



Roj: **STS 1216/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1216**

Id Cendoj: **28079110012017100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **1384/2014**

Nº de Resolución: **202/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 684/2014,**  
**STS 1216/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 29 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia como consecuencia de autos de incidente concursal de oposición a la calificación seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao. Los recursos fueron interpuestos por Florencia , representada por la procuradora María Pardillo Landeta; y Valentina y Imanol , representados por la procuradora Mónica Fente Delgado. Es parte recurrida la entidad Druckguss Ibérica SL, representada por el procurador José Luis Martín Jaureguibeitia. Autos en los que también han sido parte Secundino , Miguel Ángel , Dionisio , que no se han personado ante esta sala. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO. Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina, en representación de la entidad concursada Druckguss Ibérica S.L., presentó escrito ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, en el que realizaba las alegaciones oportunas y se oponía a la calificación de culpabilidad del concurso solicitada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

2. El procurador Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina, en representación de Secundino , Miguel Ángel , Dionisio y Imanol , presentó escrito dentro del plazo concedido en el que se oponía a la calificación de concurso como culpable solicitada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y pidió al Juzgado dictase resolución:

«declarando el concurso fortuito, y absolviendo en todo caso a todas las personas acusadas por los administradores concursales, imponiéndose las costas de la pieza a los citados administradores».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: 1.- Calificar como culpable el concurso de la entidad Druckguss Ibérica SL, por concurrir las causas previstas en los artículos 164.1, 164.2.1º, 2º y 5º y 165,1 y 2 LECO.

2.- Determinar como personas afectadas por esta calificación a D. Secundino , D. Miguel Ángel , D. Dionisio .

3.- Determinar como cómplices a D. Imanol , Dña. Valentina , Dña. Florencia .

4.- Inhabilitar a D. Secundino , D. Miguel Ángel , D. Dionisio durante ocho años, para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales. Se autoriza a D. Secundino a continuar al frente de la empresa en concurso hasta el cumplimiento o incumplimiento del convenio aprobado por sentencia de fecha 11 de octubre de 2010.

4.- (sic) Declarar la pérdida de cualquier derecho que D. Secundino , D. Miguel Ángel , D. Dionisio y D. Imanol , Dña. Valentina , y Dña. Florencia , tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

5.- (sic) Condenar a D. Secundino , D. Miguel Ángel , D. Dionisio , D. Imanol , Dña. Valentina , y Dña. Florencia , a que abonen, de manera solidaria, a la masa activa la cantidad de once millones novecientos sesenta y cuatro mil setecientos setenta y siete euros con sesenta y siete céntimos (11.964.777,67 euros), así como la cantidad correspondiente a los créditos contra la masa abonados como consecuencia de las extinciones de contratos de trabajo de quienes fueron trabajadores de la concursada con posterioridad a la declaración concursal.

6.- (sic) Se imponen las costas a la parte opositora».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Secundino , Miguel Ángel , Dionisio y Florencia ; y Imanol y Valentina .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia 19 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Dionisio , D. Secundino , D. Miguel Ángel y Dª Florencia y, desestimando el recurso interpuesto por Dª Valentina y D. Imanol , en ambos casos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en el incidente concursal nº 699/12 del que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de declarar cómplice del concurso a D. Dionisio ; confirmamos la resolución recurrida en sus demás pronunciamientos; en materia de costas se estará a lo señalado en el fundamento jurídico noveno».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación*

1. La procuradora Begoña Carcedo Mendivil, en representación de Valentina y Imanol , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 463.1 de la LEC incurriéndose en la causa de nulidad establecida en el art. 225.3º de la LEC y art. 238.3º de la LOPJ en relación con el art. 24 de la CE .

2º) Infracción del art. 386.1 de la LEC al producirse vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE .

3º) Infracción de los apartados 1 , 2 y 7 del art. 217 de la LEC al producirse vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) infracción del art. 166 LC , por contradecir la jurisprudencia sobre el dolo o la culpa grave.

2º) Infracción del artículo 166 de la Ley Concursal , en relación con el art. 51 LSRL y la jurisprudencia que configura el derecho de información como un derecho y no como una obligación.

3º) Infracción del art. 166 LC en relación con el plazo de dos años referido en el art. 164.1 y 164.2.5º LC , «en oposición a los principios de legalidad y de seguridad jurídica amparados en el art. 9 de la Constitución Española ».

