



Roj: **STS 3452/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3452**

Id Cendoj: **28079110012016100470**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **363/2014**

Nº de Resolución: **490/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 1172/2013,**
STS 3452/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Victor Manuel , representado por el procurador D. Luis Pozas Osset y bajo la dirección letrada de D. Javier Hernando Mendivil, contra la sentencia nº 117/2013, de 15 de abril, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 2272/2008 dimanante; del Incidente Concursal núm. 530/2007, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián. Han sido partes recurridas D. Borja , D. Damaso y D. Ernesto , como Administración Concursal de Pescados Uriarán S.L., y la Tesorería General de la Seguridad Social representada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social D. Ignacio Arias Fernández. Es parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Olga Miranda Fernández, en nombre y representación de Pescados Uriarán S.L, en el Incidente Concursal n.º 530/2007, presentó escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable, propuesta por la Administración concursal y el Ministerio Fiscal, y apoyada por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que solicitaba se dictara sentencia declarando el carácter fortuito del concurso.

2.- El procurador D. Eugenio Areitio Zatarain, en nombre y representación de D. Victor Manuel , presentó escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable, solicitada por la Administración concursal y el Ministerio Fiscal y apoyada por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que solicitaba:

«[...] se dicte en su día la oportuna resolución declarando el carácter fortuito del concurso de PESCADOS URIARAN, S.L. y subsidiariamente se determine que mi mandante no es persona afectada por la calificación culpable del concurso, absolviéndosele, en todo caso, de todo pedimento tanto de carácter personal como patrimonial, derivado de la declaración del concurso como culpable, con lo demás procedente y de justicia[...].»

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián dictó sentencia, n.º 42/2008, de 7 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: 1º) Calificar como CULPABLE el concurso de PESCADOS URIARAN S.L.

»2º) Determinar como personas afectadas por tal calificación a D. Victor Manuel y a D. Nazario .



- »3º) Privar a D. Victor Manuel y a D. Nazario de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.
- »4º) Inhabilitar a D. Victor Manuel y a D. Nazario para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años y cinco respectivamente.
- »5º) Condenar a D. Victor Manuel y a D. Nazario al pago, como indemnización de daños y perjuicios, a los acreedores titulares de créditos nacidos a partir del uno de junio de dos mil cinco que resulten impagados en todo o en parte después de la terminación de la fase de liquidación de la masa activa.
- »No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Victor Manuel y por la Tesorería General de la Seguridad Social.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2272/2008 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 117/2013, de 15 de abril, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Con estimación del recurso de apelación formulado por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2008 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta capital y desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de Victor Manuel contra dicha resolución se revoca la misma en el sentido de condenar a Victor Manuel y Nazario al pago, como indemnización de daños y perjuicios a los acreedores titulares de créditos nacidos a partir del 1 de marzo de 2005 manteniendo en lo demás el contenido de la sentencia de instancia, y todo ello sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas ocasionadas en esta instancia».

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

1.- El procurador D. Eugenio Areitio Zatarain, en representación de D. Victor Manuel, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC, en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta, y artículo 477.2.3º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al incurrir la que aquí se impugna en violación de los artículos 218.1, párrafos 1º y 2º, y 465 LEC, por cuanto que la sentencia ha incurrido en incongruencia.

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC, en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta, y artículo 477.2.3º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al incurrir la que aquí se impugna en violación de los artículos 218.1, párrafos 1º y 2º, y 465 LEC, por cuanto que la sentencia ha incurrido en incongruencia.

»Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC, en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta, y artículo 477.2.3º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al incurrir la que aquí se impugna en violación de los artículos 218.1, párrafos 1º y 2º, y 465 LEC, por cuanto que la sentencia ha incurrido en incongruencia».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477, apartados 1, 2-3º y 3 LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta. En cumplimiento de lo indicado en el citado precepto de la LEC, se indican cuáles son los preceptos legales vulnerados:

»A.1 Artículos 169.1, 172.2-1º LC y 164.1 Ley Concursal y artículos 1104 y 1105 Código Civil.

