



Roj: **ATS 1031/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1031A**

Id Cendoj: **28079110012016200381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2016**

Nº de Recurso: **2170/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil dieciséis.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La representación procesal de "NAVIERA DEL ODIEL, S.A." y "COMPAÑÍA TRANSATLÁNTICA ESPAÑOLA, S.A." presentó el día 4 de julio de 2014 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 23 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 749/2012, dimanante de los autos de incidente **concurzal** de calificación del concurso nº 483/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

2.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 8 de septiembre de 2014 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes el día 10 de septiembre de 2014.

3.- La procuradora Dª. María del Valle Gili Ruiz, en nombre y representación de "NAVIERA DEL ODIEL, S.A." y "COMPAÑÍA TRANSATLÁNTICA ESPAÑOLA, S.A." presentó escrito ante esta Sala con fecha 11 de septiembre de 2014, personándose en concepto de parte recurrente, mientras que Dª. Inocencia, D. Moises y D. Porfirio, como Administradores concursales de "COMPAÑÍA TRANSATLÁNTICA ESPAÑOLA, S.A.", presentaron escrito el día 18 de septiembre de 2014, personándose en concepto de parte recurrida.

4.- Por providencia de fecha 16 de diciembre de 2015 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

5.- Mediante escrito presentado el día 7 de enero de 2016, la parte recurrente muestra su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto, entendiendo que el recurso cumple todos los requisitos exigidos en la LEC, mientras que la recurrida, no ha efectuado alegación alguna. El Ministerio Fiscal emitió informe de fecha 19 de enero de 2016, mostrando su conformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

6.- Por la parte recurrente se ha constituido el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15ª de la **Ley** Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Antonio Seijas Quintana, a los solos efectos de este trámite.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Interpuesto recurso de casación, dicho recurso tiene por objeto una sentencia dictada en un incidente **concurzal** sobre calificación del concurso, que fue tramitado en atención a la materia, por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

2.- El recurso de casación se articula en seis motivos: a) infracción de los artículos 164 y 169 de la **Ley Concurzal**. Considera el recurrente que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia y vulneración



de los artículos citados, por cuanto su actuación resulta contradictoria con sus anteriores actuaciones y con el propósito de la **Ley**. A la vista de los informes y de la documental aportada por la administración **concursal**, ésta expresa su opinión acerca de que la insolvencia de la concursada ha venido determinada de forma suficiente por un conjunto de circunstancias que son ajenas a la misma. Teniendo en cuenta tales manifestaciones, y también lo establecido en el artículo 164 LC, como presupuesto esencial de la calificación **concursal**, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor. Sólo puede concluirse que, sin que la recurrente pueda comprenderlo, la administración **concursal** ha preferido declarar una culpabilidad de forma contraria a la **ley**, de forma que la sentencia de calificación, al calificar el concurso como culpable, ha vulnerado el principio de congruencia recogido al carecer de sustento. Se cita la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 22 abril 2010 ; b) infracción del principio de vinculación en relación con el respeto al principio acusatorio y su protección constitucional. El fallo de la sentencia impone una pena sanción de inhabilitación para administrar y representar por tiempo de cinco años, siendo así que tal condena no ha sido pedida previamente ni por administración **concursal** ni por el Ministerio Fiscal, incurriendo la sentencia recurrida en la vulneración del principio acusatorio. Se cita al respecto el artículo 39 del Código Penal en relación con el artículo 789.3 de la **Ley** de Enjuiciamiento Criminal . Entiende el recurrente que la sanción de inhabilitación tiene su marco en la **Ley Concursal** como **ley** civil y mercantil por lo que el juzgador se encuentra limitado por los términos de las pretensiones de los particulares, no pudiendo dar más de lo solicitado en la demanda en perjuicio del demandado. Se citan las sentencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 28 mayo 2007 , 27 abril 2007 , 12 enero 2007 , 21 febrero 2007 , 18 mayo 2007 , 22 enero 2007 , entre otras; c) infracción del artículo 164.1 LC , aplicación indebida de los supuestos del artículo 165 LC , infracción del artículo 2.2 LC , en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al concepto legal insolvencia como situación en la que el deudor se encuentra incapacitado para cumplir regularmente sus obligaciones de pago vencidas, situación distinta de la de desequilibrio patrimonial en la que se fundamenta la condena de la sentencia recurrida. Cita las sentencias TS del 26 abril 2012 y 17 noviembre 2011 . Considera el recurrente que se ha llegado a manifestar y acreditar que no ha habido dolo ni culpa grave generadora de la insolvencia en el actuar del concursado, por lo que no puede acudir a supuesto alguno del artículo 165 LC , para intentar soslayar una afirmación clara y rotunda de que la insolvencia del concursado ha tenido como causa suficiente y determinante una serie de circunstancias ajenas a él. Tras el examen que efectúa el recurso de distinta documental y prueba practicada de las actuaciones, concluye que la sentencia recurrida confunde la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, con el desequilibrio patrimonial o con la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas como presupuesto de la responsabilidad por deudas del artículo 262.5 LSA ; d) infracción del artículo 164.2.1 LC en relación con el incumplimiento sustancial en la obligación de llevar la contabilidad, ya que queda acreditado que la entidad concursada llevaba una contabilidad informatizada y los requerimientos de esos programas informáticos derivaban no solo del tamaño de la empresa, sino también de las exigencias de la Dirección General de la Marina Mercante, existiendo no sólo una contabilidad ordenada, sino que había un conjunto de empleados ocupados precisamente en las labores de contabilidad para la empresa social, sin que exista imputación al administrador o al concursado de haber tenido algún tipo de ventaja o beneficio para sus propios intereses, ya que los apuntes contables no impiden de modo relevante la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la entidad; e) infracción del artículo 164.2.2 LC en relación con la imputación de inexactitud grave de los documentos acompañados con la solicitud de concurso. Tanto el informe de calificación como la sentencia dictada adolecen de los mismos errores y de las misma inexactitud en la contabilidad en relación con la inexactitud de los documentos, no pudiendo imputarse a la concursada dos comportamientos: la irregularidad contable y además del documento irregular por contener una contabilidad irregular, al resultar absurdo y reiterativo; f) infracción del artículo 172.3 LC en relación con la condena en particular a responder del déficit patrimonial de la concursada, al entender que se ha efectuado sin argumentación alguna. La sentencia no hace moderación alguna de la responsabilidad, no justifica en qué medida las conductas imputadas merecedoras de calificación de culpable del concurso han incidido en la generación o agravación de la insolvencia y tampoco aporta una justificación añadida. Se citan las sentencias TS 23 febrero 2011 y 6 octubre 2011 . Considera el recurrente que es necesario un plus adicional en la sentencia de por qué se condena en todo a la recurrente y tal condena en todo no puede venir derivada del mero hecho de venir la declaración de culpabilidad del concurso de la concurrencia de la causa legal de culpabilidad.