2. El procurador Alfonso Legorburu y Ortiz de Urbina, en representación de Florencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española en relación con el art. 216 y 217.3 de la LEC .

2º) Infracción de los arts. 29 , 30.1 , 27.1.2 de la LC , en relación con el art. 346 de la LEC .



3º) Infracción de los arts. 217.1.2 y 218.2 en relación con el art. 326.1 de la LEC y el art. 1225 del CC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 4 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 16/2007 de 4 de julio y Ley 47/2007 de 19 de diciembre, y nueva redacción del art. 42 del CCo .

2º) Infracción de los arts. 7.1 , 1269 , 1104 y 1902 del CC y art. 386 de la LEC en relación con el art. 218.2 de la LEC ».

3. Por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Bizkaia, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Florencia , representada por la procuradora Maria Pardillo Landeta; y Valentina y Imanol , representados por la procuradora Mónica Fente Delgado; y como parte recurrida la entidad Druckguss Ibérica SL, representada por el procurador José Luis Martín Jaureguibeitia.

5. Esta sala dictó auto de fecha 17 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Valentina y D. Imanol y admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Florencia , contra la sentencia dictada, con fecha 19 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4ª), en el rollo de apelación nº 474/2013 , dimanante de los autos de incidente concursal de oposición a la calificación del concurso nº 699/2012 del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Bilbao».

6. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Druckguss Ibérica SL, presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Druckguss Ibérica S.L. (en adelante, Druckguss) fue declarada en concurso de acreedores por Auto de 20 de diciembre de 2007. La solicitud de concurso voluntario era de principios del mes de diciembre.

Los balances correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007 recogían existencias por un importe de 1.820.000 euros, que no aparecían al momento de solicitarse el concurso de acreedores.

En el ejercicio 2007 se dieron de baja del inmovilizado inmaterial contratos de arrendamiento financiero por un valor de 1.360.000 euros, sin que se dieran de alta en el inmovilizado material los correspondientes bienes.

El 5 de marzo de 2007, Druckguss concedió un préstamo participativo de 5.733.375,46 euros a la sociedad Ibermanagent Transilvania, S.R.L. Esta sociedad estaba participada en un 100% por Baltzola Assertmanagent Internacional, S.L.

El 11 de abril de 2007, Druckguss concedió otro préstamo participativo de 1.755.222,75 euros a la sociedad Algiesserei Zubiatur, S.L.

En el periodo comprendido entre 2004 y 2007, Druckguss transfirió a las sociedades Ibermanagent Transilvania, S.R.L. y Turnatorie Ibérica, S.R.L. activos valorados en 11.964.777,67 euros.

Secundino es el administrador de la sociedad concursada Druckguss, y también de Algiesserei Zubiatur, S.L. (propietaria de Turnatorie Ibérica, S.R.L.).

Miguel Ángel , yerno de Secundino y esposo de Valentina , es administrador único de Baltzola Assertmanagent Internacional, S.L. y había sido director comercial de Druckguss con poder de representación, que finalizó el 12 de septiembre de 2006.



Dionisio , hijo de Secundino , había sido apoderado de Druckguss hasta el 5 de septiembre de 2007, y tenía participaciones que representaban el 33,33% del capital sociedad de esta compañía. También es director comercial de Algiesserei Zubiatur, S.L., de la que es titular del 33,33% del capital social.

Valentina , hija de Secundino , es socia constituyente de Algiesserei Zubiatur, S.L.

Imanol , hijo de Secundino , es socio constituyente de Baltzola Assertmanagent Internacional, S.L.

Florencia , esposa de Secundino , es socia constituyente de Baltzola Assertmanagent Internacional, S.L.

Valentina , Imanol y Florencia , apoderaron a Secundino para la constitución de aquellas sociedades.

**2.** La administración concursal de Druckguss solicitó la calificación culpable del concurso sobre la base de las siguientes causas o motivos: i) irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada ( art. 164.2.1º LC ); ii) Inexactitud grave de la documentación acompañada con la solicitud de concurso ( art. 164.2.2º LC ); iii) Alzamiento de bienes, enajenaciones fraudulentas y existencia de actos tendentes a simular situaciones patrimoniales ficticias ( art. 164.2.4º, 5º y 6º LC ); iv) Retraso en la solicitud del concurso ( art. 165.1º LC ); v) E incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal ( art. 165.2º LC ).

