



Roj: **STS 89/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:89**

Id Cendoj: **28079110012016100005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2016**

Nº de Recurso: **1439/2014**

Nº de Resolución: **5/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1545/2014,**
STS 89/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 5/2016

Fecha Sentencia : 27/01/2016

CASACIÓN

Recurso Nº : 1439 / 2014

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo: 07/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL VALENCIA SECCION N. 9

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por : MAJ

Nota:

**Complicidad concursal. Requisitos conforme al art. 166 LC . Actos posteriores a la declaración de concurso.
Alcance del dolo del cómplice**

CASACIÓN Num.: 1439/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Votación y Fallo: 07/01/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 5/2016

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Cerdá Real, SL y D.^a María Cristina , representados por la procuradora D.^a Matilde Sanz Estrada, bajo la dirección letrada de D. Alberto Cantó Noguera, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 905/13 , dimanante de las actuaciones del Incidente Concursal de Oposición a la Calificación núm. 740/11, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (Concurso 24/09), sobre oposición a la calificación de culpabilidad. Ha sido parte recurrida la Administración concursal de Hifeda, SL, representada ante esta Sala por la procuradora D.^a Katuska Marín Martín y bajo la dirección letrada del Sr. Adriano . No se han personado ante esta Sala como recurridos, las mercantiles Hifeda, S.L, Contrachapados Arándiga, S.L y Carlet Agrícola, S.L.

Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- La procuradora D.^a Estefanía L. Verdú Usano, en nombre y representación de Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga, SL y Carlet Agrícola interpuso demanda incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte Sentencia en la que estimando la oposición declare FORTUITO el concurso de las mercantiles Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga SL y Carlet Agrícola con todos los pronunciamientos favorables para su representante legal, sin imposición de costas para ninguna de las partes».

Segundo.- La procuradora D.^a Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D. Saturnino , interpuso demanda incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba: «se dicte Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, DECLARE EL CONCURSO COMO FORTUITO, con los demás pronunciamientos favorables derivados de dicha calificación con la inclusión de las costas causadas en el incidente.»

Tercero.- La procuradora D.^a Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D.^a María Cristina , quien actúa en nombre propio y como administradora de la mercantil Cerdá Real, S.L., interpuso demanda incidental de Oposición a la propuesta de Calificación del Concurso como Culpable e identificación cómplice a mis representadas efectuada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte en su día Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, DECLARE que NO CONCURRE la condición de cómplice por parte de DOÑA María Cristina , de la empresa que representa CERDA REAL S.L. , y que han sido IMPUTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y el Ministerio Fiscal, con TODOS los pronunciamientos favorables derivados de dicha declaración, así como el reconocimiento del crédito que ostentan mis representadas frente a las concursadas, todo ello con la imposición de las costas causadas en el presente incidente.»

Cuarto.- Las demandas incidentales fueron presentadas el 23 de marzo y el 31 de mayo de 2011, y repartidas al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia y registradas con el núm. 720/2011 , dimanante del concurso ordinario n.º 24/2009.

Quinto.- Una vez fueron admitidas a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

Sexto.- D. Adriano y D. David , como Administradores Concursales de las mercantiles Hifeda, S.L., Contrachapados Árandiga S.L. y Carlet Agrícola, S.L., contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaba: «Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y en méritos a lo expuesto RATIFICARNOS EN EL INFORME DE CALIFICACIÓN completando la misma con las alegaciones anteriores.»

Séptimo.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia dictó sentencia de fecha 22 de mayo de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando la demanda de oposición a la calificación del concurso promovida por el Procurador Sr./a VERDU USANO en nombre y representación de la concursada HIFEDA SL, Contrachapados ARÁNDIGA SL, y CARLET AGRÍCOLA SL, el Procurador Sr./a GARRIGOS SORIANO en nombre y representación de CERDÁ



REAL SL, Saturnino y María Cristina , DEBO DECLARAR Y DECLARO FORTUITO EL CONCURSO, procediendo al ARCHIVO del presente incidente una vez sea firme esta resolución. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes personadas, costeando cada una las de su instancia y las comunes por mitad.»

Octavo.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los Administradores Concursales de "Hifeda, S.L.", "Contrachapados Árandiga, S.L." y "Carlet Agrícola, S.L."

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 905/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de las entidades HIFEDA SL, Contrachapados ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º2 de Valencia en autos de incidente concursal n.º740/11, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, estimando en parte la demanda de oposición a la calificación del concurso formulada por las citadas entidades:

A.- Se declara FORTUITO el concurso de las mercantiles Contrachapados ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL.

