



Roj: **STS 3796/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3796**

Id Cendoj: **28079110012017100553**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/2017**

Nº de Recurso: **604/2015**

Nº de Resolución: **583/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2717/2014,**  
**STS 3796/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 27 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por: D. Jose Augusto , representado por el procurador D. Manuel Álvarez-Buylla y Ballesteros, bajo la dirección letrada de D. Fernando Díaz García; D. Apolonio , representado por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo y ejercitando su propia defensa; la administración concursal de Laboratorios Diasa Pharma S.A., representada por el procurador D. Ignacio de Noriega Arquer bajo la dirección letrada de D. Luis Antonio ; D. Romualdo y D.ª Marta , representados por el procurador D. Antonio Piña Ramírez, bajo la dirección letrada de D. Alfonso L. Graíño; y por Sadim Inversiones S.A., representada por el procurador D. Nicolás Álvarez Real y bajo la dirección letrada de D. Eutimio Martínez Suárez contra la sentencia núm. 291/2014, de 10 de noviembre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 334/2013 , dimanante de los autos de incidente concursal de calificación del concurso núm. 208/2009, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo. Han sido parte recurridas Agencia Estatal de la Administración Tributaria, AYS Montajes SL, Hidrocantábrico Energía SA., y el Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**1.-** La administración concursal de Laboratorios Diasa Pharma S.A. presentó informe de calificación del concurso como culpable y conferido traslado al Ministerio Fiscal éste emitió informe en el mismo sentido.

**2.-** Por resolución de fecha 23 de mayo de 2012, se confirió audiencia al deudor y se emplazó a D. Romualdo , D. Apolonio , D. Jose Augusto y Sadim Inversiones S.A., como afectados por la calificación y como cómplice a D.ª Marta .

**3.-** Formulada oposición y tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Calificar como culpable el concurso de la entidad LABORATORIOS DIASA PHARMA, S.A., con los efectos siguientes:

1. Declarar personas afectadas por la calificación a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y SADIM INVERSIONES, S.A. Se declara como cómplice a Marta .



2. Declarar la inhabilitación de a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y SADIM INVERSIONES, S.A. para administrar los bienes ajenos durante un período respectivo de 10 años para primero, de 5 años para el segundo y tercero y 2 años para la cuarta, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período;
3. Condenar solidariamente a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y SADIM INVERSIONES, S.A. al abono del 100% de la cantidad, que una vez concluida la fase de liquidación, resulta impagada a los acreedores de la masa y concursales.
4. Se condena a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y SADIM INVERSIONES, S.A. a la pérdida de cualquier derecho que, como acreedores concursales o contra la masa, pudieran tener frente a la concursada.
5. Se condena a Romualdo a abonar a la masa del concurso en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 843.241,64 euros.

»No procede condena en costas.

»Líbrese mandamiento al Registro Mercantil de Asturias para la inscripción de la sanción de inhabilitación».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Sadim Inversiones S.A., D. Apolonio , D. Jose Augusto , D.ª Marta y D. Romualdo .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 334/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«Que desestimando los recursos de apelación de Don Apolonio , Don Jose Augusto y Doña Marta , y estimando parcialmente los recursos de Don Romualdo y de "Sadim Inversiones, S.A.", contra la Sentencia de fecha 31 enero 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo , debemos acordar y acordamos REVOCARLA en el extremo de limitar la condena de "Sadim Inversiones, S.A." a responder solidariamente de la suma de 420.774 euros de la cantidad que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores concursales y contra la masa; así como en el de absolver a Don Romualdo de la condena a abonar a la masa del concurso la suma de 843.241,64 euros. Se mantienen el resto de pronunciamientos. En cuanto a las costas causadas en esta alzada deberá estarse a lo dispuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución».

3.- Una de las partes recurrentes, Sr. Apolonio , solicitó la aclaración de dicha sentencia, que fue denegada mediante auto por la Audiencia Provincial.

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

1.- La procuradora D.ª Patricia Gota Brey, en representación de D. Romualdo y D.ª Marta , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4º de la LCE, vulneración derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello, vulneración del art. 24 de la Constitución [...].

»Segundo.- Igual al anterior en relación con la contabilización de registros de medicamentos y costes de personal.

»Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la LEC , por infracción del art. 217 en relación con el art. 218.2 de la citada ley procesal , por cuanto que la Sentencia de la Audiencia aplica indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria no solo porque hace recaer indebidamente sobre todos los afectados por la calificación la consecuencia de la falta de prueba de un hecho que luego valoran como causa de culpabilidad, sino también porque no se daba el presupuesto para su aplicación, amén de la infracción concreta del artículo 218.2 LEC al no haberse resuelto este extremo sobre la base de la valoración de las pruebas practicadas, incurriendo en una absoluta falta de lógica y racionalidad en su conclusión. Concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la estimación de este motivo de recurso, al amparo de sentencias que citamos (T.S de 26 de septiembre de 2008 , 12 de junio de 2007 citadas por la reciente de 15 de octubre de 2014 ; existencia de un hecho precisado de prueba y controvertido; que el hecho sea necesario para



resolver una cuestión litigiosa; que se declare no probado; y que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba.

»Tercero bis.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la LEC , vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y suponga, por ello, vulneración del artículo 24 de la Constitución [...].

»Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la LEC , por infracción del art. 217 en relación con el art. 218.2 de la citada ley procesal , por cuanto que la Sentencia de la Audiencia aplica indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria no solo porque hace recaer indebidamente sobre todos los afectados por la calificación la consecuencia de la falta de prueba de un hecho que luego valoran como causa de culpabilidad, sino también porque no se daba el presupuesto para su aplicación, amén de la infracción concreta del artículo 218.2 LEC al no haberse resuelto este extremo sobre la base de la valoración de las pruebas practicadas, incurriendo en una absoluta falta de lógica y racionalidad en su conclusión. Concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la estimación de este motivo de recurso, al amparo de sentencias que citamos (T.S de 26 de septiembre de 2008 , 12 de junio de 2007 citadas por la reciente de 15 de octubre de 2014 ; existencia de un hecho precisado de prueba y controvertido; que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; que se declare no probado; y que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba.

»Cuarto bis.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la LEC , vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y suponga, por ello, vulneración del artículo 24 de la Constitución [...].

»Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la LEC , vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y suponga, por ello, vulneración del artículo 24 de la Constitución [...].

»Sexto.- Igual que el anterior.

»Séptimo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del art. 218.1 de la misma ley , por cuanto que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en incongruencia por exceso, cuando al analizar sobre la condena a las personas afectadas por la declaración de culpabilidad del concurso a la cobertura del déficit concursal con base en el art. 172.2.3º de la Ley Concursal , lo hace apartándose de la causa de pedir invocada por la parte demandante, que era la gravedad y participación de los afectados en las conductas imputadas de irregularidades contables relevantes, resuelve que la condena al pago del 100% del déficit procede porque las irregularidades contables "impiden el poder conocer con la necesaria certeza las causas a las que no pudo obedecer su insolvencia y la generación de un déficit que estimativamente aparece valorado en 18.000.000 euros"

»Séptimo bis.- Igual al motivo quinto».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- De conformidad con el artículo 477.1 LEC , el recurso de casación se funda en la infracción del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo desarrolla en Sentencias de 16 de enero de 2012 y 6 de octubre de 2011 , de donde resulta que para la concurrencia de la causa de culpabilidad prevista en el ordinal primero del párrafo segundo del art. 164 de la Ley Concursal es preciso la existencia de incumplimientos de las obligaciones contables de la concursada siempre que, además, sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de aquélla.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 165.1 de la Ley Concursal , en relación con el art. 5 de la misma ley por cuanto que no concurre la causa de culpabilidad de haber incumplido el deber de solicitar el concurso, de conformidad con lo establecido en Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta contenida en Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004 ,



19 de julio de 2012 , 21 de mayo de 2012 , 26 de abril de 2012 , entre otras, la cual se infringe por la Sentencia recurrida.

»Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172.2.1º de la Ley Concursal , por cuanto que no se pueden imputar ni reprochar a la Sra. Marta las eventuales irregularidades contables o el retraso en la solicitud de concurso, por lo que no se le puede considerar como cómplice por la calificación [...].

»Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 172 bis de la Ley Concursal (no hay Jurisprudencia que lo interpreta respecto de la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo).

»Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 173.3 de la Ley Concursal en su redacción vigente en el momento de los hechos, y la Jurisprudencia que lo interpreta, en sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 , 26 de octubre de 2011 , y 27 de febrero de 2006 , que establecen la posible revisión en casación de la cuantía indemnizatoria [...].».

**2.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Myriam Suárez Granda, en representación de Sadim Inversiones S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

»Primero.- Infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , existencia de incongruencia, al haberse admitido la alteración de la causa de pedir de la Administración Concursal.

»Segundo.- Infracción del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución .

»Tercero.- Infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia omisiva.

»Cuarto.- Infracción del artículo 24 de la Constitución por valoración absurda, arbitraria e ilógica de la prueba en lo que se refiere al ámbito objetivo de la responsabilidad concursal de "Sadim Inversiones, S.A."»

Los motivos del recurso de casación fueron:

»Primero.- Infracción de los artículos 164.1 y 172 de la Ley Concursal y su interpretación jurisprudencial, por calificación de hechos del periodo de dos daños.

»Segundo.- Infracción del artículo 164.2.1 de la Ley Concursal y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta: no hay irregularidades contables relevantes.

»Tercero.- Infracción del art. 172.2.1 de la Ley Concursal y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en relación con los artículos 198 y 248 de la Ley de Sociedades de Capital y la doctrina jurisprudencial que los interpretan.

»Cuarto.- Infracción del artículo 172.2.2º de la Ley Concursal y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

»Quinto.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 165.1 de la Ley Concursal en relación con el artículo 164.1 del mismo texto legal .

»Sexto.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad concursal sobre la responsabilidad concursal de los administradores sociales ( artículo 172.3 de la Ley Concursal ).

»Séptimo.- Aplicación de una norma que no lleva en vigor más de cinco años, artículo 172 bis de la Ley Concursal en redacción dada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, en vigor desde el 9 de marzo de 2014#».

**3.-** El procurador D. Roberto Muñoz Solís, en representación de D. Apolonio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

»Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello, vulneración del art. 24 de la Constitución . [...].

»Segundo.- Igual al anterior.



»Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 217 en relación con el art. 218.2 de la citada ley procesal , por cuanto que la Sentencia de la Audiencia aplica indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria no sólo porque hace recaer indebidamente sobre su representado (en realidad sobre todos los demandados) la consecuencia de la falta de prueba de un hecho que luego valora como causa de culpabilidad, sino también porque no se daba el presupuesto para su aplicación[...]

»Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del art. 218.2 de la misma ley procesal .

»Quinto.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan por ello, vulneración del art. 24 de la Constitución . [...].

»Sexto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 217, por cuanto que la Sentencia de la Audiencia aplica indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria porque hace recaer indebidamente sobre esta parte (en realidad sobre todos los demandados) la consecuencia de la falta de prueba de un hecho que luego valora como causa de culpabilidad, sino también porque no se daba el presupuesto para su aplicación, pues lo cierto e indiscutido es que hay prueba que refuta la alegación de la Administración concursal sobre este hecho.

»Séptimo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello vulneración del artículo 24 de la Constitución . [...].

»Octavo.- Igual al anterior.

»Noveno.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de donde resulta además la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello vulneración del artículo 24 de la Constitución . [...].

»Décimo.- Igual al anterior.

»Undécimo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del art. 218.1 de la misma ley , por cuanto que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en incongruencia por exceso, cuanto al tratar sobre la condena a las personas afectadas por la declaración de culpabilidad del concurso a la cobertura del déficit concursal con base en el art. 172 bis de la Ley Concursal , lo hace apartándose de la causa de pedir invocada por la parte demandante, que era la gravedad y participación de los afectados en las conductas imputadas de irregularidades contables relevantes, resuelve que la condena al pago del 100% del déficit procede porque las irregularidades contables "impiden el poder conocer con la necesaria certeza las causas a las que no pudo obedecer su insolvencia y la generación de un déficit que estimativamente aparece valorado en 18.000.000 euros".

»Duodécimo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de donde resulta además la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello vulneración del artículo 24 de la Constitución . [...].».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 164.2.1º de la Ley Concursal y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta.





- »Segundo.- Igual al anterior, en relación con la activación de los gastos de personal para la contabilización de los registros farmacéuticos.
  - »Tercero.- Igual al anterior en relación con el ingreso extraordinario por la adquisición de IFE.
  - »Cuarto.- Igual al anterior en relación con la contabilización como activo del ingreso de 99.106,32 euros de Quiraus.
  - »Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 165.1 de la Ley Concursal , en relación con el art, 5 de la misma.
  - »Sexto.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172.2.1º de la Ley Concursal .
  - »Séptimo.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 172 bis dela Ley Concursal .
  - »Octavo.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal aplicable en el momento de los hechos y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpretó.
  - »Noveno.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 173.3 de la Ley Concursal en su redacción vigente en el momento de los hechos, y la Jurisprudencia que lo interpreta».
- 4.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Marta García Sánchez, en representación de D. Jose Augusto , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

- »Primero.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia de instancia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia, de modo que no superan el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente y supongan, por ello, vulneración del art. 24 de la Constitución .
- »Segundo.- Igual al anterior en relación con la contabilización de registros de medicamentos y costes personal.
- »Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 217 en relación con el art. 218.2 de la citada ley procesal .
- »Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del art. 218.2 de la misma ley procesal .
- »Quinto.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , impugnación de la valoración de la prueba en relación con el ingreso de Quiraus por importe de 99.106,32 euros.
- »Sexto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 217; no puede recaer sobre la parte demandada la carga de la prueba de una alegación realizada por la AC.
- »Séptimo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución ; impugnación de la valoración de la prueba en relación con la adquisición de IFE.
- »Octavo.- Igual al anterior, en relación a la demora en la presentación de la solicitud de concurso.
- »Noveno.- Al amparo de art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de donde resulta además la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución .
- »Décimo.- Igual al anterior, en relación con la impugnación de la valoración de la prueba en los que a la iniciativa de las irregularidades contables partió de los demás miembros del consejo de administración, excluyendo a Sadim.
- »Decimoprimer.- Al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del art. 218.1 de la misma ley , por cuanto que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en incongruencia por exceso con base en el art. 172 bis de la Ley Concursal .
- »Decimosegundo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución , en relación con la condena

a los afectados a cubrir el 100% del déficit concursal sobre que las irregularidades contables no permiten conocer las causas de la insolvencia».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 164.2.1º de la Ley Concursal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta contenida en Ss. de 16 de enero de 2012 y 6 de octubre de 2011, de donde resulta que para la concurrencia de la causa de culpabilidad prevista en el ordinal primero del párrafo segundo del art. 164 de la Ley Concursal el preciso la existencia de incumplimientos de las obligaciones contables de la concursada siempre que, además, sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de aquella.