Pidió que se declararan personas afectadas por la calificación a Secundino , Dionisio y Miguel Ángel . Dos de ellos como administradores legales de la sociedad concursada, y el otro como administrador de hecho. Y cómplices a Valentina , Imanol y Florencia .

Finalmente, la administración concursal solicitó la inhabilitación por un periodo de 8 años de las personas afectadas por la calificación y la condena de estos y de los cómplices a indemnizar a la masa en 11.964.777,67 euros y el importe de la totalidad de los créditos contra la masa.

**3.** La sentencia de primera instancia calificó culpable el concurso por la concurrencia de una pluralidad de causas: haber generado la insolvencia de la sociedad con dolo o culpa grave ( art. 164.1 LC ); irregularidades contables relevantes ( art. 164.2.1º LC ); inexactitudes en la documentación presentada al concurso ( art. 164.2.2º LC ); enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes del concurso ( art. 164.2.5º LC ); incumplimiento del deber de instar el concurso ( art. 165.1º LC ) e incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal ( art. 165.2º LC ).

Declaró personas afectadas por la calificación a Secundino , Dionisio y Miguel Ángel ; y cómplices a Valentina , Imanol y Florencia .

Inhabilitó a las personas afectadas por la calificación ( Secundino , Dionisio y Miguel Ángel ) por un periodo de 8 años.

Declaró la pérdida de derechos en el concurso de las personas afectadas por la calificación ( Secundino , Dionisio y Miguel Ángel ) y de los cómplices ( Valentina , Imanol y Florencia ).

Y condenó a unos y otros, de forma solidaria, a pagar a la masa activa la suma de 11.964.777,67 euros, más los créditos contra la masa correspondientes a la extinción de los contratos de trabajo.

**4.** Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia confirmó la sentencia apelada salvo en un extremo: entendió que Dionisio no debía ser considerado persona afectada por la calificación, sino cómplice, y ajustó en este sentido los pronunciamientos de condena.

En lo que ahora interesa, conviene resaltar que la sentencia de apelación confirma la consideración de cómplices realizada por el juez del concurso, sobre la base del siguiente razonamiento:

«Obsérvese que el artº 166 Le.Co. utiliza incluso la expresión "cualquier acto", por lo que bastaría con tan solo uno para adquirir la condición de cómplice; y, en este caso, los actos son varios: desde ostentar la condición de apoderado de Druckguss, S.L hasta Septiembre de 2007 (caso de Dionisio ) hasta tener, según los casos, la condición de socios de la entidad en concurso, amén de socios constituyentes de las empresas creadas en Rumanía que recogieron los activos industriales de Druckguss, S.L, beneficiándose de ello; nada dijeron ni actuaron en contra de que así ocurriera, pese a la posibilidad legal que como socios tenían de convocar juntas de accionistas para oponerse a ese trasvase que, a la postre, determinó la insolvencia de la sociedad; el entramado familiar tan directo no les ayuda precisamente; la presunción más lógica es la de haber organizado entre todos el asunto, acompañando al paterfamilias Sr. Secundino un determinado objetivo; en definitiva, la declaración de ser cómplices debe de ser confirmada».

**5.** Frente a la sentencia de apelación, Valentina y Secundino formularon recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación; y Florencia también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



**SEGUNDO.** *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Valentina y Imanol ; y motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Florencia*

**1. Formulación de los motivos .** Analizamos conjuntamente ambos motivos porque sustancialmente se refieren a la misma infracción procesal.

El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Valentina y Imanol se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC , por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento que ha generado indefensión. Denuncia la infracción del art. 463.1 LEC , al haberse incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 225.3º LEC y en el art. 238.3º LOPJ , en relación con el art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se razona que en el enjuiciamiento no se ha tenido en cuenta el bloque núm. 2 de la documentación aportada con el informe de calificación de la administración concursal, que consistía en la pieza de medidas cautelares, porque no constaba unido a los autos remitidos a la Audiencia. En concreto, entre los muchos documentos que componían esa pieza y que no consta que hubieran sido remitidos a la Audiencia se encontraban las cuentas anuales auditadas de los ejercicios 2005 y 2006, y contratos bancarios en los que firmaba siempre, en nombre de Druckguss, Secundino , sin perjuicio de que aparecieran como avalistas su mujer ( Florencia ) o sus hijos, pero siempre representados por el Sr. Secundino en uso de los poderes que le habían conferido.