»A.2 Como jurisprudencia relativa a que es la culpa el criterio que deben aplicar los Tribunales para declarar como persona afectada al administrador (cuestión que, como se ha dicho, es obvia), invocamos la siguiente:

»i) STS de 6 de octubre de 2011 (nº 644/2011).

»ii) Sentencias de 17 de noviembre de 2011 (nº 614/2011) y 16 de julio de 2012 (nº 501/2012).

»Segundo.- Al amparo del artículo 477, apartados 1, 2-3º y 3 LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los interpreta»



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 18 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Procede admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Victor Manuel contra la sentencia dictada, en fecha 15 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 2272/2008 dimanante del incidente concursal nº 530/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián.

»2º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LECA 2000, entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al MINISTERIO FISCAL».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

Igualmente el Ministerio Fiscal presentó el oportuno informe.

4.- Por providencia de 27 de abril de 2016, 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 30 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Mediante auto de 30 de enero de 2006, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián declaró el concurso voluntario de la compañía mercantil Pescados Uriarán, S.L. A su vez, por auto de 14 de marzo de 2007, se acordó la finalización de la fase de convenio, la apertura de la fase de liquidación y la formación de la sección sexta, de calificación del concurso.

2.- En dicha sección sexta, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, como legitimados, y la Tesorería General de la Seguridad Social, como coadyuvante, solicitaron la calificación de culpabilidad, por los siguientes motivos: (i) conforme al art. 164.2.1 LC, por incumplimiento sustancial de los deberes contables, al no haber aportado los libros de contabilidad obligatorios y no haber elaborado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2005; (ii) conforme al art. 165.1.2 LC, por incumplimiento por la concursada del deber de colaboración con la administración concursal, al no haber aportado documentación esencial; (iii) a tenor del art. 165.1.3 LC, por no haber depositado las cuentas del ejercicio 2004; (iv) a tenor del art. 165.1.1 LC, por retraso en la solicitud del concurso.

Las partes señalaron como personas afectadas por la declaración de culpabilidad a los administradores sociales de la concursada, D. Nazario y D. Victor Manuel, para los que solicitaron: (i) la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante cinco años; (ii) la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores en el concurso, así como la devolución de bienes que hubieran podido percibir del patrimonio de la concursada o de la masa; (iii) el abono de las cantidades que los acreedores no perciban en la liquidación.

3.- Opuestos a la pretensión de calificación la concursada y el administrador Sr. Victor Manuel, el juzgado declaró culpable el concurso, por las causas previstas en los arts. 164.2.1 (incumplimiento sustancial de los deberes contables) y 165.1.1 (retraso en la solicitud de concurso) LC. Y personas afectadas por tal calificación, a los Sres. Victor Manuel y Nazario. A los que condenó a inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros, durante dos y cinco años, respectivamente; a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran en el concurso; y, en concepto de daños y perjuicios, al pago de los créditos nacidos a partir del 1 de junio de 2005, que resultaran impagados en todo o en parte.

4.- Interpuesto recurso de apelación por el Sr. Victor Manuel y por la Tesorería General de la Seguridad Social, la Audiencia Provincial dictó una primera sentencia, de fecha 7 de enero de 2009, en la que desestimó el recurso de apelación de la TGSS, por no considerarla legitimada para recurrir, al no haberlo hecho la administración concursal y el Ministerio Fiscal. Y desestimó el recurso del Sr. Victor Manuel.



Dicha sentencia fue declarada nula por la sentencia de esta Sala núm. 608/2012, de 24 de octubre, que ordenó la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para que resolviera también el recurso de apelación interpuesto por la TGSS.

5.- En cumplimiento de dicho mandato, la Audiencia Provincial dictó nueva sentencia, que es la que ahora es objeto de recurso, en la que mantuvo la desestimación del recurso del Sr. Víctor Manuel (por remisión a lo resuelto en la sentencia anulada) y estimó parcialmente el recurso de la TGSS, en el sentido de ampliar la condena a la indemnización de daños y perjuicios al pago de los créditos nacidos a partir del 1 de marzo de 2005, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso extraordinario de infracción procesal.