B.- Se declara CULPABLE el concurso de la entidad HIFEDA SL, y en consecuencia a tal declaración:

Se declaran como **PERSONAS AFECTADAS** por dicha calificación a Saturnino , en su condición de Administrador Único, y, como cómplice, a María Cristina , Administradora Única de la entidad Cerdá REAL SL.

· Se **inhabilita** a Saturnino para administrar los bienes ajenos durante un periodo de DIEZ AÑOS, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.

· Se acuerda la **pérdida** por Saturnino de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

· Se **condena** a Saturnino a pagar a los acreedores concursales de HIFEDA SL el total importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

· Se acuerda la **pérdida** por María Cristina de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa, en su propio nombre o en el de la sociedad de la que es administradora única, Cerdá REAL SL.

· Se **condena** a María Cristina a devolver los bienes o derechos que haya obtenido indebidamente del patrimonio o de la masa activa del concurso de HIFEDA SL, si bien en su propio nombre bien en el de la sociedad Cerdá REAL SL, a través de la desviación y apropiación del negocio de dicha concursada, así como a **indemnizar** los daños y perjuicios causados.

C.- No se hace expresa imposición ni de las costas causadas en la primera instancia, ni de las devengadas en esta alzada.»

Noveno.- La procuradora D.ª Ana María Garrigós, en representación de Cerdá Real, S.L. y de D.ª María Cristina , interpuso recurso de casación.

Motivo del recurso de casación fue:

« **Único.** - Al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 166 de la Ley Concursal .»

Décimo.- 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 9 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil Cerdá REAL, S.L y DOÑA María Cristina , contra la sentencia dictada, en fecha 20 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación n.º905/2013 dimanante de los autos de incidente n.º740/2011 en el concurso n.º24/2009, del Juzgado de lo Mercantil n.º2 de Valencia ».

Undécimo.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.



Duodécimo.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 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 día 7 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Resumen de antecedentes.-

1.- Son hechos declarados probados por la sentencia recurrida, de los que necesariamente hemos de partir, al no haberse formulado recurso extraordinario por infracción procesal, ni ser susceptibles de revisión en casación, los siguientes:

1.1.- Declarado el concurso de la compañía "Hifeda, S.L.", la administración concursal emitió un informe en julio de 2010, en el que ponía de manifiesto al juzgado la existencia de una serie de elementos que dificultaban gravemente la continuidad de la empresa: (i) el elevado pasivo; (ii) la inexistencia de beneficios; (iii) un retraso de más de cinco meses en el abono de los créditos contra la masa generados por continuación de la actividad; (iv) el elevado nivel de impagos de importantes deudores de la concursada; y (v) la interposición de una demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada.

1.2.- En el mismo informe, la administración concursal advertía de graves irregularidades en la gestión y administración del patrimonio social, que estaban dando lugar a un vaciamiento de la actividad empresarial de la sociedad concursada en favor de otra sociedad, denominada "Cerdá Real, S.L.", cuya administradora, Dña. María Cristina , era pareja del administrador de "Hifeda, S.L.". A resultas de lo cual, solicitó del juzgado la suspensión de las facultades de administración de la concursada, dado que incluso el administrador se había llevado la documentación contable de la empresa.

1.3.- Igualmente constaba en el informe que, tras la declaración de concurso, la administración concursal comprobó que se producían salidas de producción de "Hifeda, S.L.", sin su correspondiente facturación, y detectó la salida de aproximadamente 55.000 cajas de mercancía entre septiembre de 2009 y julio de 2010, sin que se justificara el destino del precio supuestamente obtenido por la venta de dicha producción, al no haberse ingresado cantidad alguna en las cuentas de la concursada. Asimismo, constató que, pese a que se seguían enviando los materiales para su confección a los centros de trabajo externos, los mismos dejaron de enviar los albaranes de salida a la concursada, porque se realizaban con los albaranes de otra empresa, "Cerdá Real, S.L.", lo que dejaba sin ingresos a la entidad concursada. Además, en relación con producción realizada con albaranes de entrega a nombre de "Hifeda" y emisión de las correspondientes facturas, se comprobó posteriormente la realización de facturas de abono sin que la mercancía fuese devuelta, procediéndose a una facturación simultánea por la entidad "Cerdá Real, S.L."; llegándose a detectar abonos en un día por importe de casi 70.000 €. Todo lo cual suponía que la actividad de "Hifeda, S.L." se derivaba a "Cerdá Real, S.L.", que se aprovechaba de todos los activos de la concursada.

1.4.- En un acta notarial de manifestaciones otorgada por el administrador único de "Hifeda, S.L." el 19 de noviembre de 2010, reconoció que había actuado a espaldas de la administración concursal y contraviniendo lo previsto legalmente.