El motivo primero del recurso de Florencia se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o ha podido ocasionar indefensión. El motivo denuncia la infracción del art. 24 CE , en relación con los arts. 216 y 217.3 LEC .

En el desarrollo del motivo, la recurrente denuncia que la infracción se habría producido porque la Audiencia, en su enjuiciamiento, no tuvo en cuenta una documentación que había sido aportada con el informe de la administración concursal, que consistía en el pieza de medidas cautelares, porque no le fue remitida. Entre esa documentación se encontraba, además de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006, contratos bancarios en los que aparecían como avalistas los ahora recurrentes, quienes actuaban bajo la representación de Secundino , lo que debía acreditar la ciega confianza que tenían en él.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación de los motivos .** La infracción del art. 463 LEC se habría producido por no haberse remitido a la Audiencia los autos en su integridad, ya que faltaba un bloque documental, que después de que fuera requerido el juzgado por la Audiencia para que lo completara, tampoco lo fue totalmente. Y el art. 216 LEC se habría infringido porque la cuestión controvertida habría sido resuelta por el tribunal de apelación sin tener en cuenta todas las pruebas practicadas.

Como hemos recordado en otras ocasiones ( sentencias 860/2009, de 15 de enero de 2010 , y 326/2012, de 30 de mayo ), el art. 24 CE , en la medida en que reconoce el derecho a un proceso debido, protege el de las partes a utilizar los medios de prueba que les permitan demostrar los hechos en que apoyan sus pretensiones. Pero no toda irregularidad u omisión en materia de prueba (...), es susceptible de causar por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Sería necesario acreditar que la prueba denegada -o en nuestro caso los documentos no remitidos a la Audiencia que conocía de la apelación-, era decisiva, pues de haberse practicado la resolución final del proceso hubiera variado a favor de quien denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE .

De tal modo que la infracción procesal que podría suponer no haber adjuntado con el informe de la administración concursal toda la documentación aportada, no provoca en todo caso la nulidad de actuaciones y, ahora la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, sino que además es necesario que se justifique la relevancia de tal documentación: que de haberse tenido en cuenta por la Audiencia hubiera estimado el recurso. Y esto último es lo que no ha ocurrido.

Los recursos cuando concretan qué documentos no fueron aportados y cuya ausencia provocó indefensión, se refieren a un hecho que en sí mismo no ha sido contradicho por la sentencia de apelación, que lo presupone. Este hecho es que las actuaciones, tanto de Valentina y Imanol , como de su madre, Florencia , en la actividad empresarial relacionada con la concursada fueron realizadas de *facto* por Secundino , mediante un poder que tenía de aquellos.

Si a pesar de este hecho, que sería el que los recurrentes afirman que se acreditaba con los documentos que no se remitieron a la Audiencia, la sentencia de apelación atribuyó a Valentina , Imanol y Florencia la condición de cómplices, sería debido a una valoración jurídica respecto de la que no se está de acuerdo, y que en su caso debería impugnarse, como se ha hecho, a través del recurso de casación.



**TERCERO.** Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal de Valentina y Imanol

1. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , y denuncia la infracción del art. 386.1º LEC , al haberse producido en el proceso civil una vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se aclara que la infracción del art. 387.1º LEC , que regula la prueba de presunciones judiciales, se habría cometido por «la operación deductiva que realiza la sala para llegar a la conclusión de incardinar a mis representados como cómplices en la sentencia de calificación».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . Entre los medios de prueba admitidos en la Ley, se encuentra la presunción judicial regulada en el art. 387 LEC . Este precepto regula cómo el tribunal, a partir de unos hechos admitidos o probados, puede «presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

El posible control de la presunción judicial mediante un recurso extraordinario por infracción procesal se reduce a si «el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados» ( sentencias 471/2008, 27 de mayo de 2008 y 192/2015, de 8 de abril ). Sin perder de vista que esta prueba «no requiere de la existencia de un resultado único, sino que es posible admitir diversos resultados lógicos de unos mismos hechos base, pues de no ser así no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los " *facta concludentia*" » ( sentencia 192/2015, de 8 de abril ). En este contexto la revisión en el recurso extraordinario por infracción procesal se ciñe a «la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles ( sentencias 686/2014, de 25 de noviembre y 192/2015, de 8 de abril ).

