



Roj: **STS 1233/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1233**

Id Cendoj: **28079110012018100186**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2018**

Nº de Recurso: **1054/2015**

Nº de Resolución: **191/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2173/2014,**
STS 1233/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 191/2018

Fecha de sentencia: 05/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1054/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1054/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 191/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



En Madrid, a 5 de abril de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia núm. 302/2014, de 24 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, aclarada por auto de 4 de febrero de 2015, como consecuencia de autos de incidente concursal 5/2013, dimanante del concurso ordinario 388/2010 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma de Mallorca, sobre calificación del concurso.

Los recursos fueron interpuestos por D. Torcuato y D. Carlos, representados por D.^a María Carmen Azpeitia Bello y bajo la dirección letrada de D. Manuel Montis Suau; y por D.^a Alejandra, D. Guillermo y D. Miguel, representados por D.^a Teresa de Jesús Castro Rodríguez y bajo la dirección de D.^a Alejandra.

Es parte recurrida D. Jose Ramón, administrador concursal de Acp Climatización S.A.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Con fecha 22 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma de Mallorca, en el Concurso Abreviado 388/2010 dictó auto, en cuya parte dispositiva acordaba:

« 1. Aprobar el plan de liquidación presentado por la Administración concursal de ACP CLIMATIZACION S.A. con las modificaciones contenidas en su escrito con fecha de entrada en este Juzgado de 8 de mayo del año 2012, debiendo sujetarse a éste las operaciones de liquidación de la masa activa, en el bien entendido que tratándose de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley Concursal;

» 2. Abrir la sección sexta de calificación que se encabezará con testimonio de la solicitud de concurso, de la documentación aportada por el deudor, del auto de declaración de concurso y del informe de la Administración concursal».

2.- D. Jose Ramón, administrador concursal de Acp Climatización S.A. formuló informe de calificación en el que solicitó:

«A) Declare que el concurso de acreedores de la entidad "ACP Climatización S.A", es culpable.

» B) Declare que las personas afectadas por la declaración de culpabilidad, a excepción de aquellos aspectos que no tienen un contenido patrimonial sino de orden público mercantil que no alcanzaría a la herencia yacente del señor Pelayo, son todos los demandados.

» C) Condene a los demandados señores Torcuato, Carlos y Gines a inhabilitación por el tiempo de cinco años. Esta inhabilitación comprenderá la de administrar los bienes ajenos y la de representar o administrar a cualquier persona.

» D) Condene a los demandados señores Torcuato, Carlos y Gines y a la herencia yacente del señor Pelayo a pagar solidariamente a la masa activa del concurso la cantidad de un millón noventa mil ochocientos once euros con once céntimos (1.090.811,11 ?) en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más sus intereses legales desde la fecha de la interposición de esta demanda.

» E) Condene a los demandados señores Torcuato, Carlos y Gines y a la herencia yacente del señor Pelayo a pagar solidariamente a la masa activa del concurso la mitad del déficit concursal una vez deducido de la masa pasiva el producto de la liquidación y la cantidad que, en su caso hubiese sido otorgada judicialmente en concepto de indemnización de daños y perjuicios (apartado D/anterior); más sus intereses legales (el montante final será fijado en ejecución de sentencia sobre las bases anteriores).

» F) Condene a todos los demandados a perder los derechos que eventualmente pudieran tener u obtener como acreedores concursales y/o de la masa del concurso de acreedores de "ACP Climatización, SA", así como a devolver los que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor.

» G) Condene a todos los demandados a pagar las costas del proceso».

El Ministerio Fiscal presentó informe en el que solicitaba que se declarara culpable el concurso de Acp Climatización S.A.



3.- El procurador D. Miguel Socias Roselló, en representación de Acp Climatización S.A., presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso presentada por la Administración concursal.