2.- La administración concursal de "Hifeda, S.L." solicitó la declaración de culpabilidad del concurso. Desestimada en primera instancia dicha pretensión, la Audiencia Provincial dictó sentencia en la que declaró culpable el concurso por las siguientes causas: (i) Al amparo del art. 164.2.1º LC , por graves irregularidades contables que impedían la comprensión de la correcta situación económica de "Hifeda, S.L."; (ii) Conforme al art. 164.2.4º LC , por haberse alzado el deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.1.- En relación con el alzamiento de bienes, la Audiencia consideró que la sociedad "Cerdá Real, S.L." y su administradora única, Dña. María Cristina , habían cooperado en el alzamiento, puesto que se había constatado la salida de importantes cantidades de mercancía del activo de la concursada en favor de dicha sociedad. Dice textualmente la sentencia recurrida: *"A su vez, la conducta por la que se declara el concurso de HIFEDA culpable al amparo de lo establecido en el artículo 164.2.4º LC se verificó con la intervención de la mercantil CERDÁ REAL SL, a través de su Administradora única....., sin cuya participación no hubiera sido posible la realización de las operaciones que han quedado descritas y de las que resultó tanto el vaciamiento de ingresos como el incremento de la deuda de HIFEDA, agravándose así el estado de insolvencia de dicha entidad con el consiguiente riesgo para el resto de los acreedores de ver satisfechos sus créditos, por lo que, según lo dispuesto en el citado artículo 172 LC debe ser declarada cómplice con las consecuencias que de ello derivan...."*



Segundo.- Recurso de casación .-

Formulación del único motivo de casación :

1.- La compañía mercantil "Cerdá Real, S.L." y D.^a María Cristina presentaron un único motivo de casación, al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del art. 166 LC .

2.- Dicho motivo se fundamenta, resumidamente, en que el precepto citado como infringido requiere, para la declaración de complicidad en un concurso culpable, los siguientes elementos: a) Una conducta de cooperación con el concursado en actos anteriores a la declaración del concurso; b) La imputación de cooperación respecto de determinados y concretos actos; c) La concurrencia en el cómplice de dolo o culpa grave. Ninguno de cuyos elementos concurriría en el presente caso.

Decisión de la Sala :

1.- Hemos declarado de forma reiterada que la función nomofiláctica o de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige que las cuestiones jurídicas que se planteen respeten los hechos o base fáctica de la sentencia (en este sentido, sentencias 46/2011, de 21 de febrero ; 263/2012, de 25 de abril ; y 669/2012, de 14 de noviembre). Por eso, hemos de partir de los hechos antes expuestos, declarados probados por la sentencia recurrida.

2.- Conforme al artículo 166 de la Ley Concursal , son cómplices del concurso culpable las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como tal. Por consiguiente, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

3.- La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC -"cualquier acto"- (frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el art. 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC . Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

4.- Sobre tales presupuestos, en contra de lo afirmado en el recurso, los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el art. 166 LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada -por la cooperación- al "acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable" , que conforme a lo previsto en los arts. 164 y 165 LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior.

Lo pretendido por las recurrentes tendría sentido si la culpabilidad únicamente pudiera estar vinculada a la generación de la insolvencia; pero no lo tiene desde el mismo momento en que el art. 164.1 LC también liga la culpabilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia.

5.- En este caso, la actuación constitutiva de culpabilidad que se conecta con la complicidad es la salida de bienes del patrimonio de la concursada, tras la declaración de concurso, hacia la sociedad condenada como cómplice, mediante la intervención de su administradora, que la sentencia recurrida califica jurídicamente como alzamiento de bienes. Por tanto, tratándose de conductas realizadas con posterioridad a la declaración



de concurso, lo que hacen es incidir en la agravación de la insolvencia, y siendo motivo de culpabilidad, da lugar a la complicidad, en tanto que los actos definitorios del alzamiento de bienes requieren la colaboración de un tercero, que recibe dichos bienes y los utiliza en provecho propio, en los términos declarados probados por la Audiencia y que hemos resumido en el apartado 1.3 del fundamento de derecho primero.

6.- Tampoco se comparte la aseveración del recurso relativa a que la sentencia recurrida no concreta los actos que habrían conducido al alzamiento de bienes, ni por tanto la colaboración que daría lugar a la complicidad. Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de "Cerdá Real, S.L.", sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada.

7.- Del mismo modo, tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de "Hifeda, S.L.", dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicha conciencia de perjuicio a los acreedores ("sciencia fraudis"), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores.

8.- Por todas las razones expuestas, el recurso de casación debe ser desestimado.

Tercero.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

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

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por "Cerdá Real, S.L." y Dña. María Cristina, contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el recurso de apelación núm. 905/13.

2.- Imponer a las expresadas recurrentes las costas del recurso de casación, así como la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Pedro José Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.