El hecho que la Audiencia declara probado por medio de la presunción judicial es que los recurrentes colaboraron con el Sr. Secundino en la organización del traspaso de los activos de la sociedad concursada a las dos sociedades rumanas. Los hechos acreditados a partir de los cuales parte la Audiencia para realizar esta presunción judicial son: los recurrentes eran socios de la concursada y no se opusieron a la transferencia de activos; eran además socios constituyentes de las sociedades que controlan como socia única las sociedades rumanas destinatarias de los activos transferidos por la concursada; se beneficiaban, por ello, de la transferencia de activos; y la relación familiar que existe entre los recurrentes y las personas afectadas por la calificación.

A partir de estas premisas no es contrario a la lógica concluir el hecho objeto de presunción judicial: que los recurrentes, la esposa y dos hijos del administrador de la concursada, cooperaron con él, junto con el otro hijo ( Dionisio ) y el yerno de dicho administrador, en la operación de traspaso de los activos de la concursada a aquellas sociedades constituidas en Rumanía. Si a la relación familiar que existe entre todos ellos, unimos que los declarados cómplices, ahora recurrentes, además de ser socios de la concursada habían concurrido en la constitución de las sociedades que a su vez controlaban las sociedades rumanas a las que fueron a parar los activos, siendo todas estas sociedades familiares, en cuanto que los socios eran los miembros de esta familia, y que a la postre el traspaso de los activos beneficiaba a los recurrentes, lo ocurrido no sólo no pudo pasarles inadvertido, sino que se hizo con su aquiescencia.

La circunstancia de que no tuvieran una participación activa en la gestión de las compañías y que hubieran apoderado a Secundino (padre y esposo de los recurrentes) para que pudiera obligarles y también disponer de los derechos que les confería la titularidad de sus participaciones sociales de este entramado societario no les exime de responsabilidad, es compatible con la conclusión alcanzada por la Audiencia de que el traspaso de activos de la concursada a las sociedades rumanas, además de que les beneficiaba, se hizo con su aquiescencia, que es una forma de colaboración.

En consecuencia, procede desestimar el motivo.

**CUARTO.** Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal de Valentina y Imanol

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , y se funda en la «infracción de los apartados 1 , 2 y 7 del art. 217 LEC , sobre carga de la prueba, al haberse producido en el proceso civil vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.



**2. Desestimación del motivo tercero** . En este caso, la sentencia recurrida no ha podido vulnerar estas reglas, porque no acudió a ellas para declarar acreditado ningún hecho. Como hemos afirmado en otras ocasiones ( sentencias 333/2012, de 18 de mayo , y 472/2015, de 10 de septiembre ):

«las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria».

**QUINTO.** Motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal de Florencia

**1. Formulación de los motivos segundo y tercero** . Ambos motivos impugnan la admisión de uno de los medios de prueba empleados por la administración concursal, y sobre el que se apoyan los tribunales de instancia para concluir que hubo un traspaso de activos de la concursada a otras dos sociedades constituidas en Rumanía, el informe del experto independiente. Por la estrecha relación que guardan entre si los dos motivos, serán resueltos conjuntamente.

El *motivo segundo* se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido ocasionar indefensión. El motivo denuncia la infracción de los arts. 29 , 30.1 , 27.1.2 de la Ley Concursal , en relación con el art. 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el desarrollo del motivo se denuncia que el informe del experto independiente no cumple con las exigencias legales derivadas de la aplicación a ellos del régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales ( art. 83.2 LC ). El informe del experto independiente, que aparece suscrito por la entidad ASEPER Gestión del Riesgo y el Siniestro, y en concreto por el ingeniero industrial Esteban , se denuncia que no está firmado y que, pese a usar el plural en muchas de sus valoraciones, no mencionan las otras personas que pudieron intervenir. También denuncia que el perito deja de ser independiente, si su informe, en vez de aportarse al juzgado, es entregado directamente a la administración concursal.

El *motivo tercero* se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC , y se funda en la infracción de los arts. 217.1.2 y 218.2, en relación con el art. 326.1 LEC , y el art. 1255 CC .

En el desarrollo del motivo se denuncia que el informe del experto independiente no reúne los requisitos propios de un informe pericial y, si se trata de un documento privado, debería haber acreditado «la certeza de las opiniones técnicas vertidas por diferentes personas en un documento aportado precisamente por la demandante».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación de los motivos segundo y tercero** . Los dos motivos, que persiguen dejar sin efecto la prueba del informe del experto independiente que dejaba constancia del traspaso de activos de la concursada a dos sociedades constituidas en Rumanía, se acogen a supuestas irregularidades formales que no lo son o carecen de relevancia.