El procurador D. Xim Aguiló de Cáceres Planas, en representación de D. Gines , presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

El procurador D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D.^a Trinidad , como heredera de D. Pelayo presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

El procurador D. Miguel Socias Rosselló, en representación de D. Carlos presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

El procurador D. Miguel Socias Rosselló, en representación de D. Torcuato presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma de Mallorca dictó sentencia 42/2014, de 12 de febrero , con el siguiente fallo:

«Que debo:

- » 1. Declarar culpable el concurso de ACP Climatización S.L.;
- » 2. Determinar como personas afectadas por la calificación a D. Torcuato y D. Carlos ;
- » 3. Inhabilitar a D. Torcuato y D. Carlos para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante el periodo de tres años;
- » 4. Privar a D. Torcuato y D. Carlos de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa;
- » 5. Condenar a D. Torcuato y D. Carlos a pagar a los acreedores concursales el 50% del importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, y a la herencia de D. Pelayo , el 30%, responsabilidad que tendrá carácter solidario;
- » 6. Tener a la parte activa de la Sección por desistida de la pretensión inicialmente dirigida contra D. Gines y de la contenida en el apartado D) de la propuesta de calificación;
- » 7. Imponiendo el pago de las costas derivadas del incidente a la concursada y afectados por la calificación, a excepción de las derivadas de la pretensión dirigida inicialmente frente a D. Gines respecto de las que no se hace expresa declaración».

Con fecha 3 de marzo de 2014 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que debo acordar y acuerdo:

- » [...] 2. Aclarar la sentencia dictada en las presentes actuaciones en fecha de 12 de febrero de 2014 el sentido expresado en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Trinidad , y de ACP Climatización S.A., D. Torcuato y D. Carlos . D. Jose Ramón , administrador concursal de Acp Climatización S.A. se opuso a los recursos.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 391/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 302/2014 de 24 de noviembre , cuya parte dispositiva dispone:

«1º) Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D.^a Trinidad ; y desestimar los recursos de apelación interpuestos por el Procurador D. Miguel Socias Rosselló, en representación de la entidad "ACP Climatización, SA", de D. Torcuato y de D. Carlos ; ambos contra la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2014 , aclarada por auto de 3 de marzo siguiente, dictados por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta Capital, en los autos nº 5/13 del Concurso Abreviado nº 388/2010 (Secc. Sexta), de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución en parte se revoca; y en su virtud,

» 2º) Confirmar los pronunciamientos que las resoluciones impugnadas contienen; salvo el porcentaje adjudicado a la herencia de D. Pelayo , que queda fijado en un 15%, con responsabilidad solidaria.

» 3º) Se imponen a las partes apelantes las costas procesales devengadas en esta alzada; salvo las derivadas al Sr. Pelayo respecto de las cuales no se hace expresa imposición».

Con fecha 5 de febrero de 2015 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:



«La Sala acuerda:

- » 1) Haber lugar a la aclaración de la sentencia nº 302 de fecha 24 de noviembre de 2014, dictada por este Tribunal, y solicitada por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Roselló en representación de D. Torcuato y otros, y por el Procurador de los Tribunales D. Onofre Perelló Alorcé en representación de Dña. Trinidad , y actualmente de Dña. Alejandra , D. Guillermo y de D. Miguel ; y en su virtud,
- » 2) Confirmar los pronunciamientos de la Sentencia nº 302, de 24 de noviembre de 2014 , contiene; aclarados en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución.
- » 3) No procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en el presente incidente».

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de los recursos de casación

1.- El procurador D. Miguel Socias Roselló, en representación de D. Torcuato y D. Eloy , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 218.1º y art. 216 de la LEC , por cuanto la sentencia no es congruente con la petición de las partes, infringiéndose a su vez lo establecido en el art. 456.1 , art. 465.5 y art. 461 de la LEC .»

«Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; art. 218.2 y art. 209 de la LEC en relación con el art. 120.3 de la Constitución Española , en la medida en que la sentencia no motiva el fundamento que le lleva a establecer que los trabajadores de Acp Climatización no prestaron servicios para la entidad Illes Clima S.L.»

