con la finalidad que ha perseguido el legislador.

La finalidad que esta norma persigue no es estrictamente resarcitoria, para lo que ya existen otras normas en la propia LC (la del art. 172.2, 2.º) o en la legislación societaria (las diversas acciones de responsabilidad por daños, particularmente la acción social), sino de distribución o atribución de la responsabilidad derivada de la insolvencia. En suma, se trata de una norma sobre distribución o atribución de los riesgos; en el caso, de atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso.

Esa misma naturaleza es la que ostenta la norma de responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (actual art. 367 LSC). Desde que el administrador conoce o debió haber conocido que la sociedad se encuentra en causa legal de disolución y ha incumplido el deber de convocar la junta, le son imputadas las nuevas deudas que la sociedad adquiera, sin necesidad de ningún requisito adicional. Es decir, un riesgo que previamente pesaba sobre la sociedad deudora y sobre los acreedores se traslada por el legislador al administrador, que debe soportarlo.

9. Como tal norma de imputación de los riesgos, el art. 172.3 LC (actual 172-bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la **calificación** culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172-bis.1 que la sentencia "deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la **calificación** del concurso".

En suma, la alegación y prueba de hechos justificativos de la actuación que se haya seguido en cada caso podrá permitir limitar el alcance de la responsabilidad y el alcance de la condena, lo que es tanto como afirmar el uso ponderado y razonable de la norma sobre responsabilidad"

Cuando parecía pacífico que la condena no tenía por qué coincidir necesariamente con el daño inferido, sino que habían de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso, el Real Decreto-Ley 4/2014 y, posteriormente, la Ley 17/2014, remueven los cimientos de una cada vez más asentada jurisprudencia para, acogiendo la postura minoritaria reflejada en el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Sancho Gargallo en la STS de 21-5-2012, añadir el art. 172 bis . 1 un último inciso a cuyo tenor la condena a la cobertura del déficit habrá de serlo en la medida en que la conducta determinante de la **calificación** culpable del concurso haya contribuido a generar o agravar la insolvencia. Ello nos obligaría a valorar en qué medida el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad incide causalmente en la generación o agravación de la insolvencia. Sin embargo la STS de 12-1-2015 ha aclarado que no estamos ante una norma meramente interpretativa, sino ante una genuina reforma que no resulta de aplicación retroactiva, por lo que debemos operar con los parámetros de condena que ha ido conformando el Alto Tribunal, que inciden en la gravedad abstracta de las conductas, si bien bajo la general precisión de que la condena del art. 172 bis no es una consecuencia necesaria y requiere una justificación añadida.

Hemos comprobado, al estudiar la génesis y evolución del art. 172 bis, la carencia inicial de criterios de imputación y cuantificación de la condena y cómo la evolución jurisprudencial y legal, circulando a veces en sentidos opuestos, ha ido suministrando a los jueces pautas para una correcta individualización, cuestión, ésta, de capital importancia habida cuenta de la férrea doctrina del TS acerca de la admisibilidad del control de la cuantía de la condena en casación. La STS de 21 de mayo de 2012 recuerda que el control de la cuantía de la cobertura no puede ser objeto de recurso de casación, "salvo en casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el Juzgador de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta (en este sentido, sentencias 213/2006, de 27 de febrero y 721/2011, de 26 de octubre)".

De cara a fijar el importe de condena conviene traer a la memoria los criterios facilitados por el Alto Tribunal:

a. - En la sentencia de 6 de Septiembre de 2011 se nos dice que este precepto:



"carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, 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, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa".

b.- La sentencia de 6 de octubre de 2011 añade 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, de modo que para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, 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.** 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".

c.- La sentencia de 16 de Julio de 2012 [RJ 2012, 9330] cambia el tercio y comienza la deriva hacia la responsabilidad por deuda ajena:

"No se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal -, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847, 2133), no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

35. No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos.

2.3. La cuantía de la condena.

36. Como hemos indicado, la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que **si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.** En este sentido, la 644/2011, de 6 de octubre, reiterada en la 614/2011 de 17 noviembre de 2012, afirma que "es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo 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". También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172.bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

El criterio de la "participación" poco añade, ya que es evidente que la condena sólo puede recaer sobre quien haya cometido la conducta determinante de la calificación culpable. Queda, pues, el criterio de la "gravedad objetiva" de la conducta, entendida como gravedad "abstracta" y no como su "concreto" reflejo en la generación o agravación de la insolvencia.