1.- En el escrito de oposición a los recursos de infracción procesal y de casación, la administración concursal alegó la inadmisibilidad del primero de ellos, porque la parte recurrente no había denunciado en el recurso de apelación los defectos procesales que imputa a la sentencia de primera instancia, ni solicitado en la segunda instancia la subsanación o complemento de los pronunciamientos ahora combatidos.

2.- El art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé:

«Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas».

De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (sentencias 634/2010, de 14 de octubre ; y 241/2015, de 6 de mayo).

3.- No obstante, no cabe considerar que tales defectos hayan concurrido en este caso. Respecto del recurso de apelación, porque la incongruencia que denuncia se refiere a la sentencia de segunda instancia, en relación con los pronunciamientos de la sentencia apelada, por lo que no era en el recurso de apelación donde debía hacer tales alegaciones. Y en cuanto a la petición de subsanación o complemento, la misma tendría sentido si lo que se denunciara fuera incongruencia omisiva, pero no cuando lo que se alega es incongruencia *ultra petita*, que únicamente puede ser combatida por vía de recurso, en este caso, el extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- Alegaciones comunes a los tres motivos de infracción procesal. Congruencia de las sentencias.

1.- La jurisprudencia de esta Sala afirma con reiteración que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el *petitum* (la petición) y la *causa petendi* (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida. La congruencia tiene relevancia constitucional, por lo que dicha falta de correlación infringe no sólo los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también el artículo 24 de la Constitución, en tanto que puede afectar al principio de contradicción si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. La delimitación de la cuestión litigiosa viene determinada por la demanda y por las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito (sentencias núm. 805/2008, de 17 de septiembre, 838/2010, de 9 de diciembre y 854/2011, de 24 de noviembre, entre otras muchas). No obstante, esta correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes (sentencias núm. 245/2008, de 27 de marzo, y 330/2008, de 13 de mayo). El respeto a la causa de pedir de las pretensiones de las partes, esto es, el acaecimiento histórico o relación de hechos que sirven para delimitarlas, es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico, expresado con el tradicional aforismo *iura novit curia* [el juez conoce el derecho], siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión.

2.- La relación debe darse entre las pretensiones y el fallo, no necesariamente respecto de los argumentos empleados en la sentencia u otros extremos del debate, cuya preterición podría dar lugar a falta de motivación pero no a incongruencia. Además, dicha relación no tiene que ser absoluta, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial.



CUARTO.- *Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia de la sentencia de apelación en relación con los pronunciamientos de la de primera instancia.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal formulado por el Sr. Victor Manuel , al amparo del art. 469.1.2º LEC , denuncia infracción de los arts. 218, párrafos 1º y 2º, LEC , y 465 LEC , por cuanto que la sentencia vulnera las normas procesales de la sentencia, al incurrir en incongruencia.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial mantiene las causas por las que el concurso fue declarado culpable por el Juzgado (inexistencia de contabilidad y retraso en la solicitud de concurso). Sin embargo, la consideración en primera instancia del Sr. Victor Manuel como persona afectada, lo fue únicamente en relación con la segunda de tales causas. Como consecuencia de ello, la Audiencia incurre en incongruencia al basar la condena del Sr. Victor Manuel en la inexistencia de contabilidad, pese a que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal habían recurrido la sentencia de primera instancia; mientras que la Tesorería General de la Seguridad Social, que sí recurrió en apelación, no combatió dicho concreto pronunciamiento.