»Segundo.- Igual al anterior en relación con la activación de los gastos de personal para la contabilización de los registros farmacéuticos.

»Tercero.- Igual al anterior en relación con el ingreso extraordinario por la adquisición de IFE.

»Cuarto.- Igual al anterior en relación con la contabilización como activo del ingreso de 99.106,32 euros de Quiraus.

»Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 165.1 de la Ley Concursal , en relación con el art. 5 de la misma ley .

»Sexto.- Al amparo del art.477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172.2.1º de la Ley Concursal .

»Séptimo.- Al amparo del art.477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172 bis de la Ley Concursal .

»Octavo.- Al amparo del art.477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal .

»Noveno.- Al amparo del art.477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 173.3 de la Ley Concursal .»

**5.-** D. Héctor , D. Patricio y D. Luis Antonio , administradores concursales de Laboratorios Diasa Pharma, S.A., interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de L.E.C ., por vulneración del art. 24.1 de la Constitución , en cuanto al error patente padecido por la sentencia en la apreciación de los extremos relevantes del debate y en la valoración de la prueba que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.

»Segundo.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la L.E.C ., por infracción del art. 218 de la L.E.C . relativo a las normas procesales de la sentencia, incurriendo en incongruencia interna que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.

»Tercero.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la L.E.C ., por infracción del art. 218 de la L.E.C . relativos a las normas procesales de la sentencia dada la falta de motivación en la que incurre que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.

»Cuarto.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la L.E.C ., por infracción del art. 218.2 de la L.E.C . relativos a las normas procesales de la sentencia , que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria, no conjunta y antijurídica valoración probatoria.

»Quinto.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la L.E.C ., por infracción del art. 326.1 de la LEC , sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 164.2.1 º y 172 bis L.C . referente a la responsabilidad de los administradores en los supuestos en que se califique el concurso como culpable.

»Segundo.- Interés casacional por entender que se da error por indebida aplicación de la doctrina del T.S sobre la responsabilidad concursal».

**6.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las



partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir (i) el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación de la administración concursal; (ii) los motivos tercero, sexto y séptimo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sadim Inversiones SA; (iii) el recurso de casación y de los motivos primero a octavo, décimo y decimoprimeros del extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Jose Augusto ; (iv) el recurso de casación y los motivos primero a séptimo del extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Romualdo y D. Marta ; (v) el recurso de casación y de los motivos primero a octavo, décimo y undécimo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación de D. Apolonio ; interpuestos contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Primera).

»2º) No admitir (i) el motivo primero del recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de la administración concursal, (ii) los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal interpuesto por Sadim Inversiones SA, (iii) los motivos noveno y decimosegundo del recurso por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Jose Augusto , (vi) el motivo séptimo-bis del recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Romualdo y D. Marta , (v) los motivos noveno y duodécimo del recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Apolonio .

3º) Imponer a la administración concursal de Diasa Pharma y a Sadim Inversiones SA las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal, y la pérdida de los depósitos constituidos respecto de los mismos.

4º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que las partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría».

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

Por parte de los recurrentes D. Romualdo y D.<sup>a</sup> Marta no se presentó escrito de oposición.

8.- Por providencia de 14 de septiembre de 2017 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 18 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Mediante auto de 19 de octubre de 2009, se declaró el concurso voluntario de la sociedad Laboratorios Diasa Pharma S.A.

2.- Por auto de 15 de febrero de 2011, se abrió la fase de liquidación y se ordenó la apertura de la sección de calificación del concurso.

3.- La administración concursal presentó informe sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de calificación culpable. Consideró personas afectadas por la calificación a D. Romualdo , D. Apolonio , D. Jose Augusto y la sociedad Sadim Inversiones SA; y como cómplice, a D.<sup>a</sup> Marta . Solicitó la condena al pago de daños y perjuicios y para los administradores, la condena a la cobertura del déficit concursal.

El Ministerio Fiscal emitió dictamen en igual sentido que el informe de la administración concursal.

4.- Previa oposición de todos los afectados, el juzgado de lo mercantil dictó sentencia en la que calificó el concurso de Laboratorios Diasa Pharma S.A., como culpable. Consideró acreditados todos los hechos en los que la administración concursal basaba su solicitud de calificación culpable: (i) irregularidades graves relevantes en la llevanza de la contabilidad; (ii) irregularidades graves relevantes en la documentación aportada con la solicitud; (iii) salida fraudulenta de bienes; (iv) simulación de situación patrimonial ficticia; (v) actuaciones agravatorias de la situación de insolvencia, retraso en la solicitud de concurso; (vi) incumplimiento grave y reiterado en el deber de colaboración con la administración concursal; (vii) incumplimiento de auditoría y depósito de las cuentas del ejercicio 2008.

Como consecuencia de ello, el juzgado de lo mercantil consideró que concurrían las siguientes causas de culpabilidad: (i) Salida fraudulenta de activos (164.2.5º LC), por la operación de adquisición de maquinaria.





(ii) Irregularidades contables relevantes ( art. 164.1.2º y 2.2º LC ) por registros farmacéuticos y contratación injustificada de personal; adquisición del 100% de la mercantil IFE por un precio aplazado de 150.000 ?; codesarrollo de registro con la mercantil Quiraus por importe de 99.106,32 ? y emisión de las correspondientes facturas pese a no haber tenido lugar dicha operación. (iii) Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso ( art. 165.1.1º LC ). (iv) Falta de colaboración de Romualdo y Marta con los órganos concursales ( art. 165 2º LC ). (v) Falta de auditoría y depósito de cuentas del ejercicio 2008 ( art.165.3º LC ).

**5.-** La sentencia de primera instancia acordó los efectos siguientes:

5.1.- Declarar personas afectadas por la calificación a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y Sadim Inversiones S.A. Declarar cómplice a Marta .

5.2.- Declarar la inhabilitación de Romualdo (diez años), Apolonio y Jose Augusto (cinco años) y Sadim Inversiones S.A. (dos años), para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

5.3.- Condenar solidariamente a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto y Sadim Inversiones S.A. al abono del 100% de la cantidad que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores de la masa y concursales.

5.4.- Condenar a Romualdo , Apolonio , Jose Augusto , Sadim Inversiones S.A. y Marta a la pérdida de cualquier derecho que, como acreedores concursales o contra la masa, pudieran tener frente a la concursada.

5.5.- Condenar a Romualdo a abonar a la masa del concurso en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 843.241,64 ?.

**6.-** La Audiencia Provincial de Oviedo desestimó los recursos de apelación de D. Apolonio , D. Jose Augusto y Dª Marta , y estimó parcialmente los recursos de D. Romualdo y Sadim Inversiones S.A. En consecuencia, limitó la condena de Sadim Inversiones S.A., en lo que respecta a la cobertura del déficit concursal, a responder solidariamente de la suma de 420.774 ?, respecto del total que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagado a los acreedores concursales y contra la masa. Asimismo, absolvió a D. Romualdo de la condena a abonar a la masa del concurso la suma de 843.241,64 ?. Con estas dos salvedades, mantuvo el resto de pronunciamientos.

**7.-** La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por Jose Augusto , Romualdo y Marta , Apolonio , Sadim Inversiones S.A. y la Administración Concursal.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Jose Augusto

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba sobre la valoración de la maquinaria*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC y denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite, con carácter excepcional, impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia. Se citan las SSTS de 28 de noviembre de 2008 , 18 de junio de 2009 , 14 de junio y 17 de julio de 2006 y 25 de marzo de 2011 .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales, lo que la lleva a valoración arbitraria y patentemente errónea, al derivar su conclusión relativa a la supuesta obsolescencia y sobrevaloración de la maquinaria -a falta de prueba pericial- de la prueba testifical. Dándose la circunstancia de que, frente a lo concluido en la sentencia, el testigo no afirmó que las máquinas fueran anticuadas, sino que, al contrario, sostuvo que las máquinas entregadas eran absolutamente nuevas. Tampoco de los correos electrónicos puede extraerse la conclusión combatida. Por el contrario, la única prueba pericial técnica sobre la maquinaria no fue valorada por la audiencia. De lo que concluye este recurrente que resulta arbitrario e injustificado que la sentencia de la Audiencia Provincial haya dado por bueno el supuesto sobrepago, no solo por cuanto que no hay ninguna prueba pericial que lo diga, sino por limitarse a dar valor probatorio a la mera alegación de la administración concursal.

Decisión de la Sala:

1.- Es doctrina constante de esta sala que en nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el



derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero , 29/2005, de 14 de febrero , 211/2009, de 26 de noviembre , 25/2012, de 27 de febrero , 167/2014, de 22 de octubre , y 152/2015, de 6 de julio , destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 235/2016, de 8 de abril , 303/2016, de 9 de mayo , y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

**2.-** Nada de eso concurre en el caso que nos ocupa. La Audiencia Provincial no incurre en error patente de carácter fáctico, sino que hace unas valoraciones jurídicas que la parte recurrente no comparte y pretende ignorar mediante una revisión probatoria inadmisibles. El recurrente fracciona y aísla distintos datos de prueba para intentar demostrar que el órgano de apelación llegó a una conclusión arbitraria. Sin embargo, basta con examinar las actuaciones y leer las dos sentencias de instancia (puesto que, en este particular, la de apelación se apoya en la de primera instancia) para comprobar que no fue así.

La Audiencia toma en consideración una serie de hechos, de los que obtiene una valoración jurídica. Este conjunto de hechos son básicamente los siguientes: (i) Diasa no compraba maquinaria nueva, sino usada, y no a través de empresas distribuidoras del sector, sino de una intermediaria que las remarcaba (sustituía la marca original) y las vendía como si fueran nuevas; (ii) la prueba documental acredita tales circunstancias, así como que las mismas eran conocidas y queridas por Diasa; (iii) Parte de la maquinaria no solo era usada, sino que en el momento de su adquisición en tan peculiares condiciones era ya obsoleta, según pusieron de manifiesto diversas testificales; (iv) Frente a ello, no cabe atribuir a la prueba pericial una primacía sobre las demás pruebas que la ley no le otorga (está sujeta a la sana crítica, conforme al art. 348 LEC ), máxime si el propio vendedor de la maquinaria reconoció que la maquinaria era usada.

**3.-** De todo el acervo probatorio expuesto, la Audiencia Provincial extrae la conclusión de que hubo un perjuicio económico para la concursada. Valoración jurídica que, en su caso, habrá de ser combatida en el recurso de casación, pero que no puede ser objeto de revisión en el recurso extraordinario de infracción procesal.

Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba contable**

Planteamiento:

**1.-** El segundo motivo de infracción procesal se enuncia con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , y denuncia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE , en idénticos términos a los señalados en el motivo anterior, pero en relación con la incorrecta contabilización de registros de medicamentos y otros productos y la indebida activación contable de costes de personal por importe de 3.186.300'67 ?.

**2.-** Al desarrollar el motivo, sostiene sintéticamente la parte recurrente que la Audiencia Provincial eliminó las únicas pruebas periciales practicadas en autos sobre esta cuestión, de manera arbitraria y errónea, lo que la llevó a estimar la existencia de la causa de culpabilidad sobre irregularidades contables relevantes con base exclusivamente en la alegación de la administración concursal, sin prueba alguna que sustentase tal conclusión.

Decisión de la Sala:

**1.-** Damos por reproducido lo ya dicho sobre la imposibilidad de convertir este trámite en una tercera instancia y sobre la naturaleza puramente fáctica de este motivo de impugnación procesal.



Nuevamente basta con examinar las actuaciones para constatar que no se ha producido el error fáctico denunciado. La sentencia analiza pormenorizadamente los tres dictámenes periciales aportados, así como el informe de auditoría de la concursada. Pero no solo es que la Audiencia analiza todos los informes periciales (por tanto, no los elimina, como se dice en la sentencia), sino que explica razonadamente por qué no les otorga valor probatorio, lo que encaja perfectamente en la regla de la sana crítica a que antes hemos hecho referencia. E igual sucede con el informe de auditoría, al que atribuye un carácter meramente teórico.

La sentencia explica las razones por las que no da crédito a la contabilización de costes por activación de gastos de personal y, por qué, como consecuencia de ello, considera que hubo graves irregularidades contables.

**2.-** En consecuencia, este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**CUARTO.-** *Tercer motivo de infracción procesal. Indebida aplicación de las reglas de la carga de la prueba*

Planteamiento:

**1.-** El tercer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la infracción del art. 217, en relación con el art. 218.2, LEC, en tanto que la sentencia recurrida aplica indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria, no solo porque hace recaer indebidamente sobre el recurrente la consecuencia de la falta de prueba de un hecho que luego valora como causa de culpabilidad, sino también porque no se daba el presupuesto para su aplicación. Menciona las SSTs de 26 de septiembre de 2008, 12 de junio de 2007 y 15 de octubre de 2014.

**2.-** En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la conclusión de la Audiencia Provincial sobre el ingreso contabilizado de la empresa portuguesa Quiraus, por importe de 99.106,32 €, de que no obedeció a operación real alguna, por lo que las facturas aparentemente justificativas se habían emitido sin soporte verdadero, es errónea.