El recurso así interpuesto incurre en la causa de inadmisión de falta de indicación en el encabezamiento o formulación del motivo de la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se fije o se declare infringida o desconocida ( art. 483.2.2º en relación con el art. 481.1 de la LEC ), falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de norma sustantiva ( art. 483.2.2º en relación con los arts. 481.1 y 487.3 LEC ) e inexistencia del interés casacional alegado ( art. 477.2.3 y 483.2.3º LEC ). Esto es así por cuanto: a) porque la parte recurrente en los seis motivos, no establece encabezamiento alguno, no mencionando en consecuencia en el mismo cual es la doctrina jurisprudencial que se solicita sea fijada,



declarada infringida o desconocida por esta Sala, siendo necesario entrar a conocer del cuerpo del recurso para conocer lo pretendido por la parte recurrente, no respondiendo dicho recurso a la precisión exigible en un recurso extraordinario como el presente; b) por falta de indicación en el motivo segundo del escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva ( art. 483.2.2º en relación con los arts. 481.1 y 487.3 de la LEC ). Alegados como infringidos los arts. 39 del Código Penal y 789.3 LECr , preceptos que en principio tienen una naturaleza sustantiva (el primero), no son civiles, por lo que no tienen acceso a la casación, siendo doctrina reiterada de esta Sala que el recurso de casación ha de fundarse en normas de naturaleza civil, es decir, en infracciones de normas sustantivas en el sentido y con el contenido de nº 1 al art. 1 del Código Civil ( STS de 18 de marzo de 2003, RC nº 2885/1999 ), pero es que además basta examinar el contenido del motivo para comprobar como dicho precepto se menciona con un carácter meramente instrumental para denunciar cuestiones procesales cual son la vulneración del principio acusatorio por la resolución recurrida al haberse concedido más de lo pedido en la demanda, denunciando una suerte de incongruencia, cuestión la señalada que excede del ámbito del recurso de casación al ser propias del recurso extraordinario por infracción procesal; c) inexistencia de interés casacional en los motivos cuarto y quinto, por cuanto el examen de la procedencia del recurso hacia la comprobación de la concurrencia de dicho "interés casacional" resulta negativo, pues, en dichos motivos no se alega la existencia de interés casacional por ninguna de las tres vías establecidas en el art. 477.2.3º LEC , es decir, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales o por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, de la que no exista jurisprudencia de la Sala sobre ella o sobre normas de similar contenido; y d) en la causa de inexistencia de interés casacional prevista en el art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC , tal y como se recogen en el mencionado Acuerdo de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 2011, porque el recurso en su conjunto no consiste sino en mostrar su disconformidad con las conclusiones alcanzadas por la sentencia recurrida en relación a la calificación del concurso como culpable, rebatiendo el hecho de que no existe culpa grave o dolo en el actuar de la administradora de la entidad ni en la propia concursada, al quedar acreditado que las causas de la insolvencia hay que encontrarlas en circunstancias ajenas a la entidad; que no puede hablarse de insolvencia de la concursada sino de un desequilibrio económico que dificulta hacer frente a los pagos de la entidad; no ha existido una defectuosa contabilidad sino que ésta viene determinada por el sistema informático que le sirve de soporte y a las Normas de la Dirección General de la Marina Mercante, existiendo un departamento que llevaba la contabilidad, que reflejaba la situación financiera y patrimonial de la entidad; que no puede imputarse dos irregularidades: la irregularidad contable y la documentación irregular por reflejar una contabilidad irregular; y, por último, que no ha existido justificación alguna para condenar al déficit **concurzal**, que debió ser moderado, al no constar que se haya actuado en beneficio del administrador o de la propia concursada. Visto el planteamiento del recurso, el mismo incurre en la causa de inexistencia de interés casacional alegado, porque el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas concretas del caso enjuiciado y porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la sentencia