«Tercero.- Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.4º LEC en relación con el art. 24 de la Constitución Española . Error en la valoración de la prueba. Arbitrariedad e irracionalidad.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La sentencia infringe el art. 164.2.6º de la Ley Concursal sobre la presunción de culpabilidad del concurso basada en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia. La sentencia infringe y se opone a la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fechas 14/11/2012, nº 669/2012 RJ2013/1614 , 6/06/2000 RJ2000/4004 y 26/01/1994 RJ94/446».

«Segundo.- Irregularidades contables relevantes. La sentencia objeto del recurso infringe lo establecido en el art. 164.2 de la Ley Concursal . La sentencia se opone e infringe la doctrina de este Alto Tribunal plasmadas en las sentencias de 16/01/2011 RJ2012/3649 ; 21/05/2012 RJ2012/6537 y 10/09/2012 RJ2012/9010».

«Tercero.- La sentencia objeto del recurso infringe el art. 172 bis de la Ley Concursal . Irregularidades contables relevantes. Existe interés casacional ya que es necesario, conveniente y oportuno que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad concursal a la vista de la nueva redacción del art. 172 bis de la Ley Concursal , y si puede mantenerse la doctrina recogida en las sentencias de 28/02/2013 RJ 2013/4593 ; de 14/11/2012 RJ2013/1614 ; de 06/10/2011 RJ2012/1084 ; y de 20/06/2012 RJ2012/8009».

La procuradora D.ª Joana Socias Reynés, en representación de D.ª Alejandra , D. Guillermo y D. Miguel , como herederos de D.ª Trinidad , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Se instrumenta a través del art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por falta de motivación de la misma. Infracción de los arts. 24.1 de la Constitución Española , los arts. 218.2 y 209 LEC , en relación con el art. 248.3 de la LOPJ y el art. 120.3 de la Constitución en cuanto a la falta de motivación».

«Segundo.- Se instrumenta a través del art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. La infracción que se denuncia determina que se ha considerado acreditada la causa del art. 165.1 de la Ley Concursal , por lo que ha tenido influencia decisiva en el fallo».

«Tercero.- Se instrumenta a través del art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. La infracción que se denuncia determina que se produce una nueva fórmula para el cálculo del déficit concursal, que no fue alegada por ninguna de las partes y que no fue objeto de apelación».

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Infracción por aplicación del art. 172 bis LC . La responsabilidad concursal depende de la incidencia que la conducta culpable ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia».

«Segundo.- Infracción por inaplicación del art. 172 bis LC conforme a la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo (Sentencia de Pleno 774/2014, de 12 de enero y anteriores)».

«Tercero.- Infracción por inaplicación del concepto de déficit concursal previsto en el art. 172 bis LC e interpretado por la Jurisprudencia».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de septiembre de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

3.- La representación de D.^a Alejandra , D. Guillermo y D. Miguel presentó escrito desistiendo del recurso de infracción procesal y de casación planteado. Por Decreto de 10 de noviembre de 2017 se declaró desistidos del recurso a D.^a Alejandra , D. Guillermo y D. Miguel , con imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

4.- D. Jose Ramón , administrador concursal, se opuso al recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación de D. Torcuato y D. Carlos .

El Ministerio Fiscal presentó informe mostrando su conformidad con el apartado primero del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal e impugnando el resto de los motivos de los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- En el concurso de la entidad Acp Climatización S.A., una vez abierta la sección de calificación por auto de 22 de mayo de 2012 , la administración concursal emitió un informe en el que solicitó que el concurso se calificara como culpable por la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º de la Ley Concursal), por la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad (art. 164.2.1º de la Ley Concursal) y por el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1 de la Ley Concursal).

Como personas afectadas por la calificación, el informe de la administración concursal señaló a D. Torcuato , D. Carlos , D. Gines y a los herederos de D. Pelayo . Para ellos solicitó la condena a la inhabilitación, a indemnizar a la masa activa del concurso en 1.090.811,11 euros y a pagar a los acreedores concursales el 50% del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación de la masa activa.

El Ministerio Fiscal se adhirió al informe de la administración concursal.

Las personas respecto de las que se proponía que fueran declaradas como afectadas por la calificación se opusieron a las peticiones de la administración concursal y del Ministerio Fiscal.