Entiende el recurrente que dicho hecho debía haberse acreditado por la administración concursal que es quien lo alegó, y que, al contrario de lo afirmado por la Audiencia Provincial, sí había prueba sobre la existencia del ingreso, en concreto, la reclamación judicial presentada en los Juzgados de Mieres, que la sentencia recurrida no valora, al considerarla una simple alegación, pese a que consta unido a las actuaciones testimonio judicial en el que figura la demanda presentada por Diasa en reclamación de más de 120.000 €, y el reconocimiento por parte de la demandada de la relación contractual, al admitir el pago de una parte de la deuda reclamada.

Y concluye que no puede hablarse de ausencia de prueba como para permitir la aplicación del artículo 217 LEC, y mucho menos trasladar la carga de la prueba a quien no alegó el hecho impositivo de la alegación de la parte actora, que es, en todo caso, a quien correspondía tal prueba.

Decisión de la Sala:

**1.-** En primer lugar, debe advertirse que el motivo está mal planteado, puesto que mezcla dos infracciones diferentes, carga de la prueba y falta de motivación.

**2.-** En cuanto a la carga de la prueba, según el apartado 2 del art. 217 LEC, «corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda...». Y conforme al apartado 3, «incumbe al demandado (...) la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior».

Como hemos afirmado en otras ocasiones, «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» (sentencias 333/2012, de 18 de mayo; y 474/2017, de 20 de julio).

La sentencia recurrida hace uso de las reglas de la carga de la prueba al afirmar que no se ha probado que la contabilización de un ingreso proveniente de la empresa Quiraus tuviera un sustento fáctico real y que dicha prueba correspondía a la concursada y/o sus administradores. Es evidente que si quien formula la contabilidad es la empresa y sus administradores son quienes tienen la obligación legal de que las cuentas reflejen la imagen fiel del patrimonio social, corresponde a dicha parte justificar que un apunte contable se corresponde con una operación económica real. Por lo que ninguna infracción cabe apreciar al respecto.



3.- Y en cuanto a la supuesta falta de motivación, tampoco hay tal, puesto que la sentencia no solo no desconoce, sino que refleja expresamente que hubo una reclamación ante el juzgado de primera instancia de Mieres; pero considera que no es suficiente para justificar la existencia real de la operación contabilizada.

4.- Consiguientemente, el tribunal de segunda instancia no infringe las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, ni tampoco los deberes previstos en el art. 218.2 de la misma Ley, sino que se acomoda a lo previsto en tales preceptos. Por lo que este motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

**QUINTO.-** *Cuarto motivo de infracción procesal. Carga de la prueba*

Planteamiento:

1.- El motivo cuarto de infracción procesal se formula también al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la infracción del art. 217, en relación con el art. 218.2, LEC.

2.- Reproduce lo manifestado en el motivo anterior.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo es una simple reiteración del anterior y ni siquiera debió superar la fase de admisión. Es más, so capa de denunciar unas supuestas infracciones de las normas reguladoras de las sentencias, lo que se pretende nuevamente es la revisión de la prueba y que este tribunal de casación se convierta en una tercera instancia.

En un *totum revolutum* de alegaciones mezcladas, se repite que la Audiencia Provincial no tiene en cuenta el testimonio de unas actuaciones judiciales. Pero se obvia que la sentencia recurrida sí hace mención a la existencia de dicha prueba y argumenta por qué no desvirtúa sus conclusiones sobre la irregularidad contable.

2.- Lo dicho debe conducir a la desestimación del motivo sin necesidad de mayor argumentación.

**SEXTO.-** *Quinto motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba sobre contabilización de ingresos*

Planteamiento:

1.- Este motivo se enuncia con base en el art. 469.1.4.º LEC y denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias cuando incurran en error patente o resulten arbitrarias.

2.- En el desarrollo del motivo se sostiene, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en error en la valoración de la prueba, al considerar acreditado que el ingreso contabilizado de 99.106,32 € por la empresa portuguesa Quiraus no obedeció a operación real alguna, y ello porque existe un testimonio de actuaciones judiciales en el que consta la demanda judicial de Diasa en reclamación de las facturas emitidas con base causal en unos contratos también aportados, y porque la propia administración concursal reconoce en su informe provisional -en el listado de pleitos civiles- el antes referido, haciendo constar que está ganado en parte.

Decisión de la Sala:

1.- En un franco abuso alegatorio ( art. 11.2 LOPJ ), la parte recurrente vuelve a intentar hacer pasar las alegaciones contenidas en los dos motivos precedentes por una nueva infracción, esta vez por un supuesto error patente.

No resulta adecuado denunciar al mismo tiempo y sobre el mismo hecho infracción de las normas de la carga de la prueba y error patente, puesto que si hay prueba difícilmente se pueden infringir las normas de la carga de la prueba, que presuponen la ausencia de prueba.

2.- No se aprecia tal error fáctico. No es posible atacar unas conclusiones que se basan en una apreciación de diversos medios probatorios mediante la impugnación de uno en concreto. Tampoco se puede dar prioridad a un determinado medio de prueba en detrimento de otros, para llegar a conclusiones subjetivas, diferentes a las plasmadas por el órgano judicial en su resolución.

**SÉPTIMO.-** *Sexto motivo de infracción procesal. Carga de la prueba sobre valoración de activos*

Planteamiento:

1.- El sexto motivo de infracción procesal se formula con amparo en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del artículo 217 LEC, al haberse aplicado indebidamente la regla de la distribución de la carga probatoria, ya que se hace recaer sobre el recurrente la consecuencia de la falta de prueba de la contabilización, en el año 2008, de la adquisición de IFE, sin que exista constancia del pago del precio de 150.000 € aplazados. La administración



concurzal desconoce el neto patrimonial de la sociedad adquirida y no ha realizado actividad probatoria para demostrar el valor del activo adquirido.

2.- Al desarrollar el motivo, entiende el recurrente que no es admisible que la carga de la prueba recaiga sobre la parte demandada, cuando lo que debía ser probado era una alegación de la administración concursal. Además, sostiene que sí existía prueba sobre el valor del activo adquirido, al constar en el informe provisional y definitivo de la administración concursal un neto patrimonial de 1.018.942,49 ?.

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente se mezclan alegaciones sobre carga de la prueba y error en su valoración, porque, por un lado, se aduce indebida aplicación de las normas sobre distribución de la carga probatoria y, por otro, se denuncia que la sentencia recurrida no ha tomado en consideración otras pruebas que acreditarán el valor real de IFE. Al tratarse de infracciones heterogéneas, con cauces impugnatorios diferentes ( art. 469.1.2.º LEC , en el primer caso; art. 469.1.4.º LEC , en el segundo), esta mezcolanza en el motivo del recurso debe dar lugar, por sí misma, a la desestimación del motivo.

2.- Además, la Audiencia Provincial toma en consideración los documentos en que la administración concursal basó su conclusión de que IFE había sido adquirida para trasvasar dieciséis trabajadores a la empresa concursada sin que llegaran a realizar trabajo alguno para ella y con la única finalidad de obtener subvenciones. Asimismo, debe insistirse en que si la contabilidad debe ser formulada por la sociedad y son sus administradores los responsables legales de dicha formulación, es a ellos a quien corresponde la prueba de la veracidad de la contabilidad.

**OCTAVO.- Séptimo motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración del neto patrimonial del IFE**

Planteamiento:

1.- Este motivo, con amparo en el art. 469.1.4.º LEC , denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE , en relación con la impugnación de la valoración de la prueba por error patente.

2.- En conexión con el motivo anterior, entiende el recurrente que sí existe prueba sobre el valor del neto patrimonial de IFE, por importe de 1.018.942'49 ?, tal como consta en el informe provisional de la administración concursal.

Decisión de la Sala:

1.- Pese a que la invocación del art. 469.1.4.º LEC se hace por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la valoración de la prueba, no se identifica en el motivo en qué consiste el error o arbitrariedad en que incurre la sentencia causante de dicha infracción, sino que simplemente se discrepa de las conclusiones a que llega la resolución recurrida, para pretender, nuevamente una revisión probatoria vedada en esta fase procesal.

2.- Es doctrina reiterada de esta sala que la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

3.- Desde ese punto de vista, el tribunal de apelación argumenta razonadamente por qué considera que la sentencia de primera instancia acertó al considerar una irregularidad contable relevante el incremento ficticio del neto patrimonial de la concursada, al haber contabilizado en el año 2008 la adquisición de IFE, sin que exista constancia de pago de precio por dicha operación. Para ello, al igual que hace la sentencia apelada, toma en consideración los documentos números 9, 10 y 11 aportados con el informe de la administración concursal, y dichas selección y valoración probatoria, no pueden ser consideradas patentemente erróneas o arbitrarias.

**NOVENO.- Octavo motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración probatoria sobre la demora en la presentación de la solicitud de concurso**

Planteamiento:





1.- El octavo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4.º LEC y denuncia la vulneración del art. 24 CE, en relación con el error patente en la valoración probatoria sobre la demora en la presentación de la solicitud de concurso.

2.- Al desarrollar el motivo, el recurrente denuncia la absoluta ausencia de prueba, de lo que deriva que las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida resultan patentemente erróneas, arbitrarias e irracionales al basarse en el informe de la administración concursal, que no es sino una alegación que debe sustentarse en prueba. Entiende, además, que de admitirse como prueba el informe definitivo de la administración concursal, resultaría patente el error padecido, al carecer de justificación en dicho informe la alusión a que hay créditos vencidos y reclamados a Diosa desde el año 2007, y ello porque en el informe definitivo no existe ninguna alusión a dicho extremo, siendo que la relación de procedimientos judiciales en curso que obra en el propio documento comienza en el año 2009. En cuanto a las reclamaciones de salarios, entiende que las referencias a los trabajadores que llevaban más de tres y cinco meses sin cobrar deben interpretarse desde la fecha de solicitud del concurso -octubre de 2009-, lo que excluiría impagos en 2007 y 2008 por este concepto. Se da, además, la circunstancia de que el recurrente dimitió de su cargo el 2 de abril de 2009.

Decisión de la Sala:

1.- En este motivo se pretende, lisa y llanamente, sustituir los hechos declarados probados en la instancia, por el relato pretendido por el recurrente. Así, en la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, se considera que: (i) Diosa tenía un neto patrimonial negativo desde 2007; (ii) Desde ese mismo año carecía de liquidez; (iii) Durante 2008 se dejaron de pagar reiteradamente los créditos de la seguridad social, las deudas con proveedores y los créditos participativos; (iv) La propia relación de acreedores presentada con la solicitud de concurso contenía un gran número de créditos vencidos; (v) A la fecha de dicha solicitud, se debían salarios a toda la plantilla, con una demora de entre tres y cinco meses; (vi) Había proveedores con deuda vencida y no pagada desde 2007 y los créditos participativos no se pagaban desde 2006.

2.- Si con tales datos la sentencia recurrida concluye que hubo demora culpable en la solicitud de concurso, no puede achacársele un error patente. Sin perjuicio de que las conclusiones jurídicas que puedan extraerse de la relación entre tales datos y la obligación de solicitar el concurso puedan discutirse en casación.

**DÉCIMO.-** *Décimo motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba sobre la iniciativa para realizar las irregularidades contables*

Planteamiento:

1.- El motivo décimo de infracción procesal se enuncia al amparo del art. 469.1.4.º LEC, y denuncia la vulneración del art. 24 CE, en relación a la doctrina jurisprudencial relativa a la impugnación de la valoración probatoria cuando incurre en error patente o resulte arbitraria, en cuanto a la afirmación fáctica sobre la iniciativa para cometer las irregularidades contables.

2.- En el desarrollo del motivo sostiene el recurrente, resumidamente, que la mencionada conclusión fáctica es absolutamente irracional, arbitraria y carece por completo de cualquier soporte probatorio, ya que no hay, ni en la sentencia ni en todo el procedimiento, la más mínima referencia ni prueba de que fuera el Sr. Jose Augusto quien tomara la iniciativa para cometer las irregularidades contables. Hecho que ni siquiera fue mencionado por la administración concursal ni en el informe de calificación ni en sus escritos posteriores. Aparte de que dicha afirmación resulta incongruente con la previa declaración fáctica de la sentencia de que el autor intelectual de todas las actuaciones referidas a la contabilidad fue Romualdo, lo que lleva a una estratificación de las distintas funciones de los consejeros para graduar las sanciones.

Decisión de la Sala:

1.- La sentencia recurrida no considera como hecho probado, a efectos de la calificación culpable, que Jose Augusto fuera quien tomó la iniciativa de incurrir en irregularidades contables. Simplemente, para rebatir la declaración de culpabilidad de Sadim Inversiones por las irregularidades contables, afirma que dicha sociedad no participó en las mismas, como sí hicieron los demás miembros del consejo de administración condenados por tal concepto.

Es posible que el empleo de la frase relativa a la «toma de iniciativa» no sea afortunado, pero realmente no se trata de determinar quién fue el primero en decidir que la contabilidad tuviera irregularidades relevantes, sino de atribuir a los consejeros citados en la sentencia la responsabilidad de haber formulado las cuentas anuales con tales inexactitudes.



2.- Es decir, pese al uso del término «iniciativa», la sentencia no condena al recurrente por ser quien tomó la decisión de cometer las infracciones contables, sino que le reprocha ser responsable de las mismas, junto con otros miembros del órgano de administración.

**DECIMOPRIMERO.-** *Decimoprimer motivo de infracción procesal. Incongruencia extra petita*

Planteamiento:

1.- El motivo decimoprimer se formula al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por vulneración del art. 218.1 LEC , al incurrir la sentencia en incongruencia por exceso.