En primer lugar, no constituye ninguna irregularidad que la administración concursal hubiera recabado un informe de un experto independiente para constatar el traspaso de activos de una sociedad a otras, y que dicho informe hubiera sido entregado por dicho experto a la administración concursal, quien lo adjuntó a su informe, para acreditar alguna de las aseveraciones que se hacían en este último. Ya se tome como referencia el régimen previsto para los informes de expertos que complementan el informe que la administración concursal debe aportar junto con la propuesta de inventario y de la lista de acreedores ( art. 83 LC ), ya el general de la prueba pericial en el proceso civil ( art. 336 LEC ), el informe puede ser recabado por la instante del procedimiento y aportarlo con su escrito de demanda, en este caso con el escrito de la administración concursal que cumple la misma función en la calificación concursal ( art. 169 LC ).

Al margen del uso retórico de la primera persona del plural cuando es una sola la que suscribe el informe y de si en su confección han podido colaborar otras personas del despacho del ingeniero que lo suscribe, lo verdaderamente relevante es que la autoría del informe es asumida por dicho ingeniero, cuyo nombre y número de colegiación aparecen de forma clara, debajo del nombre comercial de la entidad en la que trabaja. El sello y la rúbrica deben considerarse suficientes, y en todo caso si se dudaba de la autoría o se cuestionaba la concurrencia de alguna causa de recusación, debía haberse formulado en su momento y por el cauce legal correspondiente.

La admisión de este documento que contiene valoraciones de un experto independiente no conculca ninguna norma legal que impida pudiera ser aportado al proceso y valorado por las partes y el tribunal, sin



perjuicio de que lo manifestado en él también podría haber sido contradicho por los recurrentes mediante la correspondiente prueba pericial.

**SEXTO.** *Motivo primero del recurso de casación de Valentina y Imanol y motivo segundo del recurso de casación de Florencia*

**1. Formulación de los motivos .** El *motivo primero de casación de Valentina y Imanol* denuncia la infracción del art. 166 LC , por contradecir la jurisprudencia sobre el dolo o la culpa grave, que conforme a dicho precepto debe concurrir para que alguien pueda ser calificado de cómplice de un concurso culpable.

El motivo segundo de casación de Florencia se funda en la infracción de los arts. 7.1 , 1269 , 1104 , 1902 CC , y el art. 386 LEC , en relación con el art. 218.2 LEC . Excluidos los aspectos procesales, que no pueden ser objeto de casación, impugna la valoración jurídica realizada por la Audiencia respecto de la conducta de los recurrentes en relación con los hechos que merecieron la calificación culpable del concurso, tal y como se prevé en el art. 166 LC .

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación de los motivos .** La previsión del art. 166 LC presupone la declaración de concurso culpable fundado en una o varias causas legales y la declaración de las correspondientes personas afectadas por la calificación, en el caso de concurso de una persona jurídica. Sobre la base de este presupuesto, alguien puede ser considerado cómplice cuando, con dolo o culpa grave, hubiera cooperado «a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

Como declaramos en la sentencia 5/2016, de 27 de enero :

«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».

Es por ello por lo que, en esa misma sentencia afirmamos:

«La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC -"cualquier acto"- (...), 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, *conscius fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable».

Precisamente esto último es lo que denuncian los recurrentes que no se cumple en este caso: los actos imputados a los recurrentes no son suficientes como considerar que hubieran cooperado a la realización de las conductas que merecieron la calificación culpable y respecto de las que se la sentencia entiende la complicidad.

**3.** Conviene precisar que, a la vista de la fundamentación jurídica de la sentencia de apelación, la única conducta que mereció la calificación culpable a la que se refiere la cooperación de los recurrentes es la enajenación fraudulenta de activos de la concursada a las sociedades constituidas en Rumania, (Ibermanagent Transilvania, S.R.L. y Turnatorie Ibérica, S.R.L.), valorados en 11.964.777,67 euros.