2.- El Juzgado Mercantil, en su sentencia, calificó el concurso como culpable por la concurrencia de las causas de calificación consistentes en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º de la Ley Concursal) y la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad (art. 164.2.1º de la Ley Concursal), pero rechazó la concurrencia de la causa consistente en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1 de la Ley Concursal).

Condenó a D. Torcuato y a D. Carlos a tres años de inhabilitación y a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, así como a pagar solidariamente a los acreedores concursales la mitad del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación. Respecto de este último pronunciamiento, la sentencia condenaba también, solidariamente con los anteriores, a los herederos de D. Pelayo , si bien en este caso el límite de responsabilidad de estos sería del 30% del importe de tales créditos no percibidos en la liquidación.

3.- La sentencia fue apelada por D.^a Trinidad , heredera de D. Pelayo , por D. Torcuato y D. Carlos , y por la concursada Acp Climatización S.A.



La Audiencia Provincial dictó una sentencia en cuyo fallo afirmaba que desestimaba los recursos de apelación, salvo el de la heredera de D. Pelayo, que estimaba en parte, y afirmaba también que confirmaba todos los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado Mercantil, salvo el relativo a la condena a los herederos de D. Pelayo, que rebajó desde el 30% del importe de los créditos no percibidos en la liquidación hasta el 15%.

En el fundamento de derecho cuarto, la sentencia declaraba que también concurría la causa de calificación del concurso como culpable prevista en el art. 165.1 de la Ley Concursal, consistente en haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, y fijaba las bases para calcular el déficit concursal, en las que incluía, entre otras, las siguientes partidas:

«6) Adicionar al saldo negativo, en su caso, la cantidad de 262.790,24 Euros, por diferencias en facturas; o la deuda final que "Illes Clima" adeude a la Agencia Tributaria, por concepto de IVA, que derive de la facturación desglosada. Se aplicará el montante mayor de los dos resultantes.

» 5) Adicionar las diferencias entre aquella facturación y los modelos 300 de los ejercicios 2007 y 2008 de declaración, que asciende a 93.454,13 Euros».

Posteriormente, en un auto de aclaración dictado en relación con estas declaraciones, se afirmó que «negada la vinculación de las sociedades a través del IVA, la Agencia Tributaria aparece en el listado de acreedores de "ACP, en liquidación", al igual que "ILLES CLIMA, S.A.", que asimismo aparece como deudora solidaria en el listado de trabajadores, y que el indicado precepto suele reincidir en los supuestos del art. 164.1 y 164.2, como se indica en la Sentencia dictada por esta Sala, aunque sólo hipotéticamente, y si bien se entiende acreditada, no es que se revoque el pronunciamiento absolutorio, ex art. 165.1, sino que se refleja y apoya el porcentaje del déficit concursal, por lo que no se incurre en "reformatio in peius", considerándose dentro de las conductas culpables».

4.- D. Torcuato y D. Carlos han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal contra esa sentencia, basado en tres motivos, y un recurso de casación, basado también en tres motivos.

D.^a Alejandra, D. Guillermo y D. Miguel, herederos de D.^a Trinidad, que a su vez era heredera de D. Pelayo, interpusieron también recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia, pero posteriormente se desistieron del recurso.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 218.1º y art. 216 de la LEC, por cuanto la sentencia no es congruente con la petición de las partes, infringiéndose a su vez lo establecido en el art. 456.1, art. 465.5 y art. 461 de la LEC».

2.- El motivo se desarrolla en dos apartados. En el primero se denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia y supone una *reformatio in peius* al declarar que concurre un supuesto de culpabilidad rechazado por la sentencia del Juzgado Mercantil y al ampliar las bases para calcular el déficit concursal, sin que tales cuestiones hubieran sido objeto de recurso por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, que no recurrieron en apelación.

En el segundo apartado se denuncia la incongruencia consistente en que la sentencia de la Audiencia Provincial fije un hecho relevante en contra de la sentencia del Juzgado Mercantil que no fue objeto de recurso.