2.- En este motivo se denuncia, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia por exceso, al condenar a la cobertura del déficit con base en el art. 172.bis LC , apartándose de la causa de pedir invocada por la parte demandante, que era la gravedad y participación de los afectados en las conductas imputadas de irregularidades contables relevantes, mientras que acuerda la condena al pago del 100% del déficit porque las irregularidades contables impiden conocer con la necesaria certeza las causas a las que pudo obedecer la insolvencia y la generación de un déficit valorado en 18.000.000 ?.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo es un alarde de bizantinismo dialéctico y jurídico. Si la administración concursal pidió la condena a la cobertura del déficit concursal por la participación de los afectados por la calificación -entre ellos, el recurrente- en las irregularidades contables, resulta evidente que si se condena porque tales irregularidades impidieron conocer el verdadero estable contable de la sociedad, en nada se aparta la sentencia recurrida de la causa de pedir.

2.- Como consecuencia de ello, este último motivo de infracción procesal también debe decaer, por lo que se desestima íntegramente el recurso extraordinario por infracción procesal del Sr. Jose Augusto .

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Romualdo y Dña. Marta

**DECIMOSEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba*

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de infracción procesal de los Sres. Romualdo y Marta se formula al amparo del art. 469.1.4.º LEC y denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE , en relación con la doctrina jurisprudencial que permite con carácter excepcional impugnar las valoraciones probatorias de la sentencia cuando incurren en error patente o resulten arbitrarias, contrarias a la racionalidad o a las reglas de la común experiencia. Se alegan las SSTs de 28 de noviembre de 2008 , 18 de junio de 2009 , 14 de junio y 17 de julio de 2006 , 25 de marzo de 2011 .

2.- En el desarrollo del motivo se plantean, sustancialmente, las mismas cuestiones que se plantearon en el primer motivo por infracción procesal del recurso anterior, con el añadido de la cuestión relativa al valor del informe de calificación y a la consideración de los administradores concursales como peritos, al afirmarse por la parte recurrente que ni el informe de calificación es un informe pericial, ni los administradores concursales pueden ser considerados como peritos, sino como partes del procedimiento. En conclusión, sostienen los recurrentes que la única prueba pericial que se ha practicado en todo el proceso respecto de la maquinaria ha sido la de D. Francisco , para después pasar a analizar la prueba testifical sobre la que se apoya la conclusión de la audiencia sobre la supuesta obsolescencia y sobrevaloración de la maquinaria, que califica de errónea e ilógica, al haber sido entresacada de un contexto más amplio.

Decisión de la Sala:

1.- En tanto que este motivo coincide sustancialmente con el primer motivo del recurso del Sr. Jose Augusto , nos remitimos a lo dicho en su resolución, para evitar inútiles reiteraciones.

2.- En cuanto al valor del informe de calificación de la administración concursal, es claro que no tiene el valor de prueba, ni pericial ni de otro tipo. El informe, aunque la Ley no lo llame demanda, ni exija un contenido semejante al del art. 399 LEC , es un escrito de alegaciones de contenido muy similar, por la propia estructura que le confiere el art. 169.1 LC , que se refiere a la necesidad de que contenga alusión a los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; y si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, al igual que en una demanda, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir y pretensión concreta ( sentencia 490/2016, de 14 de julio ).



Del mismo modo que el escrito o escritos de oposición a la calificación cumplen una función casi idéntica a la de la contestación a la demanda, como se desprende de nuestra sentencia 227/2010, de 22 de abril .

**3.-** No obstante, ello no quiere decir que el tribunal no pueda dar valor a las pruebas documentales que se aporten con el informe de la administración concursal, pues debe distinguirse entre el carácter de alegaciones que tiene dicho escrito y el valor probatorio que tienen o pueden tener los documentos aportados con él, así como el resto de pruebas que proponga la administración concursal y le sean admitidas, a fin de justificar las causas de culpabilidad que se invocan.

Igualmente, el tribunal, como en cualquier otro proceso civil, puede asumir las alegaciones de cualquiera de las partes, en cuanto que resulten acreditadas y estén correctamente fundadas en derecho, como implícitamente prevé, con carácter general, el art. 218 LEC .

**4.-** Esto último es lo sucedido en este caso. No es que la sentencia recurrida y, por remisión y asunción de la misma, la de primera instancia, hayan dado valor de prueba pericial al informe de la administración concursal, sino que asumen los criterios técnicos contables utilizados por la administración concursal y consideran acreditadas sus alegaciones, con fundamento en la prueba documental aportada con el tan mentado informe.

Las conclusiones jurídicas de la sentencia que se desprenden de tales alegaciones y pruebas podrán ser combatidas, en su caso, en casación, pero no suponen ninguna infracción procesal. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

#### **DECIMOTERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal**

Planteamiento:

**1.-** El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC , en relación con el art. 24 CE , por irracionalidad y arbitrariedad en la valoración de la prueba. Se citan las SSTs de 28 de noviembre de 2008 , 18 de junio de 2009 , 14 de junio y 17 de julio de 2006 y 25 de marzo de 2011 .

**2.-** En este motivo, con la misma fundamentación que el segundo motivo del recurso anterior, se denuncia que el informe de la administración concursal se limita al mes de abril de 2008 y a cuatro trabajadores, de los que afirma que su actividad no puede aplicarse como gasto a los registros en cuestión, y que la sentencia recurrida, que sigue el criterio de la administración concursal, pero no la prueba, excluye la activación del gasto de todo el personal de Diosa (más de 100 trabajadores) y durante todos los años que la empresa estuvo funcionando. Y concluye que la sentencia resulta incomprensible y carente de lógica y motivación suficiente pues no se sabe si la exclusión debe ser total o parcial y, en este caso, a cuántos trabajadores se ha de referir el exceso y su cuantificación, cuando todos los peritos concluyen que no se encuentra objeción alguna a lo realizado por la concursada.

Decisión de la Sala:

**1.-** En tanto en cuanto que este motivo de infracción procesal se plantea en términos muy similares al segundo del anterior recurso, nos remitimos a lo ya resuelto.

Además, nuevamente nos encontramos con la articulación de distintos motivos de impugnación, que requieren cauces procesales diferentes, en un mismo motivo. Así, se mezclan argumentos sobre la supuesta irracionalidad en la valoración de la prueba ( art. 469.1.4º LEC ) con alegaciones sobre los defectos de la motivación ( art. 469.1.2.º LEC ).

**2.-** No hay déficit de motivación alguno, porque el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida analiza con profundidad y rigor la participación de los cónyuges Sres. Romualdo y Marta en la incorrecta contabilización de los registros de los medicamentos y otros productos, así como la activación contable indebida de los costes de personal. En dicho fundamento se valoran los informes periciales y la declaración de auditoría de la concursada, que no tienen valor de prueba tasada para el tribunal, sino que, como hemos dicho, están sometidos a las reglas de la sana crítica ( art. 348 LEC ).

La exigencia de motivación no puede servir para cuestionar la valoración de la prueba, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial ( sentencias 204/2010, de 7 de abril ; 306/2011, de 6 de mayo ; 635/2012, de 2 de noviembre ; y 243/2013, de 18 de abril ).

**3.-** La sentencia recurrida, con remisión a la de primera instancia, considera acreditados por la prueba documental obrante en las actuaciones tanto la incorrecta contabilización de registros de medicamentos y otros productos, como la indebida activación contable de costes de personal. Considera, además, que la posibilidad de activar o no un gasto es una cuestión reglada legalmente y sujeta a determinados requisitos,



que estima que no concurrieron. Con las pruebas documentales y con tales requerimientos de orden legal, la sentencia llega a unas conclusiones que no pueden tacharse de absurdas o ilógicas, por más que la parte recurrente no las comparta.

4.- En suma, como ya hemos dicho, no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con la revisión de la valoración jurídica mediante la cual el tribunal califica la relación jurídica controvertida. La valoración jurídica solamente es impugnabile en el recurso de casación, si con ella se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial ( sentencias 77/2014, de 3 de marzo ; 533/2014, de 14 de octubre ; y 301/2016, de 5 de mayo ; y las muchas que en ellas se citan).

#### **DECIMOCUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal**

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal de estos recurrentes se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC, por indebida aplicación de las reglas de la carga de la prueba, defectuosa motivación y valoración ilógica e irracional.

2.- Este motivo es sustancialmente igual al motivo tercero del recurso anterior.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo está mal formulado y no debió superar la fase de admisión. No pueden mezclarse en un mismo motivo alegaciones sobre la infracción de la carga de la prueba, el déficit de motivación y la valoración irracional o errónea de la prueba. Ni la exigencia de motivación puede servir para cuestionar la valoración de la prueba, ni resulta coherente que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido en base a una determinada valoración de la prueba ( STS 12/2017, de 13 de enero ).

2.- Esta defectuosa formulación conlleva que el motivo deba desestimarse sin más trámite, puesto que la causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación de los recursos. No obsta que en su día este motivo del recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo ).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre ).

#### **DECIMOQUINTO.- Motivo tercero bis de infracción procesal**

Planteamiento:

1.- El motivo tercero bis (así lo numera la parte) se formula al amparo del art. 469.14º LEC y denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

2.- Este motivo es muy similar al quinto del recurso anterior, reproduce lo manifestado en el motivo anterior para el caso de que se entienda que la conclusión de la sentencia recurrida en el punto relativo al ingreso contabilizado de la mercantil portuguesa Quiraus por importe de 99.106'32 euros deriva o es consecuencia de un proceso de valoración de las pruebas, lo que supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y ello porque las pruebas obrantes obligan a concluir que debe estimarse el motivo y anularse la sentencia. Reitera lo ya dicho en el motivo anterior en lo que a la existencia del procedimiento civil ante el juzgado de Mieres se refiere.

Decisión de la Sala:

1.- La simple enumeración del motivo como bis revela su reiteración y duplicidad. Se trata de volver a atacar las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida por diversos cauces, a fin de forzar la revisión de la prueba a modo de tercera instancia.



2.- En tanto que en este motivo se reproducen los mismos argumentos que en el quinto motivo del recurso del Sr. Jose Augusto , no cabe sino su desestimación por remisión a lo ya resuelto.

**DECIMOSEXTO.-** *Cuarto motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El numerado como cuarto motivo de infracción procesal (ya hemos visto que la sorprendente utilización de bisnes incrementa el número real de motivos), se enuncia conforme al art. 469.1.2º LEC , por infracción de los arts. 217 y 218 LEC .

2.- El motivo coincide sustancialmente con el motivo sexto del recurso anterior. Se denuncia la vulneración del artículo 217 LEC , al considerar la sentencia que son los demandados los que tienen la carga probatoria de demostrar el valor del activo adquirido, cuando no se discute el valor de la sociedad adquirida (IFE), y existe además prueba que acredita que dicho supuesto desconocimiento de la administración concursal no era tal.

Argumentan los recurrentes que en la escritura pública que se acompañó al escrito de oposición al informe de calificación se especificaba que no existía aportación en efectivo, sino que la cantidad de 150.000 euros sería satisfecha en el plazo de tres años mediante copias de registros de medicamentos en España, y que tanto los peritos como la auditora avalaron la correcta contabilización de la operación. Y resaltan el dislate jurídico que, a su juicio, comete la Audiencia al relacionar dicha irregularidad con el trasvase de trabajadores a la concursada para la obtención de subvenciones, ya que la propia sala excluyó la cuestión relativa a las subvenciones del objeto de enjuiciamiento.

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente se incurre en el defecto procesal de mezclar en un mismo motivo alegaciones heterogéneas referidas a infracciones procesales diferentes: carga de la prueba, motivación y valoración probatoria.

2.- Con independencia de dicha defectuosa formulación, nos remitimos a lo expresado al resolver el sexto motivo de infracción procesal del anterior recurso, para evitar reiteraciones inútiles. Lo que conlleva la desestimación del motivo.

**DECIMOSÉPTIMO.-** *Motivo cuarto bis de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El motivo numerado como cuarto bis se enuncia conforme al art. 469.1.4.º LEC y denuncia infracción del art. 24 CE por valoración irracional y arbitraria de la prueba.

2.- Este motivo, en relación con el precedente, se plantea para el caso de que se apreciara que la conclusión de la Audiencia deriva o es consecuencia de un proceso de valoración de las pruebas obrantes en autos, lo que supondría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que tales pruebas deben llevar precisamente a lo sostenido por la parte. Hace referencia a la escritura pública antes mencionada, a los informes periciales y al propio informe de la administración concursal, en el que se adjunta una tasación sobre un bien de IFE, así como la concesión de crédito con garantía hipotecaria sobre los bienes de IFE.

Decisión de la Sala:

1.- Se fuerza el argumento para pretender, ahora por vía del art. 469.1.4º LEC , que esta sala asuma una tercera instancia no prevista legalmente.

2.- Nos remitimos, sin más, a lo ya resuelto sobre IFE en el anterior recurso extraordinario por infracción procesal. Se desestima el motivo.

**DECIMOCTAVO.-** *Quinto motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El numerado como quinto motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC , por infracción del art. 24 CE , al ser la valoración probatoria patentemente errónea y arbitraria.

2.- Con una fundamentación igual a la del motivo octavo del recurso anterior, en lo que al incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso se refiere, entienden los recurrentes que no existe prueba alguna que acredite el retraso en la solicitud. Denuncian que la sentencia se basa exclusivamente en el informe de la administración concursal, al que implícitamente se concede valor de prueba pericial. Subrayan, además, que en la página 9 del informe provisional, la administración concursal señaló que la decisión de presentar el concurso podía entenderse adoptada dentro del plazo legal y que la sociedad no se encontraba en causa legal de disolución por pérdidas, lo que supone un inadmisibles cambio de criterio.





Decisión de la Sala:

1.- En tanto que este motivo coincide sustancialmente con el octavo del recurso del Sr. Jose Augusto , nos remitimos a lo allí razonado para su desestimación.

2.- La alegación sobre la postura de la administración concursal podría tener algún fundamento si en su informe de calificación hubiera mantenido que no hubo retraso en la solicitud de concurso, puesto que ello podría plantear problemas de congruencia. Pero que hubiera un informe provisional supuestamente contradictorio en nada incide en lo resuelto, puesto que no hay ninguna norma que impida a la administración concursal modificar su criterio inicial si posteriormente y en el escrito rector de su pretensión calificativa llega a otra conclusión.