Ya desde las primeras sentencias en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo afirmamos que lo procedente, ya fuere la responsabilidad subjetiva u objetiva, sería recurrir a un porcentaje en función de la gravedad de la



conducta o conductas que hubieren dado pie a la **calificación** culpable del concurso. Solemos combinar a este respecto dos criterios subsidiarios:

a.- Valorar de forma *concreta* la gravedad de la conducta en orden a modular el importe de la condena;

b.- En aquellos casos en que fuere imposible determinar qué influencia ha tenido la conducta del deudor en la generación o agravación de la insolvencia (y así es en aquellas conductas que el TS califica de «mera actividad», como la sancionada), optamos por dividir las conductas detalladas en las presunciones de los arts. 164 y 165 en tres grupos en orden a su gravedad *abstracta*, a saber:

1º. En un primer grupo se situarían aquellas conductas de gravedad extrema, como la llevanza de doble contabilidad, la inexactitud grave o la falsedad en la documental aportada al concurso, el alzamiento de bienes, los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes o los actos de simulación. En estos supuestos entiendo que la condena debería fijarse entre un 75% y un 100% del desbalance patrimonial, incluidos los créditos contra la masa;

2º. En un segundo grupo situaría el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, la irregularidad relevante contable, la apertura de liquidación por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado y los supuestos relativos a las cuentas anuales del 165.3º. En estas hipótesis el porcentaje de condena oscilaría entre un 30 y un 75%;

3º. En un último grupo quedarían situadas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el incumplimiento del deber de colaboración e información y la falta de asistencia a la Junta de acreedores, supuestos en los que la condena no debería superar el 30% (SJM nº 1 **Oviedo** de 2 de junio de 2007).

Esta gradación, aun sin asignación de porcentajes preestablecidos, ha sido común en el foro ante la falta de criterios legales para la ponderación de la condena. La SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de Enero de 2013, coincide en que *"evidentemente no todas las conductas tipificadas en los preceptos legales presentan el mismo desvalor a estos efectos, pues claramente no será lo mismo llevar una doble contabilidad, o no llevarla en absoluto, que haber incumplido el deber de colaboración o el no haber asistido a la junta de acreedores, o no haber solicitado tempestivamente el concurso; del mismo modo que no será lo mismo incurrir en una sola de estas causas o en varias."* Por ello cada tribunal iba estableciendo sus propios criterios, con vocación de aplicación *pro futuro*, como la AP León, Sección 1ª, sentencias de 20 de Septiembre [JUR 2010, 354810] y 17 de Noviembre de 2010 [AC 2010, 2160]

«[C]uando las irregularidades contables son relevantes pero se refieren a datos concretos que no impiden conocer y distinguir los demás recogidos en la contabilidad, el porcentaje de los créditos que deben asumir los administradores no debería llegar a la mitad, con la moderación correspondiente según el caso, pero cuando concurre con inactividad de los administradores que no solicitan el concurso el porcentaje se debe de situar en torno a la mitad, sin perjuicio de la moderación correspondiente según los casos. Un porcentaje que se apartara sensiblemente del 50% sólo podría corresponder a conductas dolosas o culpa muy grave en detrimento de la marcha de la sociedad y/o con extraordinaria alteración de la contabilidad.»

En el caso de autos la administración **concurzal** solicita una condena al 75% del déficit, criterio que resulta incluso superado cuantitativamente por el voto particular de SANCHO GARGALLO a la sentencia de 21 de Julio de 2012 cuando la opacidad impide fijar una condena con mayor grado de concreción. Sin embargo, a falta de mayores datos, creemos preferible situarnos en la mitad de la horquilla, cifrando la condena en el 50% del déficit, cantidad de se considera ajustada a la gravedad de la conducta, ya explicada en el Fundamento de Derecho Primero.

SEXTO.- Costas. Se impone a la concursada las costas, si bien el crédito se extingue por confusión (art. 394.1 LEC). En la demanda dirigida contra el administrador, su parcial estimación dispensa de tal pronunciamiento condenatorio (art. 394.2 LEC).

En virtud de lo expuesto,

FALLO

Calificar como culpable el concurso de la entidad INDUSTRIAS AGROALIMENTARIAS DE TEVERGA S.L., con los efectos siguientes:

1.- Se declara persona afectada por la **calificación** a Cayetano .

2.- Se declara la inhabilitación de Cayetano para administrar los bienes ajenos durante un período de 5 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.



3.- Se condena a Cayetano a pagar el 50% del déficit **concurso**, incluidos los créditos contra la masa, cantidad que, una vez hecha efectiva, se integrará en la masa del concurso para satisfacer los créditos por el orden legal.

4.- En materia de costas se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Sexto.

Una vez firme esta sentencia, líbrese mandamiento al Registro Mercantil de Asturias para la inscripción de la sanción de inhabilitación.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Para interponer el recurso al que se refiere el párrafo anterior, es necesario constituir un depósito de 50 euros que se consignará en la siguiente cuenta de este juzgado, si el ingreso se efectuase en "ventanilla": 2274 0000 02 0180 11.

Se debe indicar, en el campo "concepto" que se trata de un ingreso para interponer un recurso de apelación.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el número de cuenta será: E555 0049 3569 9200 0500 1274, y en "concepto" además de lo expuesto en el párrafo que antecede se añadirá, "Juzgado Mercantil (2274 0000 02 0180 11)".

Así lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Alfonso **Muñoz Paredes**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Oviedo**.

PUBLICACIÓN.- En **Oviedo**, a . En el día de hoy, la anterior sentencia fue leída por el Juez que la firma, en audiencia pública, de lo que yo, la Secretaria Judicial, doy fe.