



Roj: **SAP BI 2739/2013 - ECLI:ES:APBI:2013:2739**

Id Cendoj: **48020370042013100546**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **27/12/2013**

Nº de Recurso: **188/2013**

Nº de Resolución: **735/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2739/2013,**
STS 4727/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG. PV. / IZO EAE: 48.04.2-11/007620

NIG. CGPJ / IZO BJKN :48.020.47.1-2011/0007620

R.apelac.conc.L2 / E_R.apelac.conc.L2 188/2013

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao / Bilboko 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de Incidente **concurzal** de oposición a la **calificación** 447/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: LARON MARK S.A. y Luis Andrés

Procurador/a/ Prokuradorea:LUIS PABLO LOPEZ ABADIA RODRIGO y LUIS PABLO LOPEZ ABADIA RODRIGO

Abogado/a / Abokatua: PEDRO LEARRETA OLARRA y PEDRO LEARRETA OLARRA

Recurrido/a / Errekurritua: ADMINISTRACION **CONCURSAL** LARON MARK S.A., Borja y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea: MARTA LEZAOLA RUIZ

Abogado/a/ Abokatua: MIREN ITXASO GARCIA ECHEVARRIA

SENTENCIA Nº 735/2013

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

Dña. ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de diciembre de dos mil trece.



La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Incidente **concurzal** de oposición a la **calificación** 447/2012, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao a instancia de **LARON MARK S.A.** y **D. Luis Andrés**, apelantes, representados por el Procurador Sr./Sra. LUIS PABLO LOPEZ ABADIA RODRIGO y defendidos por el Letrado Sr. PEDRO LEARRETA OLARRA contra **ADMINISTRACION CONCURSAL LARON MARK S.A.**, apelada, defendida por la letrada d.ª Miren itxaso García Echevarria, y **D. Borja**, apelado, representado por la Procuradora Sra. MARTA LEZAOLA RUIZ y defendido por la Letrada Sra. MIREN ITXASO GARCIA ECHEVARRIA, y el **MINISTERIO FISCAL**; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 7 de noviembre de 2012.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 7 de noviembre de 2012 es del tenor literal siguiente:

"FALLO:

DEBO DECLARAR Y DECLARO **CULPABLE** EL CONCURSO DE LARON MARK S.A. por concurrir la causas previstas en los artículos 164.2.1º (irregularidad relevante en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la mercantil deudora), 164.2.2º (inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud de concurso); 165.1 (incumplimiento del deber de solicitar el concurso); y 165.2 (falta de colaboración con el AC al no haberle facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), con los siguientes pronunciamientos:

1. Resulta afectado por la **calificación** Luis Andrés, quien queda inhabilitado para administrar los bienes ajenos durante el periodo de DOS AÑOS, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. Además, perderá cualquier derecho que tuvieran como acreedor **concurzal** o de la masa, y deberá devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio de la concursada o hubiera recibido de la masa activa. Firme esta resolución remítase mandamiento al Registro Civil del lugar de su nacimiento.
2. También deberá responder personalmente de la cobertura del déficit patrimonial que resulte de la liquidación de los bienes de la masa activa de la concursada, pronunciamiento éste que deberá liquidarse en ejecución de esta sentencia.

Las costas procesales son impuestas a la demandada. Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de 20 días."

SEGUNDO .- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de LARON MARK S.A. y D. Luis Andrés se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **188/13 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO:

I.- En la sección sexta de **calificación** del concurso se ha dictado sentencia que declara **culpable** el concurso de Laron Mark SA por concurrir las causas previstas en el art. 164.2.1 de la LC (irregularidad relevante en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la mercantil deudora), en el art. 164.2.2 de la LC (inexactitud grave de cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso), en el art. 165.1 (incumplimiento del deber de solicitar el concurso) y en el art. 165.2 (falta de colaboración con el AC al no haberle facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), resultando afectado su administrador social D. Luis Andrés, quedando inhabilitado para administrar los bienes ajenos durante el periodo de dos años, para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, perdiendo cualquier derecho que tuviera como acreedor **concurzal** o de



la masa, quien debe devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio de la concursada o hubiera recibido de la masa activa, con la condena a la cobertura del déficit patrimonial que resulte tras la liquidación de la masa activa de la concursada.

Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la concursada Laron Marx SA y por el administrador social D. Luis Andrés en los términos que exponemos y pasamos a analizar.

SEGUNDO.- INFRACCIONES PROCESALES:

I.- D. Luis Andrés invoca, en primer lugar, una falta de motivación o motivación insuficiente en la **calificación culpable** del concurso, con infracción de los arts. 209 y 218 de la LEC y del art. 24 de la CE, porque no se razona qué hechos permiten llegar a considerar acreditadas las circunstancias y consecuencias expuestas. Añade que, pese a encontrarnos en un procedimiento sancionador de interpretación restrictiva, se obvia la alegación y acreditación por la AC de las circunstancias determinantes para dicha **calificación**, con alteración de la carga de la prueba en beneficio de la AC y en perjuicio del apelante.

II.- Esta Sala necesariamente ha de convenir que la citada resolución no adolece de falta o insuficiente de motivación -ex artículo 218 LEC - determinante de una declaración de nulidad o anulabilidad de la sentencia, pues, además de que la denunciada indefensión sería corregible, en su caso, por vía del recurso de apelación, señala la STS de 18 de octubre de 2007 lo siguiente: "Procede recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992, y, en igual sentido, STS de 12 de noviembre de 1990, 28 de octubre de 2005, 22 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007).

El Tribunal Supremo no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenido en la parte dispositiva (STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS 30 de abril de 1991, 7 de marzo de 1992, 28 de octubre de 2005, 22 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007).

Aplicando lo expuesto a la sentencia de instancia, considera la Sala, en definitiva, que la misma cumple con la obligación de expresar las razones por las que el Magistrado a quo concluye con los pronunciamientos que contiene su resolución, sin perjuicio de que la parte recurrente no comparta obviamente tales razonamientos. Debe, por tanto, desestimarse las alegaciones del apelante relativas a la falta de motivación de la sentencia.

TERCERO.- DOCTRINA GENERAL DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO:

La parte apelante efectúa unas amplias alegaciones sobre las cuatro causas de culpabilidad del concurso apreciadas en la sentencia recurrida, pero antes de analizar cada una de ellas, hemos de precisar que:

Dice la STS de 19 de julio de 2012, cuando examina las diferentes causas que permiten la **calificación de culpable**: "resulta preciso advertir que la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como **culpable**. Conforme a uno -el previsto en el apartado 1 de su artículo 164 - la **calificación** depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia. Según el otro -previsto en el apartado 2 del mismo artículo- la **calificación** es independiente de la prueba de la producción de ese resultado y sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma. Este segundo precepto contiene expreso mandato de que el concurso se califique como **culpable** "en todo caso (...)" siempre que "concurra cualquiera de los siguientes supuestos"; lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164 basta para determinar aquella **calificación** por sí sola -esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia de la concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo...".

Ahora bien, en la comentada sentencia no se menciona el art. 165 LC que también contempla otros supuestos que determinan la **calificación** de concurso **culpable**, aunque con presunción iuris tantum. Por ello, algunas sentencias, como las de la A.P de Baleares de 20 y 28 de diciembre de 2012, hablan de tres criterios, los



dos mencionado por el Tribunal Supremo y un tercero, en el siguiente sentido: "El tercer criterio o, mejor dicho, complementario de los anteriores, es el de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave que se efectúa en el art. 165 LC, en el que se tipifican otras tres conductas que, del mismo modo, y por su condición antijurídica, presumen per se la culpabilidad, aunque en este caso, como se ha dicho, admitiendo prueba de que no concurría ni dolo ni culpa grave."

Además, debe tenerse en cuenta que estamos ante un procedimiento en el ámbito civil, y que rige en todos sus principios la LEC, como resulta de lo previsto con carácter general en su art. 4 y específicamente en la Disposición Final 5ª de la LC, por lo que la aplicación del principio dispositivo (y el correlativo principio de congruencia de la sentencia), aunque el art. 169.1 LC no hable de demanda sino de informe, exige que quienes están legitimados para ello (la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal), ejerciten una pretensión, no pudiendo actuar de oficio el órgano jurisdiccional. Por ello, pese a la literalidad del art. 169, debe entender que la pretensión de la Administración ha de deducirse en **forma de demanda**, con el contenido previsto en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo ha entendido el propio TS en su sentencia de 24-4-2009, cuando exige que en la fundamentación del informe y del dictamen "consten los hechos relevantes para la adecuada **calificación** y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente", aunque pueda no resultar precisa la cita concreta de preceptos legales, pues resulta aplicable el principio iura novit curia.