La Audiencia, a partir de unos hechos acreditados de forma directa (los recurrentes eran socios de la concursada y no se opusieron al traspaso de activos; además eran socios que constituyeron alguna de las dos sociedades propietarias de las sociedades rumanas a las que fueron a parar los activos; obtenían un beneficio indirecto con el traspaso de los activos; y la relación de parentesco entre las personas afectadas por la calificación y los cómplices), mediante una presunción judicial concluye que los recurrentes colaboraron en la operación de traspaso de activos de la concursada a las sociedades rumanas. Esta presunción ya hemos visto que no es contraria a las reglas de la lógica, máxime cuando la colaboración o cooperación que permite



considerarlos cómplices puede consistir en que se hayan realizado aquellos traspasos patrimoniales con su aquiescencia y en beneficio también de ellos.

Vistos así los hechos, se muestra con claridad que los tres recurrentes aunque no intervinieran de forma activa, no por ello dejaron de cooperar, conscientemente, en la medida en que eran socios de la concursada y habían participado en la constitución de alguna de las dos sociedades a las que indirectamente fueron a parar los activos. De este modo, junto al elemento objetivo, de la cooperación en el traspaso de los activos, concurre también el elemento subjetivo, pues cabe hablar *conscius fraudis* o connivencia con el concursado en esta conducta que ha merecido la calificación culpable.

**SÉPTIMO.** Motivo segundo del recurso de casación de Valentina y Imanol

**1. Formulación del motivo .** El motivo denuncia la infracción del artículo 166 de la Ley Concursal , en relación con el art. 51 LSRL y la jurisprudencia que configura el derecho de información como un derecho y no como una obligación.

En el desarrollo del motivo se afirma:

«(La) cuestión jurídica planteada es la de determinar si pueden ser considerados cómplices los socios que no ejercitan sus derechos de información frente a la sociedad ni se preocupan de su gestión social sin solicitar tampoco convocatorias de juntas generales. Es decir si por omisión en el ejercicio de sus derechos puede serle derivadas responsabilidad en sede concursal en concepto de cómplices».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** El motivo se desestima porque presupone que los recurrentes han sido declarados cómplices porque incumplieron un supuesto deber de recabar información y otro de convocatoria de junta de socios, cuando no es así.

La sentencia recurrida basa la consideración de cómplices en que, como hemos expuesto, los recurrentes colaboraron con su aquiescencia en el traspaso de los activos de la sociedad concursada a las otras constituidas en Rumania, y se llega a esa conclusión a la vista de una serie de indicios ya analizados.

Aunque la sentencia, entre los indicios reseñados, deja constancia de que, por las circunstancias concurrentes, no pudieron dejar de conocer este traspaso y no se opusieron, ello no significa que la consideración de cómplices se base en no haber convocado la junta o no haber recabado más información. Razón por la que no ha habido infracción del art. 51 LSRL , que regulaba el derecho de información de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada.

**OCTAVO.** Motivo tercero del recurso de casación de Valentina y Imanol

**1. Formulación del motivo .** El motivo denuncia la infracción del art. 166 LC en relación con el plazo de dos años referido en el art. 164.1 y 164.2.5º LC , «en oposición a los principios de legalidad y de seguridad jurídica amparados en el art. 9 de la Constitución Española ».

En el desarrollo del motivo se argumenta que si la responsabilidad de las personas afectadas por la calificación está limitada a los actos realizados con dolo o culpa grave durante los dos años anteriores a la declaración de concurso que no hayan generado o agravado la insolvencia, no deberían aplicarse plazos más amplios a los cómplices.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** En principio, los cómplices lo son respecto de alguna o algunas conductas que hubieran merecido la calificación de concurso culpable. Cada una de estas conductas requiere que se especifique quiénes son las personas afectadas por la calificación ( art. 172.2.1º LC ).

En relación con las personas afectadas por la calificación, existe en la actualidad una discordancia entre el art. 172.2.1º LC que regula este pronunciamiento de la sentencia de calificación, subsiguiente al de la calificación culpable del concurso, y lo previsto en el art. 164.1 LC que regula el tipo básico de la calificación culpable. Pero esta discordancia no afecta al presente caso.

En primer lugar exponemos la discordancia y luego por qué no afecta a este caso.

En la actualidad, el art. 172.2.1º LC al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una



limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable (...). Esto es, salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso ( art. 164.2.5º LC ), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios ( art. 165.3º LC ), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Esta disparidad entre la limitación temporal de quien hubiera tenido la condición de administrador o liquidador, de derecho o de hecho, o de apoderado general, pero no la tenga al tiempo de la declaración de concurso, y la ausencia de una limitación temporal para la conducta merecedora de la calificación culpable, puede provocar un trato discriminatorio, cuando lo que se juzga son actuaciones realizadas fuera del periodo de los dos años anteriores a la declaración.