TERCERO.- *Decisión del tribunal. Estimación parcial del motivo de recurso*

1.- El art. 172.1 de la Ley Concursal establece:

«La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación».

La exigencia de expresión de la causa o causas en que se fundamente la calificación del concurso como culpable contenida en dicho precepto se explica porque las consecuencias de la calificación del concurso como culpable no son las mismas según la causa o causas en que se fundamente tal calificación. Algunas de estas consecuencias son comunes a todas las causas de calificación del concurso como culpable (por ejemplo, la inhabilitación), pero otras solo proceden cuando concurren determinadas causas de calificación del concurso como culpable.



Asimismo, la concurrencia de unas u otras causas es relevante para fijar, en su caso, la condena a la cobertura del déficit concursal e incluso para graduar el alcance de otros pronunciamientos condenatorios, como puede ser la inhabilitación.

2.- El fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial afirma no haber modificado ningún pronunciamiento de la sentencia del Juzgado Mercantil en un sentido perjudicial para las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable, puesto que solamente rebajó una de las condenas a la cobertura parcial del déficit concursal.

Sin embargo, en la fundamentación jurídica, la sentencia de la Audiencia Provincial consideró que concurría una tercera causa de calificación del concurso como culpable, la de la generación o agravamiento de la insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor (art. 164.1 de la Ley Concursal), que el Juzgado Mercantil había descartado, sin que la administración concursal ni el Ministerio Fiscal hubieran apelado.

Además, al razonar la concurrencia de esta causa de culpabilidad, la Audiencia Provincial fijó las bases para el cálculo de la condena a la cobertura parcial del déficit concursal e incluyó en las mismas determinada partida que, en principio, correspondía a deudas que otra sociedad mantenía con la Hacienda pública, y otra partida cuya procedencia no se explica. A falta de una motivación clara, parece que se está agravando la condena a la cobertura parcial del déficit concursal establecida en la sentencia de primera instancia, pese a que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal han recurrido la sentencia.

3.- Aunque esas declaraciones no fueron llevadas expresamente al fallo, la declaración de concurrencia de una nueva causa de culpabilidad ha de considerarse como parte de los pronunciamientos de la sentencia, en virtud de lo previsto en el art. 172.1 de la Ley Concursal , que exige que cuando la sentencia declare el concurso culpable se exprese la causa o causas en que se fundamente la calificación.

Asimismo, la fijación de una base ampliada para calcular el déficit concursal, que los condenados deben cubrir parcialmente (así parece deducirse de la sentencia, aunque su falta de claridad impide hacerse una idea cabal al respecto), aunque tampoco se ha llevado al fallo de la sentencia, también ha de considerarse un pronunciamiento por cuanto que se trata de una declaración que está destinada a ser ejecutada en cumplimiento de la sentencia.

4.- El auto de aclaración dictado por la Audiencia Provincial no es óbice a la apreciación de la incongruencia en que incurre la sentencia, por cuanto que mantiene las declaraciones de la sentencia cuya aclaración se solicitaba.

La explicación que en dicho auto se da sobre el sentido y alcance de tales declaraciones no es comprensible.

5.- Ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal habían recurrido la sentencia del Juzgado Mercantil. Por tal razón, los pronunciamientos condenatorios de la sentencia de primera instancia no podían resultar agravados en la sentencia de la Audiencia Provincial. Al haberlo hecho, la sentencia de la Audiencia Provincial ha incurrido en incongruencia, pues ha abordado cuestiones no planteadas en el recurso ni en los escritos de oposición, y ha vulnerado la prohibición de *reformatio in peius* (art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

6.- Lo anterior debe llevar a que se estime este primer apartado del motivo y a que se anulen y dejen sin efecto las declaraciones contenidas en el fundamento cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial.

7.- En lo que respecta al segundo apartado del motivo, las alegaciones de los recurrentes no pueden ser estimadas. Los argumentos que son objeto de impugnación fueron expuestos por la Audiencia Provincial al examinar una de las causas de impugnación del recurso de apelación interpuesto por los hoy recurrentes, que fue desestimada, por lo que no se incurre en incongruencia.