Igualmente rigen los principios de distribución de la carga de la prueba, con las salvedades derivadas de las presunciones iuris et de iure o iuris tantum a que se han hecho referencia, si bien la no necesidad de prueba (o la inversión de su carga) es admitida respecto al requisito de la culpabilidad, no en cuanto a la existencia de los comportamientos y participación en los hechos, siendo más cuestionada en la doctrina y jurisprudencia el grado de presunción que afecta a la necesidad de acreditar los perjuicios o la relación de causalidad en los casos de las presunciones legales.

CUARTO.- AUSENCIA DE CONTABILIDAD O IRREGULARIDADES RELEVANTES EN LA MISMA (art 164.2.1 LC):

I.- La parte apelante discute el hecho probado de que la concursada no llevara contabilidad desde 1999 porque el último depósito de cuentas anuales es el correspondiente al ejercicio de 1998. Alega que existía contabilidad social de Laron Mark, porque la AC ha dispuesto de ella en el domicilio de la otra empresa Laron, también declarada en concurso y perteneciente al mismo grupo empresarial, como resulta del propio informe de la AC, sin que el órgano de administración haya podido tener acceso a la misma. Y termina distinguiendo entre irregularidad contable con la no presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

II.- Este motivo de apelación debe ser desestimado.

El primer apartado del artículo 164.2 de la LC se enuncian tres conductas relacionadas con el deber de llevar la contabilidad del negocio: "cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara". Con ello el legislador equipara, a los efectos de declarar **culpable** el concurso, tres conductas: el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y las irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía, comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

El artículo 25 del Código de Comercio, por su parte, dispone que "todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario".

En este caso, la reproducción textual del informe de la AC sobre que no se ha podido examinar la contabilidad de la concursada, porque no se le ha facilitado a la AC pese a haberla solicitado al administrador social, excusa de mayor argumentación. Nos encontramos ante inexistencia de contabilidad o, en el mejor de los casos, ante insuficiencias de tal calado que hacen absolutamente incomprensible la existente.

De la lectura de la solicitud de declaración de concurso y del informe de la AC el 21 de marzo de 2012 se intenta justificar la concurrencia de esta causa de culpabilidad de ausencia total de información económico, financiera y contable de la concursada, que no la acompañó a la solicitud de concurso contraviniendo lo que establece el art. 6 de la LC y que no ha sido aportada posteriormente por el administrador social. La AC no ha dispuesto de libros de contabilidad de la concursada que el Código de Comercio exige al empresario mantener en su poder ni de la documentación soporte de sus operaciones debidamente ordenadas para su análisis y comprobación.

Por lo que cabe concluir como concurrente el motivo de culpabilidad del artículo 164.2.1º de la LC , sin que tenga ninguna relevancia el tema de que las cuentas anuales se hayan o no depositados en el Registro Mercantil puesto que no ha sido abordada la causa de culpabilidad del art. 165.3 de la LC .

Señalar que no prosperan los alegatos exculpatorios del administrador social para intentar justificar la ausencia de contabilidad, que no incide en la concurrencia de la causa de culpabilidad del concurso.

Téngase en cuenta que, según la STS de 27 de octubre de 2010 , el informe de la Administración **Concursal** relativo a la **calificación** no es preciso que contenga los documentos que figuran en las restantes secciones del concurso, a los que puede remitirse. En el caso de autos estamos ante el tema de la demostración de un hecho, la existencia de la contabilidad y que la misma refleje la imagen fiel financiera y patrimonial de la empresa, lo que debe ser acreditado por el hecho positivo de la existencia de la misma, correspondiendo la carga de la prueba a la parte apelante que es quien debía de tener la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), puesto que tiene la obligación de la llevanza de la misma.