recurrida declara probados. Ello es así porque el recurso obvia que la sentencia recurrida concluye ante el examen de la prueba practicada, que la calificación del concurso como culpable parte de dos comportamientos no diligentes: la llevanza de una deficiente contabilidad que no permitía conocer el estado patrimonial y financiero de la sociedad concursada y la elaboración y presentación de documentación específica a efectos de la declaración en concurso en la que se cometen graves inexactitudes, suponiendo ambos comportamientos la quiebra del deber de colaborar con los órganos concursales, sobretodo teniendo en cuenta que el documento elaborado determinaba una desviación de deuda con la real de un 350 %, lo que determina un comportamiento de carácter grave en atención a su volumen. Se faltó a su obligación informativa con el juzgado, presentando un panorama que no se compadecía con la realidad. En relación a la contabilidad se aprecian como irregularidades relevantes la falta de amortización de determinados activos, la ausencia de contabilización de un volumen importante de pasivos, la supresión en la contabilidad de pasivos con sociedades vinculadas, la cancelación en el ejercicio 2009 de créditos de sociedades vinculadas por importe de 1.732.818 €, que fueron contabilizados como pérdidas derivadas del inmovilizado general, la contabilización de partidas con cuentas de signo contrario a las indicadas en el plan general de contabilidad, así como el mantenimiento de numerosas partidas que no se ajustaban a las operaciones realizadas. También se declara acreditado que se retrasó en la solicitud de concurso a pesar de existir graves muestras de sobreseimiento generalizado ya en abril de 2008, al carecer de liquidez suficiente para afrontar los pagos. En conclusión considera que han sido varias las causas concurrentes que determinan la calificación del concurso como culpable y que, al menos una de ellas, las irregularidades contables relevantes, tiene trascendencia para la seguridad del tráfico mercantil y otra, como es el retraso en acudir al concurso, que ha tenido una incidencia negativa y muy significativa en el agravamiento de la insolvencia. Todo ello lleva a la sentencia recurrida a no moderar la responsabilidad del administrador en relación con el déficit **concurzal**, ya que el retraso en acudir al concurso conllevó que el volumen de impagados que a 30 de abril de 2008 acumulaba 649.923,29 € pasase finalmente a ser en el concurso de 31.883.309,88



€, lo que determina la propia gravedad del comportamiento que determina la severidad en la imputación de responsabilidad por dicho déficit. Por ello, mal puede entenderse vulnerada la jurisprudencia citada, ya que la misma es aplicable y, de hecho, la sentencia recurrida la aplica, pero en relación a una base fáctica y las circunstancias particulares concurrentes, que resulta obviada por la parte recurrente, que configura su recurso mostrando su disconformidad con la valoración de los hechos efectuada por la sentencia y no sobre la real oposición de la sentencia recurrida a una jurisprudencia que no es infringida, por lo que el interés casacional alegado no concurre.

Las razones expuestas justifican la inadmisión del recurso interpuesto sin que las alegaciones realizadas tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión supongan una alteración de dichos razonamientos habida cuenta que la parte recurrente se limita a reiterar los argumentos expuestos en el recurso ahora examinado.

3.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación, declarando firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, cuyo siguiente apartado, el 5, deja sentado que contra este auto no cabe recurso alguno; todo ello sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas causadas.

4.- Siendo inadmisibles el recurso, ello determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

#### LA SALA ACUERDA

**1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de "NAVIERA DEL ODIEL, S.A." y "COMPAÑÍA TRANSATLÁNTICA ESPAÑOLA, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 23 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 749/2012, dimanante de los autos de incidente **concurzal** de calificación del concurso nº 483/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

**2º) DECLARAR FIRME** dicha sentencia.

**3º)** La parte recurrente perderá el depósito constituido.

**4º)** Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.