Sobre este problema, el recurso plantea otro: que pudiera ser condenado alguien como cómplice de una actuación respecto de la que se habría podido calificar culpable el concurso sin atribuir a nadie la condición de persona afectada por la calificación.

Este último problema no se suscita en nuestro caso, porque las personas afectadas por la calificación, que son los administradores de la sociedad, lo habían sido dentro de los dos años precedentes a la declaración de concurso, por lo que no operaba el límite del art. 172.2.1º LC . Y, en cualquier caso, no se ha combatido esta declaración de personas afectadas por la calificación y, por ello, ha resultado firme. De tal forma que debemos partir de ella.

El problema se podría haber planteado en otros términos, los derivados de la propia limitación temporal establecida en el tipo legal que sirvió para la calificación concursal, enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso ( art. 164.2.5º LC ).

Conviene advertir que la limitación de que los administradores, liquidadores o apoderados generales a quienes se pretende declarar personas afectadas por la calificación, conforme al art. 172.2.1º LC , afecta a esta declaración pero no supone que, con carácter general, sólo se pueda calificar culpable el concurso por actuaciones realizadas dos años antes de la declaración de concurso. Las únicas limitaciones temporales son las previstas en el art. 164.2.5º LC y en el art. 165.5º LC .

En este caso, sí que habría limitación temporal, pero no puede ser tenida en cuenta por varias razones: la primera, porque el traspaso patrimonial se hizo principalmente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; la segunda, porque debería haberse impugnado la declaración de concurso culpable por esa causa, y no lo ha sido; y la tercera, porque, partiendo de lo anterior, en este caso la sentencia de apelación confirma la consideración de personas afectadas por la calificación a dos administradores que lo habían sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y por supuesto cuando se realizaron los traspasos patrimoniales.

**NOVENO.** Motivo primero del recurso de casación de Florencia

**1. Formulación del motivo .** El motivo se funda en la infracción del art. 4 LMV, en su redacción anterior a la Ley 16/2007, de 4 de julio, y a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y la actual redacción del art. 42 Ccom .

En el desarrollo del motivo se advierte que la sentencia de apelación parte de un concepto erróneo de grupo para negar que en este caso concurriera:

«Por otra parte, es esencial resaltar que no existe un grupo de empresas, contemplado en el artº 42 del Código de Comercio , en el que Druckguss Ibérica, S.L. se constituya como sociedad dominante en relación a las empresas constituidas en Rumanía y las sociedades patrimoniales propietarias de éstas, como para justificar el trasvase de elementos a costa de la primera; el grupo de empresas, a los efectos del precepto antedicho, puede estar conformado por dicha sociedades patrimoniales, Baltzola y Algeseerei y por sus participadas Ibermanagement y Turnatoire, creadas totalmente al margen de la sociedad en concurso como se deriva del hecho, que ya se ha apuntado, de que ésta carece de toda participación societaria en aquéllas, aunque coincidan en algunos casos en las personas de sus accionistas y/o administradores».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** Procede desestimar el motivo porque la eventual calificación de grupo de sociedades no hubiera justificado por sí el traspaso patrimonial realizado. Seguirían considerándose enajenaciones fraudulentas, porque fueron realizadas para distraer esos activos de la responsabilidad de las deudas de la concursada, defraudando los legítimos derechos de sus acreedores, quienes se vieron privados,



sin causa que lo justificara, de activos con los que satisfacer sus créditos. Esto es lo verdaderamente relevante, al margen de si entre la transmitente y la adquirente podía existir o no relación de grupo de sociedades.

#### **DÉCIMO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación de Valentina y Imanol , procede imponerles las costas de ambos recursos ( art. 398.1 LEC ).

2. Desestimados el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación de Florencia , procede imponerle las costas generadas por los dos recursos ( art. 398.1 LEC ).

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 Valentina y Imanol frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de febrero de 2014 (rollo 474/2013 ), con imposición de las costas a los recurrentes. 2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto Valentina y Imanol frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de febrero de 2014 (rollo 474/2013 ), con imposición de las costas a los recurrentes. 3.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto Florencia frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de febrero de 2014 (rollo 474/2013 ), con imposición de las costas a los recurrentes. 4.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Florencia frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de febrero de 2014 (rollo 474/2013 ), con imposición de las costas a los recurrentes. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.