QUINTO.- INEXACTITUD GRAVE EN LA DOCUMENTACIÓN APORTADA A LA SOLICITUD DEL CONCURSO (arts. 164.2.2):

I.- Denuncia la parte apelante que la AC no indica en qué consiste tal inexactitud, siendo que aportó como doc. nº 3 de la solicitud la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio de Laron Mark SA con posterioridad a las cuentas depositadas correspondientes al ejercicio de 1998, sin que la AC haya podido constatar la inexactitud de la misma. Alega que se está confundiendo la falta de aportación original de ciertos documentos con la supuesta inexactitud de lo entregado, debiendo correr la AC con la carga de probar esta inexactitud. La información facilitada permitió a la AC confeccionar cumplidamente el informe del art. 75 de la LC .

II.- Tampoco prospera este motivo de apelación.

Uno de los tipos legales que da lugar a la **calificación** de concurso **culpable** en el caso de autos es, como se ha dicho, el del artículo 164.2.2 de la LEC . Con arreglo al precepto, "en todo caso, el concurso se calificará como **culpable**... cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave de cualquier de los documentos acompañados a la solicitud de la declaración de concurso...".

No se discute que a la solicitud del concurso no se aportó, pese a lo establecido en el art. 6 de la LC , "el inventario de bienes y derechos" (art 6.2.3 LC), la relación de acreedores (arts. 6.2.4 de la LC), ni las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios (art. 6.3 de la LC).

Dichas omisiones a la solicitud del concurso han impedido que la AC haya podido tener acceso al conocimiento de situación económica de la concursada, lo que se comparte por esta Sala, obedeciendo a un ánimo falsario y de voluntad de ocultar datos relevantes a la AC, a pesar del informe emitido en la fase común por la AC, en tanto el mismo obedece a la previsión contenida en el artículo 75 de la LC , lo que no obsta a la ulterior **calificación** del concurso , y determinación de las personas afectadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 163 y siguientes de la citada Ley .

SEXTO .- AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA MOTIVADA POR LA DEMORA EN LA SOLICITUD DEL CONCURSO (art. 165.1 EN RELACIÓN CON EL ART. 164.1 LC).

I.- Recurre el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, basado en que desde el último trimestre del año 2009 los impagos eran generalizados, no presentando la solicitud prevista en el art. 5 bis de la LC hasta el 5 de noviembre de 2010, porque no se ha documentado ni acreditado tal afirmación, desconociéndose la fecha en que la pretendida insolvencia habría ocurrido y el agravio que la supuesta tardanza de la solicitud ha supuesto en el pasivo de la sociedad. Es decir, recurre que no se establezca la concreta generación o agravación de la insolvencia que haya tenido su causa en la hipotética demora en la solicitud del concurso que se alega.

II.- La cuestión no tiene trascendencia práctica porque su éxito o su fracaso no altera la **calificación culpable** al amparo de los arts. 164.2.1 y 164.2.2. de la LC , como hemos expuesto anteriormente.

III.- Ahora bien, las STS de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012 , establecen que el art. 165, 1º LC no establece un tercer tipo de imputación, distinto a los dos que resultan del art. 164, sino que es una concreción del establecido en el art. 164.1 LC , conforme al cual el concurso se calificará **culpable** cuando en la generación o agravamiento de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales. La conducta del art. 165.1º LC no contiene otra cosa que una presunción iuris tantum de dolo o culpa grave, pero no exonera de la exigencia del requisito de que la conducta imputada sea causal desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia.



Aun cuando la resolución recurrida considera únicamente el retraso en la presentación de la solicitud del concurso, sin referir a la agravación que ello supuso en su insolvencia, consideramos que concurren todos los presupuestos del tipo de la causa de culpabilidad del art. 165.1º LC .

Del propio informe de la AC, cuya eficacia hemos dejado constancia anteriormente, sin que se haya practicado prueba en contra a cargo del apelante, se hace referencia, pese a la ausencia de contabilidad y de estados contables sobre el reflejo de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, que desde hace muchos meses estaba en situación de insolvencia, atendiendo al adeudo desde el año 2009 a la TGSS, Agencia Tributaria y Hacienda Foral de Bizkaia. Además de que, de la contabilidad de la sociedad Laron SA, empresa del mismo grupo empresarial, Laron Marx pasó de una situación acreedora en el año 2008 a una situación deudora de 2.535.648 euros a finales de 2.009. Estos indicadores del estado de insolvencia implican que la carga de la prueba de la solvencia societaria se traslade al apelante.