Es más, esos argumentos son concordantes con los expuestos en la sentencia del Juzgado Mercantil que justificaron la apreciación del carácter culpable del concurso por la existencia de irregularidades contables y por la simulación de una situación patrimonial ficticia.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; art. 218.2 y art. 209 de la LEC en relación con el art. 120.3 de la Constitución Española , en la medida en que la sentencia no motiva el fundamento que le lleva a establecer que los trabajadores de Acp Climatización no prestaron servicios para la entidad Illes Clima S.L.».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial adolece de falta de motivación pero posteriormente se afirma que la motivación de la sentencia recurrida es ilógica y arbitraria.



Más adelante, en el desarrollo del motivo se valora la prueba pericial practicada, se combaten los hechos sentados en la instancia y se afirma que la Audiencia Provincial ha realizado una «aplicación arbitraria de la legalidad».

QUINTO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- En el desarrollo del motivo se hacen afirmaciones contradictorias (que la sentencia recurrida carece de motivación y que la motivación de la sentencia recurrida es ilógica y arbitraria), se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, procesales y sustantivas, y se realiza una valoración de una de las pruebas que se contraponen a la valoración realizada en la instancia.

2.- Se trata, por tanto, de un motivo incorrectamente formulado por su contenido heterogéneo, su falta de precisión, por incluir cuestiones sustantivas ajenas al recurso extraordinario por infracción procesal y por pretender una revisión de la valoración probatoria hecha por la Audiencia.

SEXTO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal lleva el siguiente encabezamiento:

«Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.4º LEC en relación con el art. 24 de la Constitución Española . Error en la valoración de la prueba. Arbitrariedad e irracionalidad».

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes valoran la prueba pericial practicada, manifiestan que la sentencia de la Audiencia Provincial sienta hechos que no fueron declarados por la sentencia del Juzgado Mercantil, sin que la Audiencia pudiera entrar en tal cuestión por no haber sido recurrida y, por último, afirman la realidad de determinados hechos que contradicen los fijados por la Audiencia Provincial.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia en la que pueda volver a valorarse la prueba practicada en la primera y segunda instancia o en la que pueda aceptarse que el recurrente pretenda imponer una versión de los hechos distinta a la fijada por la Audiencia Provincial.

No se ha justificado mínimamente que la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial (que ha consistido básicamente en asumir la realizada por el Juzgado Mercantil) haya incurrido en error patente, arbitrariedad o irracionalidad.

2.- En primer lugar, no llevan razón los recurrentes cuando afirman que el relato de hechos fijados por la Audiencia Provincial es contradictorio con el sentado en la primera instancia.

Por otra parte, los recurrentes incurren reiteradamente en la incorrección de afirmar que no se recurrió en apelación determinada afirmación de hechos contenida en la sentencia de primera instancia. El objeto de los recursos son los pronunciamientos de la sentencia recurrida no los "hechos" afirmados en tal sentencia.

El pronunciamiento de la sentencia del Juzgado Mercantil que declaró el concurso culpable por la concurrencia de determinadas causas de culpabilidad fue apelado justamente por quienes son los recurrentes ante este tribunal. En el análisis del recurso de apelación que cuestionó tal pronunciamiento condenatorio, la sentencia de la Audiencia Provincial tenía plena soberanía para volver a enjuiciar las cuestiones de hecho y de derecho atinentes a tal pronunciamiento. Por tanto, que valorara los hechos relacionados con los pronunciamientos impugnados no supone infracción legal alguna.

3.- Se trata en todo caso de cuestiones relacionadas con el principio de congruencia, no con la valoración supuestamente errónea de la prueba.

Recurso de casación

OCTAVO.- *Formulación del primer motivo*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así:

«La sentencia infringe el art. 164.2.6º de la Ley Concursal sobre la presunción de culpabilidad del concurso basada en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia. La sentencia infringe y se opone a la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fechas 14/11/2012, nº 669/2012 RJ2013/1614 , 6/06/2000 RJ2000/4004 y 26/01/1994 RJ94/446».