Decisión de la Sala:

1.- Al citar simultáneamente como infringidos los dos párrafos del art. 218 LEC , la parte no repara en que se refieren a cuestiones distintas. Como hemos dicho, entre otras muchas, en las sentencias núm. 169/2016, de 17 de marzo , y 356/2016, de 30 de mayo , hay que distinguir entre congruencia y motivación. La congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Sin embargo la llamada «congruencia interna» está más en relación con el segundo apartado del citado art. 218. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre). Con lo cual, mientras que la denominada congruencia externa supone una vulneración de las normas esenciales de la sentencia y tiene su ámbito de recurso en el art. 469.1.2º LEC , la congruencia interna se combate conforme al número 4º del artículo 469.1 LEC (sentencia núm. 634/2015, de 10 de noviembre).

2.- Del propio tenor del recurso se desprende que lo que se imputa realmente a la sentencia es incongruencia externa, es decir, que se ha extralimitado al responsabilizar al recurrente de la falta de llevanza de contabilidad, cuando no se le había atribuido tal conducta en la sentencia de primera instancia y la misma, respecto de dicho particular, no había sido recurrida. A tal efecto, aunque una redacción algo confusa del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de primera instancia pudiera hacer pensar que el Sr. Victor Manuel únicamente fue responsable del retardo en la solicitud de concurso, la lectura del fundamento jurídico segundo revela que ambos administradores fueron considerados responsables del incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1 LC), en tanto que los dos, como administradores sociales, tenían la obligación legal de formulación de las cuentas de la sociedad. Si bien, aun partiendo de dicha comunidad de responsabilidad, apreció mayor reproche en la conducta del Sr. Nazario , lo que se tradujo en que su sanción de inhabilitación fuera temporalmente más extensa.

En consecuencia, en tanto que la Audiencia Provincial, al desestimar el recurso del Sr. Victor Manuel , mantiene dicho pronunciamiento, no incurre en incongruencia alguna, ni infringe los arts. 218, apdos. 1 y 2 , y 465 LEC .

QUINTO .- *Segundo motivo de infracción procesal. Incongruencia de las sentencias de ambas instancias.*

Planteamiento :

1.- Se formula este segundo motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción de los arts. 218, apdos. 1 y 2 , y 465 LEC .

2.- Al desarrollarlo, se aduce que la sentencia de primera instancia incurrió en contradicción al considerar que al Sr. Victor Manuel no le era imputable el retraso en la solicitud de concurso y, sin embargo, condenarlo como persona afectada con base en dicha conducta culpable. Y en cuanto a la sentencia de la Audiencia Provincial, también incurrió en incongruencia, al mantener dicho pronunciamiento.

Decisión de la Sala :

1.- Este motivo de infracción procesal se basa en una tergiversación de lo realmente argumentado y resuelto en ambas instancias. La sentencia de primera instancia razona claramente que, aunque el Sr. Victor Manuel



no dispusiera de la documentación, sí que conocía que la actividad empresarial había cesado y la sociedad estaba en situación de insolvencia (de «quiebra», como dijo la solicitud de concurso), por lo que debería haber instado inmediatamente la declaración de concurso, en vez de demorarla durante más de medio año, con la consiguiente agravación del estado de insolvencia.

2.- En consecuencia, ni la sentencia de primera instancia incurrió en incongruencia externa o interna, ni la de la apelación se pronunció sobre ningún extremo que no hubiera sido tratado por la recurrida.

SEXTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Incongruencia en la condena a la indemnización de daños y perjuicios.*

Planteamiento:

Se enuncia también conforme al art. 469.1.2º LEC, con cita de los mismos preceptos infringidos, si bien en este caso se denuncia la incongruencia de las sentencias de ambas instancias por haberse condenado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, prevista en el art. 172.2.3º LC, cuando ninguna parte había solicitado dicha condena, sino que habían postulado la responsabilidad concursal prevista en el entonces vigente art. 172.3 LC (actual art. 172 bis).

Decisión de la Sala:

1.- El art. 169 LC no exige expresamente que la propuesta de calificación revista forma de demanda, aunque tampoco lo prohíbe, si bien es cierto que la pretensión de calificación contenida en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal es en buena medida una demanda, puesto que contiene una pretensión y debe identificar contra quien se dirige la misma y los efectos que se derivarán de su estimación; y además, en caso de falta de oposición da lugar directamente a la sentencia. Por tanto, los solicitantes de la calificación del concurso como culpable tienen que formular expresamente sus pretensiones, sin que baste aducir que se encuentran implícitas en su argumentación. No se trata tanto de que se citara expresamente o no en los escritos de calificación el artículo 172.2.3 de la Ley Concursal, sino de que se pidiera expresamente la condena a la indemnización de daños y perjuicios prevista en dicho precepto.