Lo determinante es que la sentencia considera que el mantenimiento de la actividad de la sociedad incrementó indebidamente su nivel de endeudamiento, lo que, unido a la demora en la solicitud de la declaración de concurso, agravó la insolvencia.

**DECIMONOVENO.- Sexto motivo de infracción procesal**

Planteamiento:

1.- El motivo numerado como sexto se expone conforme al art. 469.1.4º LEC , por vulneración del art. 24 CE , al realizarse una valoración probatoria arbitraria e ilógica.

2.- Este motivo impugna las valoraciones probatorias que llevan a la sentencia recurrida a realizar el reproche de culpabilidad respecto de los recurrentes. Y ello porque, según el recurso, la Audiencia vuelve a atribuir carácter pericial al informe de calificación de la administración, sin que exista prueba alguna sobre la culpabilidad de ambos, ya que si bien el Sr. Romualdo era accionista con un 40%, presidente y consejero delegado, todas sus decisiones fueron refrendadas por los organismos públicos correspondientes y fueron acreditadas por los auditores y expertos en la materia. Mientras que la Sra. Marta ni formaba parte del consejo de administración, ni tenía responsabilidad alguna en los registros farmacéuticos.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque el motivo se enmascara en supuestas infracciones sobre valoración probatoria, realmente plantea cuestión sustantivas, puesto que lo que discute es la valoración jurídica que ha llevado al tribunal de segunda instancia a considerar a los recurrentes como personas afectadas por la calificación culpable.

2.- Una vez más hemos de insistir en que no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC , con la revisión de la valoración jurídica mediante la cual el tribunal califica la relación jurídica controvertida. Ya hemos dicho que la valoración jurídica solamente es impugnabile en el recurso de casación, sin con ella se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial.

Se desestima el motivo.

**VIGÉSIMO.- Séptimo motivo de infracción procesal**

Planteamiento:

1.- El séptimo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción del art. 218.1 LEC , en cuanto que la sentencia incurre en incongruencia por exceso, al apartarse de la causa de pedir.

2.- Este motivo coincide sustancialmente con el decimoprimer del recurso del Sr. Jose Augusto . Se denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia por exceso, al condenar a la cobertura del déficit con base en el art. 172.bis LC apartándose de la causa de pedir invocada por la administración concursal, que era la gravedad y participación de los afectados en las irregularidades contables relevantes, mientras que se resuelve la condena al pago del 100% del déficit porque las irregularidades contables impiden el poder conocer con la necesaria certeza las causas a las que pudo obedecer su insolvencia y la generación de un déficit que estimativamente aparece valorado en 18.000.000 ?.

Decisión de la Sala:

1.- Como este motivo es igual que el decimoprimer del recurso Sr. Jose Augusto , no cabe más que remitirnos a lo allí resuelto.

2.- Además, olvidan los recurrentes que las irregularidades contables relevantes son causa de culpabilidad concursal precisamente porque impiden conocer el verdadero estado patrimonial del deudor y, con ello, las causas de su insolvencia. Por lo que su argumentación es circular y no conduce más que a la desestimación.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Apolonio

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** *Primer motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4.º LEC , por vulneración del art. 24 CE , al realizarse una valoración errónea y arbitraria de la prueba.

2.- El desarrollo del motivo se apoya en una fundamentación sustancialmente igual a la del primer motivo del recurso del Sr. Jose Augusto . Señala el recurrente que la administración concursal, a quien corresponde la carga de prueba, no habría desvirtuado nada de lo manifestado por el recurrente, al no haber aportado ni un solo informe que diga que las máquinas con su instalación valen la suma pagada u otra, y que las ofertas recibidas por Diasa no eran ajustadas al mercado, ni que las máquinas no resultaran útiles a los fines para los que fueron adquiridas, para lo cual se basa en unos correos electrónicos impugnados y que no fueron adverbados.

Sostiene, además que la sentencia incurriría en *reformatio in peius* , al haber transformado una salida fraudulenta de activos en una irregularidad contable.

Decisión de la Sala:

1.- Respecto de la supuesta valoración errónea y arbitraria de la prueba, en cuanto que este motivo es coincidente con los primeros motivos de los dos recursos anteriores, nos remitimos a lo ya resuelto.

2.- En lo que se refiere a la supuesta *reformatio in peius* , la alegación es directamente inadmisibles, dado que el motivo se ha planteado por la vía del n.º 4 del artículo 469.1 LEC , por error patente en la valoración de la prueba.

Se desestima el motivo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** *Segundo motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula también con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC , para denunciar la vulneración del art. 24 CE , por apreciación probatoria patentemente errónea y arbitraria.

2.- El desarrollo del motivo coincide argumentalmente con la fundamentación del segundo motivo del recurso del Sr. Jose Augusto , relativo a la irregularidad contable relevante consistente en la incorrecta contabilización de los registros de medicamentos y otros productos, así como la indebida activación contable de los costes de personal. Alega que la sentencia eliminó las únicas pruebas periciales practicadas en autos sobre esta cuestión sobre la base de una pura arbitrariedad y un patente error en su apreciación, lo que llevó al tribunal a estimar la existencia de dicha causa de culpabilidad con exclusivo fundamento en la alegación de la administración concursal, sin prueba alguna que la sustente y con ignorancia de hasta tres pruebas periciales que son unánimes en sostener lo erróneo del criterio de la administración concursal.

Decisión de la Sala:

1.- Esta misma cuestión ha quedado ya resuelta al decidir sobre los recursos extraordinarios por infracción procesal anteriores y a lo dicho allí nos remitimos.

2.- Basta para desestimar el motivo con leer su argumentación, en la que se reproduce minuciosamente el resultado probatorio, siempre según el subjetivo criterio de la parte, hasta el punto de que se transcriben literalmente parte de las declaraciones de los intervinientes en la vista, y se pretende una relectura de la prueba a modo de tercera instancia.

**VIGÉSIMO TERCERO.-** *Tercer motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula por el cauce del art. 469.1.2.º LEC y denuncia infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC .

2.- Al desarrollarse el motivo se utilizan argumentos sustancialmente coincidentes con el tercer motivo del recurso del Sr. Jose Augusto , relativo a la aplicación indebida de la regla de la distribución de la carga de la prueba en relación con el ingreso contabilizado de 99.106,32 euros por operaciones con la mercantil Quiraus

Decisión de la Sala:

1.- Esta misma cuestión ha quedado ya solventada al resolver los recursos anteriores, a cuyas consideraciones nos remitimos.

2.- Debemos insistir en que es incorrecto mezclar alegaciones relativas a la carga de la prueba y al déficit de motivación, lo que ya de por sí determina el fracaso del motivo.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** *Cuarto motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El motivo cuarto de infracción procesal se enuncia conforme al art. 469.1.2.º LEC , por infracción del art. 218.2 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo se reproducen las mismas cuestiones planteadas en el motivo anterior, pero ciñéndose a una supuesta vulneración del art. 218.2 LEC . Se concluye que, dado lo ilógico de la motivación, las conclusiones a las que llega la sentencia recurrida son arbitrarias y erróneas.

Decisión de la Sala:

1.- Hemos de reiterar que no cabe mezclar la denuncia de una supuesta falta de lógica en la motivación con un pretendido error probatorio.

2.- La exigencia de motivación no puede servir para cuestionar la valoración de la prueba, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial.

Se desestima el motivo.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** *Motivo quinto de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El quinto motivo de infracción procesal se introduce por el cauce del art. 469.1.4º LEC , por infracción del art. 24 CE , al ser la valoración probatoria errónea y arbitraria.

2.- Este motivo es coincidente con el quinto motivo del recurso del Sr. Jose Augusto y plantea una cuestión idéntica a la del motivo anterior, pero para el caso de que se entienda que la conclusión de la sentencia recurrida se fundamenta en un proceso de valoración de pruebas.

Decisión de la Sala:

Para la desestimación del motivo no procede sino remitirnos a lo resuelto al analizar el motivo quinto del recurso del Sr. Jose Augusto , que damos por reproducido.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** *Motivo sexto de infracción procesal. Incorrecta formulación*

1.- El motivo sexto se formula al amparo del art. 469.1.2.º LEC y denuncia la infracción del art. 217 LEC , por indebida aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

2.- El motivo sexto está mal formulado. Tras una introducción relativa a la infracción de las normas de la carga de la prueba (pág. 72), se continúa con una exhortación sobre la incongruencia (págs. 73 y 74), para terminar concluyendo que la Audiencia incurre en un craso error sobre el neto patrimonial de IFE. Es decir, en un único motivo y con una sola invocación formal (la del art. 217 LEC ) se introducen tres infracciones heterogéneas que deberían haberse formulado independientemente y por cauces diferentes. Lo que conlleva la desestimación sin más del motivo.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** *Motivo séptimo de infracción procesal. Indebida pretensión de convertir a este tribunal en una tercera instancia*

1.- El motivo séptimo se encauza por la vía del art. 469.1.4.º, por infracción del art. 24 CE , al llegarse a conclusiones probatorias erróneas y arbitrarias. Se refiere a la valoración del neto patrimonial de la empresa IFE, que es combatida por supuesta valoración errónea y arbitraria de la prueba.

2.- Incurre en el defecto ya denunciado de pretender convertir a este Tribunal Supremo en una tercera instancia, para que revise a modo de recurso de apelación duplicado las conclusiones probatorias de la instancia. Se desestima.

**VIGÉSIMO OCTAVO.-** *Octavo motivo de infracción procesal*

1.- El motivo octavo de infracción procesal se encauza por la vía del art. 469.1.4º LEC y denuncia error en la valoración de la prueba, con incidencia constitucional, en cuanto a la demora en la solicitud de declaración del concurso.

Su desarrollo es sustancialmente idéntico al motivo octavo del recurso del Sr. Jose Augusto .



2.- Dada la identidad argumentativa de este motivo con los equivalentes formulados por los otros recurrentes sobre el retraso en la solicitud de declaración del concurso, nos remitimos para su desestimación a lo ya resuelto al efecto.

**VIGÉSIMO NOVENO.-** *Décimo motivo de infracción procesal*

Planteamiento:

1.- El motivo décimo de infracción procesal se enuncia conforme al art. 469.1.4º LEC , por infracción del art. 218.2 LEC , puesto que la valoración probatoria no supera el canon de razonabilidad exigible para colmar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE .

2.- El desarrollo del motivo se refiere a la contradicción entre los argumentos de la Audiencia Provincial para eximir de responsabilidad a Sadim Inversiones y mantener la condena del resto de afectados.

Decisión de la Sala:

1.- Se vuelven a mezclar distintas alegaciones, puesto que se comienza hablando de motivación ilógica para acabar planteando error en la valoración de la prueba.

2.- Y se combaten como errores de valoración de prueba lo que son valoraciones jurídicas sobre el grado de participación de los afectados en la toma de decisiones en la empresa y sobre como los integrantes del órgano de administración apoyaron las decisiones del Sr. Romualdo .

Se desestima el motivo.

**TRIGÉSIMO.-** *Undécimo motivo de infracción procesal*

1.- El decimoprimer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la vulneración del art. 218.1 LEC , por cuanto la sentencia recurrida incurriría en incongruencia por exceso, cuando al tratar sobre la condena a la cobertura del déficit concursal sobre la base del art. 172.bis LC , lo hace apartándose de la causa de pedir invocada por la administración concursal.

2.- Dada la identidad sustancial de este motivo con otros planteados por los Sres. Jose Augusto e Romualdo y Marta , nos remitimos para su desestimación a lo expresado en los fundamentos decimoprimer y vigésimo.

Recurso de casación de D. Jose Augusto

**TRIGÉSIMO PRIMERO.-** *Primer a cuarto motivos de casación. Irregularidades contables relevantes. Resolución conjunta*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del artículo 164.2.1.º LC y de la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 16 de enero de 2012 y de 6 de octubre de 2011 , de donde resulta que para la concurrencia de la causa de culpabilidad prevista en el citado precepto es precisa la existencia de incumplimientos de las obligaciones contables de la concursada siempre que, además, sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de aquélla.

En el desarrollo del motivo, sostiene el recurrente que la sentencia recurrida infringe dicha doctrina, pues lo que califica jurídicamente como irregularidades contables ni son tales, ni tienen relevancia en orden a la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada.

La primera irregularidad contable que analiza el motivo es la relativa a la contabilización de la maquinaria comprada a QTI por encima de su valor real, negando la existencia de tal irregularidad contable, al haberse contabilizado los activos por el valor de adquisición resultante de las facturas recibidas y efectivamente pagadas, en cumplimiento de la norma contable 2ª de las Normas de Registro y Valoración del Plan General Contable aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, que establece que los bienes comprendidos en el inmovilizado se valorarán por su coste, en este caso, de adquisición. Y sostiene que no puede calificarse como irregular el contabilizar lo que se pagó con base en facturas veraces; así como que la sentencia no contiene razonamiento alguno sobre en qué medida hubo irregularidad.

2.- El segundo motivo de casación plantea las mismas infracciones legales que el anterior. En su desarrollo se analiza la irregularidad contable relevante derivada de la activación de los gastos de personal para la contabilización de los registros farmacéuticos de Diasa. El recurrente sostiene que la normativa contable aplicable permite la activación y contabilización de los gastos de personal para el desarrollo de los registros farmacéuticos al tratarse de activos inmateriales, haciendo referencia a las normas de valoración 5 y 6 de la segunda parte del Plan General Contable aprobado por RD 1514/2007.