El argumento defensivo esgrimido por el apelante de que no se ha determinado el "momento exacto" en el que se produce la insolvencia, no significa que la AC no haya fijado con la suficiente concreción el inicio del estado de insolvencia a finales del año 2.009, en concreto, en el último trimestre de 2009.

Se cumplen los requisitos exigidos para afirmar la concurrencia de esta causa de culpabilidad, como es la conducta dolosa o negligente del administrador social al incumplir el deber de solicitar el concurso, la agravación del estado de insolvencia, puesto que basta apuntar la generación de intereses sobre las deudas de entidades públicas desde 2.009, y no cabe duda del nexo causal entre la conducta y el resultado dañoso.

SÉPTIMO.- INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACIÓN CON LA AC (ART. 165.2 LC).

I.- Recurre la parte apelante la sentencia recurrida porque la AC no especifica qué información o documentación le fue requerida, volviendo a sostener que la AC pudo confeccionar el inventario de bienes y derechos, que lo incorporó al informe del art. 75 LC . Añade que la AC dio por buena la justificación de la no presentación porque dicha información se encontraba en las instalaciones de Lemona, habiendo sido declarada Laron SA en concurso, y sin que el administrador haya podido acceder a la misma.

II.- Volvemos a decir que esta cuestión no tiene trascendencia práctica porque su éxito o su fracaso no altera la **calificación culpable** al amparo de los arts. 164.2.1 y 164.2.2. de la LC , como hemos expuesto anteriormente.

No obstante dejar constancia de que no vemos motivos para revocar la sentencia de instancia puesto que, tratándose de un tema de valoración de prueba, el Magistrado de lo mercantil se basa en que no se han cumplido los requerimientos de la AC encaminados a recabar la documental contable necesaria para el desarrollo de sus funciones, requerimientos que no han sido impugnados. La propia existencia de los requerimientos dejan en evidencia las dificultades e insuficiencias que se produjeron en relación con el deber de colaboración durante la tramitación de este concurso.

OCTAVO.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL:

I.- Agrupamos en este apartado los motivos de impugnación de fondo, tras rechazar el de falta o insuficiencia de motivación de la sentencia recurrida en lo que respecta a la responsabilidad del administrador social, el apelante D. Luis Andrés , que se refieren, sucintamente, a la incongruencia extra petita de la responsabilidad del apelante a responder de la cobertura del déficit patrimonial que resulte de la liquidación de los bienes de la masa activa de la concursada, a la consideración de persona afectada del apelante D. Luis Andrés , y de la falta de acreditación de la realidad e importe de la condena al residuo **concurzal**, de la generación o agravación de la insolvencia y del nexo causal, siendo en su caso procedente la moderación de dicha responsabilidad.

II.- Dispone el artículo 172.2.1 LECO que la sentencia que califique el concurso como **culpable** contendrá, "la determinación de las personas afectadas por la **calificación**, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición".

En el presente caso, tal y como se ha señalado anteriormente, no se discute la condición de administrador de derecho de D. Luis Andrés , por lo que procede su afección.

La determinación de las personas afectadas por la **calificación**, condición que, tratándose de un deudor persona jurídica, habrá de recaer, en principio, en sus administradores de derecho o en su caso de hecho (o bien en los liquidadores) a los que sean imputables las conductas en las que se fundamente la declaración de concurso **culpable**. Y las imputaciones anteriores respecto a la no observancia de la llevanza de la contabilidad de la concursada, la falta de documentación aportada a la solicitud del concurso, unido a la demora del concurso y a la falta de colaboración con la AC durante la tramitación **concurzal**, no cabe duda que incumbe irremediamente al único administrador, el apelante Sr. Luis Andrés .



III.- Por otro lado, el artículo 172.2.2 LECO prevé el pronunciamiento sobre "la inhabilitación de las personas afectadas por la **calificación** para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio".