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes afirman que la sentencia de la Audiencia Provincial contradice lo afirmado por la sentencia del Juzgado Mercantil y que si la plantilla de ACP Climatización trabajó para Illes Clima no existe ningún acto de simulación que pueda imputarse a los recurrentes.

**NOVENO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- El recurso incurre reiteradamente en el error de afirmar que la Audiencia Provincial contradice la sentencia del Juzgado Mercantil, cuando lo cierto es que la Audiencia Provincial es concordante con la sentencia del Juzgado Mercantil, cuyas afirmaciones fácticas asume, unas veces explícita y otras implícitamente, y confirma los pronunciamientos condenatorios contenidos en la sentencia del Juzgado Mercantil.

Por otra parte, como ya se ha expresado, que la Audiencia Provincial, al enjuiciar la impugnación que en el recurso de apelación se hace de determinados pronunciamientos de la sentencia del Juzgado Mercantil, hubiera llegado a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Juzgado Mercantil, no supondría infracción legal alguna, sino dar cumplimiento a sus funciones como órgano de apelación.

2.- Que la plantilla de la concursada trabajara para otra empresa no excluye la existencia de simulación de una situación patrimonial ficticia afirmada en la instancia, que consistía fundamentalmente en realizar la facturación sin soporte (emisión de facturas y abonos sin respaldo en operaciones reales) y con el fin de retrasar el pago del IVA, generando las anulaciones de facturas en fechas que permitirán minorar el importe del IVA y retrasar su pago, con lo que se generó una situación patrimonial que no respondía a la realidad al distorsionar los ingresos de la concursada y el resultado de sus actividades. Así se afirma en las sentencias de instancia y para resolver el recurso de casación ha de estarse a las declaraciones fácticas realizadas en la instancia, que soportan la conclusión jurídica alcanzada en ambas instancias.

DÉCIMO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- El segundo motivo del recurso se encabeza así:

«Irregularidades contables relevantes. La sentencia objeto del recurso infringe lo establecido en el art. 164.2 de la Ley Concursal . La sentencia se opone e infringe la doctrina de este Alto Tribunal plasmadas en las sentencias de 16/01/2011 RJ2012/3649 ; 21/05/2012 RJ2012/6537 y 10/09/2012 RJ2012/9010»

2.- En el desarrollo del motivo se afirma que dado que se prestaron efectivamente servicios a Illes Clima, no puede existir ninguna irregularidad contable. Se añade que como los abonos y cancelaciones se llevaron a cabo en el mismo ejercicio fiscal, no pudieron perjudicar a los acreedores. Y que el hecho de que los abonos y anulaciones ficticios hubieran tenido por finalidad retrasar el pago del IVA no constituye un supuesto de irregularidad contable pues con ello se evitó la generación de intereses de demora y recargos frente a la Hacienda Pública y la necesidad de acudir a financiación externa.

UNDÉCIMO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- La cesión de trabajadores a otra empresa no excluye que la realización de asientos contables ficticios constituya el supuesto de hecho de la causa de culpabilidad del art. 164.2.1º de la Ley Concursal .

2.- La afirmación de que las irregularidades se realizaron dentro de cada uno de los ejercicios fiscales parte de una base fáctica no fijada en la instancia. Además, de ser cierta, no excluiría la ilicitud de las irregularidades y la concurrencia del supuesto de hecho de la causa de culpabilidad.

3.- La afirmación de que no existe irregularidad contable constitutiva de causa de culpabilidad porque la única perjudicada habría sido la Hacienda Pública, que no habría cobrado los recargos e intereses de demora que le corresponderían por el retraso en el pago del IVA, resulta sorprendente.

Su manifiesta falta de fundamento excluye la necesidad de razonamientos adicionales para desestimarla.