2.- En este caso, aunque ninguna de las partes (administración concursal, Ministerio Fiscal y TGSS) citó concretamente el precepto en que basaban su solicitud de condena al pago de los créditos no satisfechos total o parcialmente, ya que invocaron genéricamente el art. 172 LC, lo cierto es que del tenor de su pretensión, se deducía que lo que postulaban era la condena a la cobertura del déficit concursal. Sin embargo, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, dieron lugar a una condena de daños y perjuicios, que ni es propiamente la prevista en el art. 172.2.3º LC, aunque ese sea el precepto que se cita, ni tampoco es la condena a la cobertura del déficit concursal que preveía el art. 172.3 LC (actual art. 172 bis).

Pero ello no significa que exista incongruencia, puesto que, al haber solicitado las partes actoras de la calificación la condena a la cobertura del déficit concursal, aun sin denominarla expresamente así, estaban solicitando más de lo que finalmente concedió la sentencia recurrida. Y el acierto jurídico de la concesión de la indemnización concedida y su conceptualización son cuestiones ajenas al recurso extraordinario por infracción procesal, por ser propias del recurso de casación.

Recurso de casación.

SÉPTIMO.- *Primer motivo de casación. Causas de culpabilidad del concurso y personas afectadas.*

Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción de los arts. 169.1, 172.2.1º y 164.1 LC, en relación con los arts. 1.104 y 1.105 CC. Se citan como infringidas las sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 2011, 17 de noviembre de 2011 y 16 de julio de 2012.

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce resumidamente que el Sr. Victor Manuel no podía ser declarado persona afectada por la calificación culpable por tres razones: (i) en cuanto a la causa de culpabilidad derivada del incumplimiento sustancial de la llevanza de contabilidad, porque quien tenía la documentación necesaria para ello era el otro administrador, Sr. Nazario. (ii) Respecto al retraso en la solicitud de concurso, porque, por la misma razón, quien estaba en disposición de hacerlo era el Sr. Nazario. (iii) Y respecto al mantenimiento de trabajadores en la plantilla, porque fueron el otro administrador y los trabajadores quienes acordaron un cese temporal de la actividad.

Decisión de Sala:

1.- Respecto del primer submotivo, referente a la declaración de culpabilidad por incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, el art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta



suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «[E]n todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)». Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (sentencias de esta Sala núm. 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 421/2015, de 21 de julio ; 492/2015, de 17 de septiembre ; y 269/2016, de 22 de abril).

2.- En este caso, el recurrente no solo hace supuesto de la cuestión, al negar la responsabilidad que como administrador social le atribuyen los hechos probados de la sentencia recurrida, sino que pretende imponer una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador que no tiene cabida en nuestro Derecho. Aparte de que, con carácter general, el artículo 25.2 Ccom establece que el empresario es responsable de la contabilidad cuya formulación delegue en terceros, el nombramiento como administrador o como consejero delegado de una sociedad de capital no es meramente formal, sino que conlleva una serie de obligaciones, entre ellas las de la llevanza y formulación de la contabilidad. Por tanto, el recurrente no puede ampararse en la actitud del otro administrador para excusar su propia incuria, pues si consideraba que el mismo le dificultaba completamente el cumplimiento de sus obligaciones, debería haber activado los mecanismos societarios para corregirlo, o en el último extremo, haber renunciado al cargo.

3.- Como dijo la sentencia de esta Sala 1ª núm. 994/2011, de 16 de enero de 2012 :

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

Por lo que debe insistirse en que la culpa grave a la que se refiere el artículo 164 de la Ley Concursal ya está ínsita en la misma omisión de los deberes contables.