**3.-** En el tercer motivo se contiene la misma denuncia de infracciones legales que en los dos motivos anteriores. El motivo se refiere a la irregularidad contable consistente en haber incluido en el activo del balance como ingreso extraordinario 150.000 €, precio de la adquisición de la sociedad IFE sin que haya constancia del pago del precio y se conozca el neto patrimonial de la sociedad adquirida. Entiende el recurrente que se trataría de un error jurídico, pues el no haberse pagado en metálico por Diasa el precio de la compra, 150.000 €, no supone que no pueda haber un ingreso extraordinario, dado que el contrato era una permuta -participaciones sociales por las copias de unos activos inmateriales valorados en 150.000 €-, y la norma contable aplicable del Plan General Contable justificaba esa contabilización, cuando la operación había sido en 2005 y el plazo para el cumplimiento era de tres años, siendo que desde la misma operación en 2005, DIASA contabilizó como deuda el importe de 150.000 €, pues tenía que cumplir y entregar las copias de los registros al cabo de los tres años pactados, explicándose en la memoria la operación y mencionándose por la administración concursal en su informe, en el que señala que la información que ofrece la memoria permite analizar por terceros la situación económica de la entidad, por lo que se discute o no si estaba bien o mal contabilizado ello no impedía conocer la situación económica de la sociedad, con lo que en ningún caso puede ser una irregularidad contable relevante.

**4.-** En el cuarto motivo también se denuncian las mismas infracciones legales que en los anteriores. En particular, se refiere a la irregularidad contable relativa a la contabilización como activo de un ingreso de 99.106,32 € de la empresa Quiraus, que la sentencia recurrida estima que no obedeció a operación real alguna, por lo que se emitieron las facturas correspondientes sin soporte verdadero. Según el recurrente, la sentencia no habría tenido en cuenta la existencia de un pleito ante el juzgado de primera instancia de Mieres, en el que se reclamaba a dicho proveedor una deuda de mayor importe, y considera que, en todo caso, el importe discutido no es relevante en sí mismo ante un pasivo de 18 millones de euros, cuando el art. 164.2.1º LC no exige una relevancia individual, sino en conjunto para toda la contabilidad.

**5.-** Habida cuenta que en los cuatro motivos expuestos se denuncian las mismas infracciones legales y todos se refieren a distintas irregularidades contables, se considera lo más adecuado tratarlos conjuntamente.

Decisión de la Sala:

**1.-** 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 «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra 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 -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador ( sentencias de esta sala 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 421/2015, de 21 de julio ; 492/2015, de 17 de septiembre ; 269/2016, de 22 de abril ; y 490/2016, de 14 de julio ).

**2.-** Cuando el art. 164.2.1 LC habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad:

«Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica».

Como dijo la sentencia 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».





**3.-** Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.

**4.-** Respecto a la cuestión planteada por el recurrente de si la irregularidad debe ser puntual (relativa a cada anotación contable discutida) o conjunta, el art. 164.2.1.º LC no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico.

Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del art. 164.2.1.º LC, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas. Y esto último es lo que correctamente aprecia la Audiencia Provincial.

**5.-** En primer término, el recurrente considera que no puede apreciarse la existencia de irregularidad contable relevante en relación con la contabilización de la compra de la maquinaria a la empresa QTI porque se contabilizó lo pagado y porque dicha actuación fue validada por un informe pericial.

Dicha alegación, aparte de hacer supuesto de la cuestión, elude lo que afirma la sentencia recurrida sobre que la compra de una maquinaria usada -y en algunos casos, obsoleta- como si fuera nueva supuso el pago indebido de un sobreprecio que, en cuanto a su reflejo contable, impidió el conocimiento de la verdadera situación patrimonial de la sociedad. Es decir, lo que se reprocha no es la falta de anotación contable, sino que la misma no respondía a la realidad, pues no es lo mismo contabilizar un bien con su valor de nuevo, que contabilizarlo -como debió hacerse- con su verdadero valor de usado. La sentencia da como probado que la diferencia entre el valor real de los bienes adquiridos y el pagado fue de 706.795 ? y ahí estriba la irregularidad contable relevante, en el sentido antes expuesto de ofrecimiento de información patrimonial y financiera real y fiable.

Que unos peritos, supuestamente, convalidaran dicha actuación no subsana la irregularidad, ni tiene eficacia suficiente para enervar la declaración de hechos probados de la Audiencia Provincial.

**6.-** En segundo lugar, en lo que se refiere a la activación de los gastos de personal para la contabilización de los registros farmacéuticos de Diasa, la parte recurrente sostiene que es una actuación permitida por la normativa contable, que también fue validada por la auditoría y los peritos.

La sentencia recurrida no ignora la declaración de la auditora de la concursada ni los informes periciales, pero descarta sus criterios por considerarlos meramente teóricos y apartados de la actividad real de la empresa concursada. Como dijimos en la sentencia 670/2011, de 20 octubre, el valor del informe de auditoría se aproxima a una prueba pericial sometida a las reglas de la sana crítica.

En cualquier caso, la aplicación de la norma legal corresponde al tribunal y no a un perito (no existe la pericia jurídica, a excepción de la prueba sobre el contenido y vigencia de un derecho extranjero aplicable, como hemos recordado en la sentencia 477/2017, de 20 de julio).

En la sentencia recurrida, se afirma que la activación de gastos de personal fue un artificio contable por el que se incluyó el 100% de la jornada laboral de toda la plantilla al margen de su cualificación personal. No descarta la posibilidad de convertir dicho coste en un activo como inmovilizado intangible, pero siempre y cuando se haga con el carácter restrictivo que se deriva del principio de prudencia del Plan General de Contabilidad de 2007, para lo que sería preciso que estuviera específicamente individualizado por proyectos y que su coste apareciera claramente establecido para poder ser distribuido en el tiempo, así como el tener motivos fundados sobre el éxito y la rentabilidad económico-comercial del proyecto de que se tratara. Pero no considera probadas tales condiciones de activación.

Frente a tales hechos probados, las normas de valoración 5 y 6 de la segunda parte del Plan General de Contabilidad de 2007 en nada resultan aplicables, porque se refieren a planes reales y a operaciones verdaderas, no a artificios contables.

**7.-** En tercer lugar, la Audiencia Provincial considera probado que en el año 2008 se contabilizó un incremento ficticio del neto patrimonial de la concursada por la adquisición de IFE sin que existiera constancia del pago



de precio por dicha operación, por lo que el asiento contable de 150.000 ? resulta injustificado. Y concluye que dicha operación ficticia tenía como verdadera finalidad obtener el trasvase de trabajadores a la empresa concursada para la obtención de subvenciones, lo constituye una irregularidad contable relevante.

Al combatir dicha conclusión, el recurrente hace supuesto de la cuestión, ya que afirma que sí hubo precio, porque no se trató de una compraventa sino de una permuta, lo que no ha sido considerado acreditado por la sentencia recurrida. Razón por la cual no puede apreciarse la infracción legal denunciada.

**8.-** En cuarto lugar, la sentencia afirma expresamente que la contabilización por parte de Diasa Pharma a finales de 2007 de un supuesto ingreso como codesarrollo de registros con la mercantil portuguesa Quiraus Comercio Prod. Químicos e Tecnol. Farmac. LDZ, por importe de 99.106,32 ?, no obedeció a operación real alguna y las facturas correspondientes se emitieron sin soporte verdadero. Frente a lo sostenido en el recurso, no ignora la Audiencia Provincial que existiera un pleito ante un juzgado, pero descarta que ello sirviera para justificar la contraprestación efectiva que hubiera justificado el ingreso anotado contablemente.

En el recurso de casación no cabe una nueva valoración fáctica y la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es correcta, desde el mismo momento que una anotación contable sin respaldo real, por un importe nada desdeñable, encaja perfectamente dentro del concepto de irregularidades contables relevantes a que se refiere el art. 164.2.1.º LC .

**9.-** Como consecuencia de lo expuesto, estos cuatro primeros motivos de casación deben ser desestimados.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.-** *Quinto motivo de casación. Retraso en la solicitud de concurso*

Planteamiento:

**1.-** En el quinto motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 165.1 LC , en relación con el artículo 5 de la misma ley , por cuanto que no concurre la causa de culpabilidad de haber incumplido el deber de solicitar el concurso, y se alega como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 1 de abril de 2014 , 19 de julio de 2012 , 21 de mayo de 2012 y 6 de abril de 2012 , entre otras.

**2.-** Considera el recurrente, resumidamente, que la sentencia recurrida no ha cumplido con los criterios normativos que exigen alegar y acreditar con precisión el cumplimiento de los requisitos para entender que había obligación de solicitar el concurso de conformidad con lo dispuesto en el art. 5, en relación con el art. 2 LC , y poder atribuirlo o reprocharlo culpabilísticamente al afectado y además establecer la correlación entre el incumplimiento de la obligación y la causación o agravación de la insolvencia. Denuncia la falta de precisión de la sentencia, en la que no se dice cuántos créditos vencidos y reclamados habría en 2007, ni la razón de los supuestos impagos o si solo son retrasos, y no se establece ninguna relación con la insolvencia, ni se precisa si los impagos reiterados de la TGSS se produjeron en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso como exige el artículo 2 LC , y tampoco se precisa a qué meses del año 2009 correspondieron los impagos de las nóminas de trabajadores. Sin que dicho incumplimiento pueda reprochársele al recurrente, que dimitió como vocal del consejo de administración el día 2 de abril de 2009. Tampoco existe en la sentencia recurrida la más mínima justificación de la incidencia de este supuesto retraso en la insolvencia.

Decisión de la Sala:

**1.-** En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del art. 165.1.1.º LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del art. 164.1 LC . Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción *iuris tantum* [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia ( sentencias de esta sala 259/2012, de 20 de abril ; 255/2012, de 26 de abril ; 298/2012, de 21 de mayo ; 459/2012, de 19 de julio ; 122/2014, de 1 de abril ; y 275/2015, de 7 de mayo ).

A su vez, hemos dicho en las sentencias 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 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».

2.- En la sentencia recurrida se considera probado que Diasa tenía pérdidas de explotación continuadas desde el ejercicio 2002, con la única salvedad del ejercicio 2005, en el que tuvo un ligero beneficio de 36.816,62 €, lo que se traduce en que el neto patrimonial real de la compañía era negativo desde, al menos, el ejercicio 2007. Y aclara, siguiendo expresamente el criterio de la sentencia de esta sala 122/2014, de 1 de abril, que la situación no era solamente de desbalance o de concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, sino que la sociedad, desde el año 2007, se encontraba también en situación de iliquidez, al existir créditos ordinarios reconocidos en el concurso que estaban vencidos en esa anualidad; así como que en el ejercicio 2008 existieron impagos reiterados a TGSS, proveedores y créditos participativos; que los trabajadores que desempeñaban su función en Galicia tenían impagadas sus nóminas desde tres meses anteriores a la solicitud de concurso, y los ocupados en Turón desde hacía cinco meses.

De este conjunto de datos objetivos, concluye correctamente la Audiencia Provincial que el deudor no podía cumplir sus obligaciones exigibles ya desde el ejercicio 2007, lo que le permite afirmar que hubo demora en la solicitud del concurso, que no tuvo lugar hasta bien avanzado el año 2009.

3.- No se limita la sentencia recurrida a constatar que la sociedad estaba en situación de insolvencia en fecha muy anterior a la que le obligaría a solicitar el concurso ( arts. 2.2 y 5 LC ), sino que también toma en consideración el listado de procedimientos judiciales seguidos contra Diasa ante las jurisdicciones civil y social por deudas posteriores a dicha fecha, para relacionar causalmente el retraso en la solicitud de concurso con la agravación de la insolvencia, a fin de integrar el tipo previsto en el art. 165.1.1.º LC .

Como dijimos en las sentencias 349/2014, de 3 de julio, y 269/2016, de 22 de abril, el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el art. 5 LC ; en este caso, el año 2007.

4.- Con tales conclusiones, es irrelevante que el Sr. Jose Augusto dimitiera como administrador en abril de 2009, puesto que la obligación de solicitar la declaración de concurso había surgido mucho antes, cuando todavía ocupaba el cargo.

5.- Como consecuencia de todo lo expuesto, este motivo de casación también ha de ser desestimado.

#### **TRIGÉSIMO TERCERO.- Sexto motivo de casación. Personas afectadas por la calificación culpable**

Planteamiento:

1.- En este motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 172.2.1.º LC, dado que al recurrente no se le pueden imputar ni reprochar las eventuales irregularidades contables o el retraso en la solicitud del concurso, por lo que no se le puede considerar como persona responsable o afectada por la calificación. Se alude a la doctrina contenida en las sentencias de 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011 sobre la necesidad de valorar conforme a criterios normativos y a 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.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que no se habría llevado a cabo el juicio valorativo de carácter jurídico sobre todas las circunstancias objetivas y subjetivas que justificaran su declaración de persona responsable o afectada, ya que era un simple vocal sin ninguna acción y nula capacidad de decisión o bloqueo, sin que conste que tuviera conocimiento de las irregularidades contables, al haber sido las cuentas anuales objeto de una auditoría externa y haberse defendido en el juicio su regularidad hasta por tres peritos expertos en auditoría y contabilidad. En cuanto al reproche culpabilístico, entiende que resulta incongruente excluir a Sadim en lo que se refiere a su contribución a esa distorsión contable, por considerar que la iniciativa partió en todo momento de los demás miembros del consejo de administración, y sostener por otro lado que Romualdo fue el único autor intelectual, por lo que cabría concluir que el recurrente estaría en el mismo estrato de participación que Sadim Inversiones, y en consecuencia resultaría injustificada la declaración de persona afectada del recurrente.

Decisión de la Sala:

1.- Como dijimos, entre otras, en la sentencia 490/2016, de 14 de julio, nuestro ordenamiento no contempla una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador. 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 de una sociedad de capital 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 de otro u otros administradores para excusar su propia incuria, pues o debería haber actuado conforme a la legislación societaria y concursal para evitar la situación a que se llegó, o en el último extremo, haber renunciado al cargo.

2.- También dijimos en la misma sentencia y en la antes citada 994/2011, de 16 de enero de 2012, que, por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la realización del tipo descrito en el art. 164.2.1.º LC 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, bastando con que incumpla las obligaciones que, a tal efecto, le venían impuestas legalmente.

3.- Cuando se incurrió en la demora en la solicitud del concurso que, según la Audiencia Provincial, agravó la situación de insolvencia, el Sr. Jose Augusto desempañaba el cargo de consejero y tenía la obligación de respetar y cumplir todas las normas legales sobre formulación de la contabilidad y sobre la obligatoriedad de la solicitud de concurso ante una situación de insolvencia.