DUODÉCIMO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El tercer motivo del recurso de casación se encabeza así:

«La sentencia objeto del recurso infringe el art. 172 bis de la Ley Concursal . Irregularidades contables relevantes. Existe interés casacional ya que es necesario, conveniente y oportuno que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad concursal a la vista de la nueva redacción del art. 172 bis de la Ley Concursal , y si puede mantenerse la doctrina recogida en las sentencias de 28/02/2013 RJ2013/4593 ; de 14/11/2012 RJ2013/1614 ; de 06/10/2011 RJ2012/1084 ; y de 20/06/2012 RJ2012/8009».

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes manifiestan la conveniencia de que este tribunal se pronuncie sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal a la vista de la nueva redacción dada al art. 172 bis de la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 4/2014 y la Ley 17/2014, que ha añadido que la condena a la cobertura del déficit concursal deberá ser en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación de culpable haya generado o agravado la insolvencia.

3.- Según los recurrentes, la reforma legal tendría un carácter interpretativo de la normativa preexistente.



Teniendo en cuenta lo anterior, la infracción legal se habría producido porque la sentencia de la Audiencia Provincial no ha justificado en qué medida la conducta de las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable puede haber generado o agravado el estado de insolvencia.

DECIMOTERCERO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- La cuestión planteada en este motivo ha sido resuelta por este tribunal en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, de pleno.

Dado que aborda directamente la cuestión planteada por los recurrentes, consideramos conveniente la transcripción literal del fundamento en que, bajo el epígrafe «trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo», afirmamos:

«1.- El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el art. 172.3, sino el art. 172.bis de la Ley Concursal .

» Con dicha modificación, la redacción del art. 172.bis.1 es la siguiente:

» "Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación 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** " (en negrita el inciso final añadido por las normas del año 2014 citadas, relevante para la cuestión que se examina).

» 2.- Dicha modificación no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto- ley 4/2014, de 7 de marzo, como es el caso objeto del recurso, por varias razones.

» La primera es que, como ya declararon las sentencias núm. 56/2011, de 23 de febrero, y 669/2012, de 14 de noviembre, la norma que regula la responsabilidad concursal no es una norma sancionadora por lo que no son aplicables las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables. No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales.

» La segunda razón es que ni siquiera puede considerarse que la reforma legal tenga la retroactividad que esta Sala ha atribuido a lo que ha denominado como "normas interpretativas o aclaratorias" (sentencias núm. 725/2009 de 18 de noviembre, 469/2010, de 27 de julio, y las en ellas citadas). El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta "ex lege" de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada en alguna de las sentencias de esta Sala entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.

» Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia), la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir 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) de la cobertura total o parcial del déficit concursal "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia".

» Como se ha indicado anteriormente, este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva».

2.- Esta doctrina ha sido confirmada en las sentencias 45/2015, de 5 de febrero , 421/2015, de 22 de julio , 719/2016, de 1 de diciembre , 203/2017, de 29 de marzo , 574/2017, de 24 de octubre , y 583/2017, de 27 de octubre .

3.- La sección de calificación fue abierta por auto de 22 de mayo de 2012 . Dado que, como se explica en la sentencia transcrita, el régimen legal aplicable a la responsabilidad concursal es el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación y la sección se abrió en el año 2012, no le es aplicable la reforma del art. 172.bis de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

También dijimos en esa sentencia que la reforma no tenía un alcance interpretativo de la normativa anterior.

4.- La consecuencia de lo anterior es que la sentencia de la Audiencia Provincial, al no establecer la relación de causalidad entre los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable y la generación o agravación de la insolvencia para justificar la condena a la cobertura parcial del déficit concursal, no vulnera el art. 172.bis de la Ley Concursal , en la redacción anterior al Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, tal como ha sido interpretado por este tribunal.

DECIMOCUARTO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido estimado en parte y procede condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación que ha sido desestimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación y estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Torcuato y D. Carlos , representados por D.ª María Carmen Azpeitia Bello contra la sentencia núm. 302/2014, de 24 de noviembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , aclarada por auto de 4 de febrero de 2015, en el recurso de apelación núm. 391/2014

2.º- Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a las declaraciones contenidas en su fundamento cuarto. Se confirman el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.

3.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación y no imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- Devolver a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.