4.- En lo que respecta al retraso en la solicitud de concurso y el mantenimiento de la plantilla pese al cese de la actividad, cabe decir otro tanto, de tal manera que el Sr. Victor Manuel no puede ampararse en la actitud o en las omisiones del otro administrador para justificar su propia inactividad o pasividad.

Hemos dicho en las sentencias núm. 492/2015, de 17 de septiembre , y 269/2016, de 22 de abril , que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015 , dijimos:

«Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable» .

5.- Por las razones expuestas, debe desestimarse este primer motivo de casación.

OCTAVO.- Segundo motivo de casación. Responsabilidad por daños y perjuicios y responsabilidad concursal.

Planteamiento :

1.- Se formula este segundo motivo de casación, conforme al art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 172.2.3º LC y 1.902 CC . Se citan como infringidas las sentencias de esta Sala de 16 de julio de 2012 , 30 de diciembre de 2012 y 28 de febrero de 2013 .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta sintéticamente que en la conducta del Sr. Victor Manuel no concurrió ni culpa grave ni relación de causalidad, ya que fue el otro socio quien se llevó la contabilidad y la documentación de la empresa.



Decisión de la Sala :

1.- Para resolver este motivo casacional, hemos de retomar lo dicho al responder al recurso extraordinario por infracción procesal. Aunque la sentencia basa la condena a indemnizar a los acreedores titulares de créditos nacidos a partir del 1 de marzo de 2005, que no resulten pagados en la liquidación, en el art. 172.2.3º LC , realmente no es ese el tipo de responsabilidad que acuerda, sin que tampoco condene a la cobertura del déficit concursal (art. 172.3 LC vigente a la fecha de apertura de la sección de calificación, actual art. 172 bis).

2.- Como dijimos en la sentencia núm. 108/2015, de 11 de marzo , las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. En concreto:

«La responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores (art.172.2.3º LC en su redacción por la Ley 38/2011)».

A su vez, como recuerda la sentencia de esta Sala núm. 395/2016, de 9 de junio , la jurisprudencia, desde la sentencia 644/2011, de 6 de octubre , ha sido uniforme al entender que la caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma efectuada por el R.D.L 4/2014, de 7 de marzo, giraba en torno a tres consideraciones:

i) 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 no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

ii) Para que se 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 precepto, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal 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, etc.).

iii) 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.

3.- Las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de marzo de 2005 ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el art. 172.2.3º LC , ya que no resarcan a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal, en los términos del art. 172.3 (actual 172 bis) LC , y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la *par conditio creditorum* en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al 1 de marzo de 2005.

4.- Como consecuencia de lo cual, este motivo de casación debe ser estimado y, asumiendo la instancia, debe absolverse al Sr. Victor Manuel de la mencionada condena de daños y perjuicios, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

NOVENO.- Costas y depósitos .

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

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



3.- La estimación del recurso de casación conlleva la estimación parcial del recurso de apelación del Sr. Victor Manuel , por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de las costas causadas por éste, según establece el art. 398.2 LEC . E igualmente, supone estimación parcial de las pretensiones de primera instancia, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el Sr. Victor Manuel en dicha fase procesal.

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

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Victor Manuel contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, con fecha 15 de abril de 2013, en el recurso de apelación n.º 227/2008 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el mismo recurrente contra la indicada sentencia, que anulamos parcialmente.

3.º- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Victor Manuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián, con fecha 7 de marzo de 2008, en la pieza de oposición a la sección de calificación n.º 530/2007, de la sección sexta del concurso de la compañía mercantil Pescados Uriarán, S.L. Y en su virtud, absolver al Sr. Victor Manuel de la condena a la indemnización de daños y perjuicios a los acreedores titulares de créditos nacidos a partir del 1 de marzo de 2005. Confirmando las sentencias de instancia en el resto de sus pronunciamientos. **4.º-** Imponer a D. Victor Manuel las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación, ni de las generadas en primera instancia.

6.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del prestado para el recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.