4.- No cabe hacer un juicio comparativo de su actuación con el de otro afectado, Sadim Inversiones, puesto que la Audiencia Provincial considera, desde el punto de vista fáctico, que su situación era diferente, por lo que es coherente que también ofrezca una solución jurídica distinta.

5.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

#### **TRIGÉSIMO CUARTO.- Séptimo motivo de casación. Cobertura del déficit concursal**

Planteamiento:

1.- En este motivo de casación se alega la infracción del art. 172.bis LC, que incorpora de manera expresa el criterio de imputación causal en función de la generación o agravación de la insolvencia, del que afirma que no existe jurisprudencia, al haber sido modificado por el RD Ley 4/2014, de 7 de marzo, refrendado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Hace referencia a la jurisprudencia contenida en las sentencias de 23 de febrero de 2011, 12 de septiembre de 2011, 6 de octubre de 2011, 16 de julio de 2012 y 14 de noviembre de 2012, en las que se establecía con carácter general la necesidad de una justificación añadida a la mera concurrencia del presupuesto de la existencia de las conductas que condujeron a la calificación de culpabilidad del concurso, debiendo valorarse los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores.

2.- En el desarrollo del motivo, entiende el recurrente que, si bien la sentencia recurrida sigue, por vía interpretativa retroactiva, el criterio de la relación causal entre las conductas culpables y la generación o agravación de la insolvencia, sin embargo lo aplica de forma errónea e indebida, y ello porque en el informe de calificación de la administración concursal no aparece la más mínima concreción o determinación de la relación que las irregularidades contables, que deben estar exactamente detalladas y cuantificadas, pudieran tener en la causación o agravación de la insolvencia; y tampoco se dice que las mismas impidieran o dificultaran conocer o haber conocido las razones o causas de la insolvencia.

Decisión de la Sala:

1.- Según recordamos en las sentencias 650/2016, de 3 de noviembre, y 203/2017, de 29 de marzo, el art. 172.3 LC, en su redacción originaria, regulaba la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal. Esta regulación fue modificada primero por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que la trasladó al art. 172.bis LC, en similares términos a como estaba regulada en el art. 172.3. De tal forma que la jurisprudencia que interpretó el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal y determinó los caracteres de esta responsabilidad, resulta sustancialmente aplicable al art. 172.bis LC introducido por la Ley 38/2011. Es por ello que en la sentencia de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, declaramos que la reforma introducida por el Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, ha cambiado sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit, al incorporar en el art. 172.bis de la Ley Concursal la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia. En esa sentencia, también consideramos que el legislador introduce «un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"».





2.- Conforme a lo expuesto, cuando se abrió la sección de calificación (febrero de 2011), todavía estaba en vigor el art. 172.3 LC , por lo que regía la jurisprudencia que establecía el denominado requisito de la justificación añadida (por todas, sentencia de esta sala 644/2011, de 6 de octubre ). Conforme a dicha regulación legal, era necesario que el juez valorase, conforme a criterios normativos y con la finalidad 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. Parámetro que era también el que tenía en cuenta el último párrafo del art. 172.bis.1 LC , en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para la individualización de cantidades en caso de pluralidad de condenados «de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso» ( sentencia 669/2012, de 14 de noviembre ).

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta a tales criterios. Aunque considera que se puede aplicar la reforma que introdujo el art. 172.bis LC , por ser meramente interpretativa (lo que, como hemos visto, no es lo que ha declarado esta sala), realmente no se aparta del criterio de la justificación añadida, en tanto que razona que, dado que la información contable suministrada por la sociedad concursada no reflejaba su verdadera situación patrimonial e impedía conocer con la necesaria certeza las causas a las que pudo obedecer su insolvencia y la generación de un déficit que estimativamente aparece valorado en 18.000.000 €, resulta ajustada la condena de los administradores (a excepción de Sadim Inversiones) a la cobertura de la totalidad del déficit concursal.

4.- Desde la sentencia 644/2011, de 6 de octubre, la jurisprudencia de esta sala 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 a 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 art. 164 LC (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (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.

5.- Por lo que este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

#### **TRIGÉSIMO QUINTO.-** *Octavo motivo de casación. Responsabilidad concursal*

Planteamiento:

En el motivo octavo, el recurrente denuncia la infracción del artículo 172.3 LC , aplicable en el momento de los hechos, y alude a la jurisprudencia contenida en las sentencias de fechas 16 de enero de 2012 , 17 de noviembre de 2012 y 6 de octubre de 2011 , planteando las mismas cuestiones que en el motivo anterior.

Decisión de la Sala:

1.- En tanto que el motivo reproduce básicamente lo manifestado en el anterior, debemos remitirnos a lo ya resuelto en el fundamento precedente, para evitar inconvenientes reiteraciones.

2.- También hemos dicho ya que el Sr. Jose Augusto era miembro del órgano de administración durante el tiempo en que se cometieron los hechos que han dado lugar a la declaración de culpabilidad del concurso. Y en tanto que una de tales causas, las irregularidades contables relevantes, le es directamente imputable, ahí se encuentra la justificación añadida para la condena a la cobertura del déficit concursal.





El motivo debe ser desestimado.

**TRIGÉSIMO SEXTO.-** *Noveno motivo de casación. Importe de la condena a la cobertura del déficit concursal*

Planteamiento:

1.- En el noveno motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 173.3 LC y la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las sentencias de 16 de julio de 2012 , 26 de octubre de 2011 y 27 de febrero de 2006 , que establecen la posible revisión en casación de la cuantía indemnizatoria en casos de evidente error de hecho o cuando el juzgador de instancia resuelva el tema de forma caprichosa, desorbitada o injusta.

2.- En el desarrollo del motivo, considera el recurrente que la condena a la cobertura del 100% del déficit concursal impuesta carece de justificación, al no haber en la sentencia ninguna explicación a la fijación del máximo, siendo el déficit de más de 18 millones de euros, cuando las irregularidades contables no superan los 4'5 millones de euros, sin que se haya afirmado en qué medida haya podido afectar o incidir en la situación de insolvencia de la sociedad o en la generación del déficit que ahora se trata de paliar con la condena.

Decisión de la Sala:

1.- Como quiera que la cita en el recurso del art. 173.3 LC carece de sentido, porque dicho precepto como tal no existe (el art. 173 tiene un solo párrafo) y se refiere a una cuestión ajena a la cobertura del déficit concursal, debe entenderse, en aras de la tutela judicial efectiva, que dicha mención es una simple errata y que realmente se invoca como infringido el art. 172.3 LC .

2.- La Audiencia Provincial razona debidamente que las irregularidades contables, además de ser de trascendente importancia cualitativa para ocultar la verdadera situación patrimonial de la sociedad, fueron cuantitativamente abultadas: (i) incremento ficticio del activo inmaterial en 3.186.300,67 ?; (ii) sobreprecio en la maquinaria adquirida por importe de 843.241,64 ?; y (iii) contabilización a finales del 2007 de un supuesto ingreso de 99.106,32 ? . Lo que unido a que el déficit (parte de la masa pasiva no satisfecha) es del orden de 18.000.000 ? , justifica la condena a la cobertura del total de dicho déficit. Sin que con ello cometa infracción legal alguna o se aparte de nuestra jurisprudencia. Al contrario, ya dijimos en la sentencia 343/2015, de 5 de junio , que la gravedad de las infracciones contables puede dar lugar a una condena como la ahora impugnada.

3.- Razones por las cuales este último motivo de casación del recurso del Sr. Jose Augusto debe ser también desestimado, al igual que los anteriores.

Recurso de casación de D. Romualdo y Dña. Marta

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.-** *Primer motivo de casación. Irregularidades contables relevantes*

Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación de estos recurrentes, formulado al amparo del art. 477.1 LEC , se denuncia la infracción del art. 164.2.1.º LC y de la jurisprudencia plasmada en las sentencias de 16 de enero de 2012 y 6 de octubre de 2011 .

2.- En el desarrollo del motivo se cuestiona que los asientos contables relativos a la compra de la maquinaria QTI, la activación de gastos de personal en el balance de los registros farmacéuticos, la contabilización como ingreso extraordinario de 150.000 ? por la adquisición de la sociedad IFE, y la contabilización como activo de un ingreso de 99.106,32 ? del deudor Quiraus, no constituyen irregularidades contables relevantes que justifiquen la calificación del concurso como culpable.

Decisión de la Sala:

Las alegaciones que sustentan este motivo de casación coinciden sustancialmente con las contenidas en los motivos primero a cuarto del anterior recurso de casación. Por ello, para evitar reiteraciones, nos remitimos a lo expuesto en los fundamentos trigésimo a trigésimo tercero de esta resolución.

Se desestima el motivo.

**TRIGÉSIMO OCTAVO.-** *Segundo motivo de casación. Demora en la solicitud de concurso*

Planteamiento:

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 165.1, en relación con el art. 5, LC . En relación con las sentencias de esta sala de 1 de abril de 2014 , 19 de julio de 2012 , 21 de mayo de 2012 y 26 de abril de 2012 .

2.- En el desarrollo del motivo, sustancialmente coincidente con el quinto motivo de casación del recurso precedente, se sostiene que no hubo retraso en la solicitud de concurso.



Decisión de la Sala:

Como quiera que esta misma cuestión ha sido resuelta en el fundamento jurídico trigésimo cuarto, nos remitimos íntegramente a su contenido. Se desestima el motivo.

**TRIGÉSIMO NOVENO.- Tercer motivo de casación. Complicidad concursal**

Planteamiento:

1.- El tercer motivo denuncia infracción del art. 172.2.1º LC , en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011 .

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la condena de la Sra. Marta como cómplice no tiene más sustento que la mera afirmación de la administración concursal.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque el art. 172.2.1.º LC hace mención a los cómplices, el artículo que realmente regula esta figura es el 166 LC, que es el que, en buena técnica casacional, debería haber sido citado como infringido. Además, las dos sentencias citadas en el motivo no tratan en modo alguno la complicidad concursal.

2.- En las sentencias 5/2016, de 27 de enero , y 202/2017, de 29 de marzo , hemos establecido que para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave.

Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

3.- Hemos dicho también en tales resoluciones que 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, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

4.- La sentencia recurrida considera probado que la Sra. Marta , socia con el 20% del capital social y esposa del presidente del consejo de administración, Sr. Romualdo , controlaba la dirección financiera de la sociedad, y en tal situación, participó junto con su esposo en la irregularidad contable consistente en la indebida activación de gasto de personal como mayor valor de los registros, en la contabilización como propios de la concursada de registros inexistentes o que no eran de su propiedad, en la sobrevaloración de parte de la maquinaria, así como a que la cuenta de pérdidas y ganancias reflejase un resultado positivo cuando éste era negativo. Además, declaró probado que colaboró con el presidente del consejo para impedir que la administración concursal pudiera conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la compañía y el valor de sus activos, lo que contribuyó a agravar su estado de insolvencia, al mantenerse la actividad de la sociedad, cuando debería haber cesado de manera inmediata tras la declaración de concurso.

5.- Tales hechos declarados probados integran plenamente los dos requisitos que hemos visto que son necesarios para declarar la complicidad concursal, puesto que la Sra. Marta , aunque no fuera administradora, controlaba la dirección financiera de la empresa y desde esa posición contribuyó a la comisión de las irregularidades contables relevantes que dieron lugar a la declaración de culpabilidad del concurso; y dicha cooperación se realizó dolosamente, con la intención de ocultar la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

6.- En consecuencia, este motivo también debe ser desestimado.

**CUADRAGÉSIMO.- Cuarto motivo de casación. Responsabilidad concursal**



Planteamiento:

En el cuarto motivo de casación se denuncia la infracción del art. 172.bis LC , en su redacción dada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo.

Decisión de la Sala:

Ya hemos dicho en los fundamentos jurídicos trigésimo sexto y trigésimo séptimo, que el art. 172.bis LC , en su redacción dada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, solo es aplicable a las secciones de calificación abiertas tras su entrada en vigor. Que no es el caso de la que es objeto de enjuiciamiento, que se abrió antes.

En consecuencia, debe desestimarse el motivo.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.-** *Quinto motivo de casación. Importe de la condena a la cobertura del déficit concursal*

Planteamiento:

En este motivo de casación se denuncia la infracción del art. 173.3 LC y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 , 26 de octubre de 2011 y 27 de febrero de 2006 .

Decisión de la Sala:

El motivo mantiene tal identidad con el motivo noveno del recurso del Sr. Jose Augusto que hasta reproduce la errata en la cita del artículo supuestamente infringido. Como consecuencia, por remisión a lo resuelto en el fundamento jurídico trigésimo octavo, debemos desestimar el motivo.

Recurso de casación de D. Apolonio

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Irregularidades contables*

Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del art. 164.2.1º LC , en relación con las sentencias de esta sala de 16 de enero de 2012 y 6 de octubre de 2011 .

2.- El desarrollo del motivo coincide exactamente con el primer motivo del recurso del Sr. Jose Augusto . Además añade que existe una aplicación indebida del art. 164 en relación con el art. 172 LC , dado que toda la maquinaria no fue adquirida durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, sino muchos años antes -en el año 2005-, por lo que se trataría de unos hechos que no podrían imputarse temporalmente a esa parte.

Decisión de la Sala:

1.- En la parte del motivo que rebate la aplicación del art. 164.2.1.º LC por la existencias de irregularidades contables relevantes, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico trigésimo de esta sentencia.

2.- Respecto a la alegación relativa a la fecha de adquisición de la maquinaria, en las sentencias 574/2017 y 575/2017, ambas de 24 de octubre , hemos hecho referencia a la discordancia entre los arts. 172.2.1 .º y 164.1 LC . El art. 172.2.1.º 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. 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. 164.2.5.º 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. 165.3.º 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.

Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El art. 172.2.1.º LC al regular quiénes 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 exigencia temporal afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, pero no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso.

Conforme al propio art. 172 LC, en primer lugar, el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas. En el caso del art. 164.2.1.º LC no establecen ningún límite temporal previo, esto es, no exige que las irregularidades contables se hubieran realizado dentro de un determinado periodo de tiempo anterior a la declaración de concurso. Sí se exige en el caso del art. 164.2.5.º LC que la salida fraudulenta de bienes se haya hecho en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pero según el propio relato fáctico de la sentencia, es lo que ocurrió en este caso, por lo menos, en parte.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, debe desestimarse este motivo de casación.

#### **CUADRAGÉSIMO TERCERO.-** *Motivos segundo a cuarto de casación. Irregularidades contables relevantes*

Planteamiento:

1.- Los motivos segundo a cuarto denuncian la infracción del art. 164.2.1.º LC y de las sentencias de esta sala de 6 de octubre de 2011 y 16 de enero de 2012, así como contradicción con sentencias de diversas Audiencias Provinciales.

El motivo segundo se refiere a la activación de los gastos de personal para la contabilización de los registros farmacéuticos y coincide plenamente con el segundo motivo del recurso del Sr. Jose Augusto .

El motivo tercero está dedicado a la contabilización como ingreso extraordinario de 150.000 ? por la adquisición de la sociedad IFE y coincide con el tercero del recurso del Sr. Jose Augusto .

El motivo cuarto tiene como objeto la contabilización del ingreso de 99.106,32 ? de Quiraus, y coincide con el cuarto motivo del recurso del Sr. Jose Augusto .

Decisión de la Sala:

En cuanto que estos tres motivos, relativos a irregularidades contables relevantes en las cuentas de la sociedad concursada, son plenamente coincidentes en sus argumentos con los motivos segundo a cuarto del recurso de casación del Sr. Jose Augusto , nos remitimos, para su desestimación, a lo expresado en los fundamentos jurídicos trigésimo primero a trigésimo tercero, con la finalidad de no incurrir en reiteraciones inútiles.

#### **CUADRAGÉSIMO CUARTO.-** *Quinto motivo de casación. Demora en la solicitud de concurso*

Planteamiento:

1.- En el motivo quinto se denuncia la infracción del art. 165.1 LC, en relación con el art. 5 de la misma ley, por cuanto que no concurre la causa de culpabilidad de haber incumplido el deber de solicitar el concurso.

2.- La fundamentación del motivo coincide también con la del motivo quinto del Sr. Jose Augusto , con el añadido de la cita de la STS de 3 de julio de 2014 .

Decisión de la Sala:

Esta misma cuestión ha sido resuelta en los fundamentos jurídicos trigésimo cuarto y cuadragésimo, a los que nos remitimos para la desestimación del motivo.

#### **CUADRAGÉSIMO QUINTO.-** *Sexto motivo de casación. Personas afectadas por la calificación culpable*

Planteamiento:

1.- El sexto motivo de casación denuncia la infracción del art. 172.2.1.º LC, por cuanto no se puede imputar ni reprochar al recurrente las eventuales irregularidades contables o el retraso en la solicitud del concurso, por lo que no se le puede considerar como persona responsable o afectada por la calificación.

2.- El motivo coincide sustancialmente con el sexto del recurso del Sr. Jose Augusto , pero no cita jurisprudencia contradictoria.

Decisión de la Sala:

El motivo resulta inadmisibles tal y como está formulado, porque no se cita la jurisprudencia que supuestamente habría vulnerado la sentencia recurrida, ni explica cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida



la norma citada (el art. 172.2.1º LC ). Simplemente opone el criterio del recurrente frente al de la Audiencia Provincial. Como consecuencia de lo cual, debe ser desestimado.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO.- Séptimo motivo de casación. Responsabilidad concursal**

Planteamiento:

1.- El motivo séptimo denuncia la infracción del art. 172.bis LC , en la redacción dada al mismo por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, refrendado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

2.- Coincide con el motivo séptimo del recurso del Sr. Jose Augusto .

Decisión de la Sala:

Como hemos dicho en los fundamentos jurídicos trigésimo sexto, trigésimo séptimo y cuadragésimo segundo, el art. 172.bis LC , en su redacción dada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, refrendado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, únicamente es aplicable a las secciones de calificación abiertas tras su entrada en vigor. Lo que no ha sido el caso de la que es objeto de enjuiciamiento, que se abrió antes.

En consecuencia, debe desestimarse el motivo.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Octavo y noveno motivos de casación. Cobertura del déficit concursal**

Planteamiento:

Los motivos octavo y noveno también coinciden plenamente con los numerados igual en el recurso del Sr. Jose Augusto y denuncian la infracción de los arts. 172.3 LC y 173.3 (sic) LC, respectivamente.

Decisión de la Sala:

Dada la coincidencia de estos motivos con otros ya resueltos, inclusive la errata en la cita del art. 173.3 LC , nos remitimos para su desestimación a lo ya argumentado.

**Recurso de casación de Sadim Inversiones S.A.**

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- Tercer motivo de casación. Responsabilidad concursal**

Planteamiento:

1.- En el tercer motivo de casación, primero de los admitidos a esta parte, se denuncia infracción del art. 172.2.1º LC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en relación con los arts. 198 y 248 LSC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

2.- La parte recurrente, después de hacer una extensa interpretación de la prueba practicada, sostiene que apoyar la condición de persona afectada en el único dato de no haber votado en contra de la formulación de las cuentas anuales, y estimar insuficiente su abstención, constituye un error de derecho que contradice la doctrina jurisprudencial sobre aplicación del régimen de mayorías en los órganos de las sociedades de capital, en relación con la exigencia de mayoría absoluta, que entiende que los votos en blanco y las abstenciones equivalen a votos en contra. Cita las SSTs de 29 de marzo de 1960 , de 4 de noviembre de 1961 , de 30 de abril de 1971 , 4 de febrero de 1971 , 13 de abril de 1973 , 19 de diciembre de 2001 y 19 de julio de 2005 .

Decisión de la Sala:

1.- Frente al papel más o menos marginal que Sadim Inversiones pretende tener en la administración de Diasa, hemos de tener en cuenta que fue miembro del consejo de administración ininterrumpidamente desde el año 2002 hasta que cesó en su cargo el 31 marzo 2009. Así como que era titular del 40% del capital social de la concursada y que tenía reservada la facultad de designación de dos de los cinco miembros del consejo de administración.

Además, la Audiencia no solo toma en consideración que se abstuviera en la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2007, sin llegar a votar en contra. También toma en consideración que, tras haber votado Sadim favorablemente a la adquisición de la maquinaria, le incumbía el deber de comprobar de una manera diligente su correcta contabilización, máxime cuando se trató de una actuación que distorsionaba el activo de la sociedad de la manera relevante y continuada en el tiempo. Consideración que hace extensible a la contabilización en el ejercicio 2008, como ingreso extraordinario, de 150.000 ? por la operación con IFE. Y también le imputa el retraso en la solicitud de concurso, puesto que la sociedad deudora no podía cumplir sus obligaciones exigibles ya desde el ejercicio 2007, y Sadim se mantuvo en el cargo de administradora durante dos años más.





2.- Sobre esta base, el art. 198 LSC no es aplicable, tanto porque los acuerdos se adoptaron cuando todavía no estaba en vigor la Ley de Sociedades de Capital, como porque dicho precepto se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada y la concursada es una sociedad anónima.

En cuanto al art. 248 LSC le es aplicable la misma objeción primera (entrada en vigor). Además, la Audiencia Provincial no hace un reproche meramente formal sobre el hecho de que votara a favor o en contra de la aprobación de las cuentas anuales con las irregularidades contables que dan lugar a la declaración de culpabilidad, sino que lo que imputa a la recurrente es que no se opusiera activamente a la plasmación de tales irregularidades, dada su preeminencia en la sociedad, tanto por elevado capital social de que era titular, como por su facultad de designar un número relevante de miembros del consejo de administración, lo que iba más allá de un simple voto en una junta general.

3.- Como consecuencia de ello, este motivo también debe desestimarse.

#### **CUADRAGÉSIMO NOVENO.- Sexto motivo de casación. Responsabilidad concursal**

Planteamiento:

1.- En el motivo sexto se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad concursal de los administradores sociales que interpreta el art. 172.3 LC. Cita como infringidas las SSTs de 23 de febrero de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 6 de octubre de 2011.

2.- En el desarrollo del recurso se sostiene, resumidamente, que la sentencia de apelación debe ser casada en cuanto al pronunciamiento de condena al pago de 420.774 € en concepto de condena a la cobertura del déficit concursal, pues le imputa al recurrente una agravación de la insolvencia, en el periodo de 2007 a 2009, por un retraso en la solicitud de concurso, cuando renunció a su cargo el 31 de marzo de 2009. De manera que resulta incorrecto jurídicamente que se le pueda imputar una agravación de la insolvencia en un periodo posterior a su cese como administrador de la concursada, en contra de la interpretación jurisprudencial del art. 172.3 LC, que exige graduar la incidencia de la conducta del administrador en la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada.

Decisión de la Sala:

1.- Resulta claro que no puede imputársele al recurrente una causa de culpabilidad acaecida con posterioridad a su cese como administrador, pero es que la Audiencia Provincial no hace eso. No se dice que la agravación de la insolvencia tuviera lugar como consecuencia de un retraso en la solicitud de concurso posterior a marzo de 2009, sino que se indica que ya en 2007 la sociedad estaba en situación de insolvencia y, por tanto, con bastante antelación al cese del administrador recurrente, por lo puede atribuírsele perfectamente responsabilidad en el supuesto previsto en el art. 165.1 LC.

2.- Tampoco es correcto afirmar que la Audiencia Provincial no valora la incidencia de la conducta en la agravación de la insolvencia, puesto que tiene en cuenta que Sadim Inversiones no se opuso a las irregularidades contables.

3.- En su virtud, este motivo de casación también debe ser desestimado.

#### **QUINGUAGÉSIMO.- Séptimo motivo de casación. Cobertura del déficit concursal**

Planteamiento:

1.- El motivo séptimo de casación denuncia la infracción del art. 172.bis LC, en su redacción dada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, en vigor desde el 9 de marzo de 2014.

2.- En el motivo se reitera la argumentación del anterior motivo, al tiempo que se discrepa del criterio de cuantificación seguido por la sentencia recurrida.

Decisión de la Sala:

El motivo, tal y como está planteado, resulta inadmisibile, ya que la sentencia recurrida no ha aplicado el art. 172.bis LC en la redacción proveniente del Real Decreto Ley 4/2014, y como hemos dicho, tenemos declarado que el régimen aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación (sentencias 772/2014, de 12 de enero, y 421/2015, de 22 de julio). Así como que la cuantía de la condena es una cuestión que queda excluida de la casación (sentencia 669/2012, de 14 de noviembre).

#### **Recurso de casación de la administración concursal**

#### **QUINGUAGÉSIMO PRIMERO.- Único motivo de casación admitido. Responsabilidad concursal**

Planteamiento:



1.- En el segundo motivo de casación, único admitido, se denuncia error por indebida aplicación de la jurisprudencia sobre la responsabilidad concursal, en referencia a la doctrina contenida en las sentencias de 28 de febrero de 2013 , 14 de noviembre de 2012 , 17 de noviembre de 2012 , 16 de julio de 2012 y 6 de octubre de 2011 .

2.- En el desarrollo del motivo, sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida aplica indebidamente el art. 172.bis LC y la doctrina jurisprudencial que la desarrolla, ya que la exoneración de Sadim Inversiones respecto de las irregularidades contables no sólo carece de motivación sino de causa, ya que prescinde de los propios argumentos que la sentencia recoge en sus fundamentos de derecho segundo y tercero.

Decisión de la Sala

1.- El motivo define mal la infracción legal que considera cometida. Si lo que se pretende es que Sadim Inversiones fuera considerada como afectada por la calificación culpable por la comisión de irregularidades contables relevantes, debería haberse citado como infringido el art. 172.1 LC , que se refiere a la expresión de la causa o causas en que se fundamente la calificación. Y no el art. 172 bis (o el 172.3), que es consecuencia del anterior, en cuanto que enlaza la consecuencia -la cobertura del déficit concursal- a la causa de calificación culpable.

2.- En todo caso, la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial sobre la responsabilidad concursal de Sadim Inversiones es coherente con los hechos que declara probados. En efecto, si considera que dicha sociedad no participó activamente en los artificios contables, cuya iniciativa atribuye a los demás miembros del consejo de administración, sino que se limitó a mantener una actitud pasiva, y que su conducta más relevante a efectos de culpabilidad fue el retraso en la solicitud de concurso, es perfectamente ajustado a la jurisprudencia de esta sala sobre la responsabilidad concursal, en el régimen anterior a 2014, que valore dicha responsabilidad en función de su contribución efectiva a la culpabilidad, identificada en la pasividad en solicitar el concurso pese a la situación de insolvencia en que se encontraba ya la sociedad.

3.- Ello no resulta contradictorio con los fundamentos jurídicos segundo y tercero. En el segundo, porque se identifican las irregularidades contables y el retraso en la solicitud de concurso, pero no se hacen imputaciones concretas a personas determinadas. Y en el tercero, porque se describe la posición de Sadim Inversiones como socia y miembro del consejo de administración, lo que precisamente sirve de base posteriormente para dar como probado que aunque no participara en la comisión de las irregularidades contables, sí fue responsable, cuando menos por omisión o pasividad, de la demora en la solicitud de concurso ( arts. 2 y 5 LC ).

4.- En su virtud, este recurso de casación también debe ser desestimado.

#### **QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.- Costas y depósitos**

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC , la desestimación de los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación conlleva la imposición a las partes recurrentes de las costas causadas por ellos.

2.- Igualmente, tales desestimaciones suponen la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 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 los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Romualdo y Dña. Marta , D. Apolonio , D. Jose Augusto , la sociedad Sadim Inversiones S.A. y la administración concursal de Laboratorios Diasa Pharma S.A., dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación n.º 291/2014, con fecha 10 de noviembre de 2014 . 2.º- Imponer a los recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos. 3.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los mencionados recursos. 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.