Asimismo, en el apartado tercero del mismo precepto legal se señala que la sentencia se pronunciará sobre "la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la **calificación** o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados".

De esta manera, procede confirmar los pronunciamientos de la sentencia de instancia en torno a la inhabilitación de la persona afectada en el plazo solicitado, así como determinar la mencionada pérdida de derechos que pudieran tener como acreedor **concurzal** y de la masa, por mandato expreso del legislador.

IV.- Finalmente, el artículo 172 Bis LC (aplicable al caso por mandato de DT 10ª de Ley 38/2011, de 10 de octubre, al abrirse la presente sección el 2 de febrero de 2012) establece que "Si 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 que hubieran sido declarados personas afectadas por la **calificación** a la cobertura, total o parcial, del déficit".

A).- Debemos partir de que, en el presente caso, la AC solicita que se condene al administrador social al pago del residuo correspondiente a los créditos concursales, -que no contra la masa, al decir "... la condena a pagar a los acreedores concursales totalmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, conforme al artículo 172.3 (anterior a la reforma por Ley 38/2011 ") <folio 50 de autos>, sin que ninguna petición conste por el Ministerio Fiscal <folios 210 de autos>.

De conformidad con el actual art. 172 bis de la LC debería de responder a la totalidad el déficit **concurzal** generado, pero debemos atender al principio de congruencia, acogiendo este motivo de impugnación vertido por la parte apelante, lo que obliga a limitar su responsabilidad en la forma interesada por la AC y el Ministerio Fiscal (STS de 20 de diciembre de 2012), por lo que en vez de responder de todo el déficit patrimonial, únicamente deberá responder de la suma del déficit de los créditos concursales.

B).- No acogemos el motivo de impugnación vertido por el apelante de que el nuevo arts. 172 Bis LC establece una facultad, que no una exigencia, para la condena al administrador social del déficit patrimonial, precisando de una justificación añadida.

El art. 172 Bis de la LC ha dado lugar a una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial, distinguiéndose netamente dos posturas, la de quienes consideran que contemplan una responsabilidad-sanción y la de quienes entienden que recoge una responsabilidad de indemnización, de resarcimiento o por daño. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 23 de febrero y 12 de setiembre de 2011, 20 y 26 de abril de 2012, ha optado por la responsabilidad clásica de daños y perjuicios, exigiendo un nexo causal que impute ese déficit patrimonial a la concreta contribución del afectado por la **calificación** a la generación de la insolvencia. Línea jurisprudencial que vuelve a dar un giro hacia la postura inicial de cuasi-objetividad, en las sentencias del Tribunal Supremo dictadas el 21 de mayo y 20 de junio de 2012, continuadas con sendas resoluciones de 19 de julio y 20 de diciembre de 2012.

Pero, en todo caso, debe partirse de la consideración de que la responsabilidad **concurzal** es un contenido adicional de la sentencia de **calificación**, por lo que parece obvio que los sujetos a los que cabe imponer aquella responsabilidad deben tener la condición procesal y sustantiva de personas afectadas por la **calificación**; es necesario, además, que concurren los requisitos objetivos que el precepto establece (que la sección de **calificación** hubiera sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; que el concurso se califique como **culpable** y que el demandado con la consideración de personas afectadas por la **calificación** sea el Administrador de la persona jurídica deudora en el período en que se han producido los hechos determinantes de la **calificación**, en todo caso dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), pero, además, es necesario que haya existido petición expresa de imposición de tal sanción.

Y es que, aunque la peculiar redacción del art. 172 Bis de la LC parece dejar al arbitrio judicial tanto la decisión acerca de la imposición de la responsabilidad, como su alcance, sin embargo, como primer límite al arbitrio judicial conviene recordar que, también en este ámbito rige el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y el principio de congruencia (art. 218 LEC), en función de los cuales no es posible imponer una condena indemnizatoria que no hubiera sido solicitada por las partes o viniera, en su caso, directamente determinada por la Ley, como pronunciamiento accesorio ligado a otro principal. De modo que si el Ministerio Fiscal o la



Administración **Concursal** no consideran oportuno pedir la condena de los Administradores de la concursada a cubrir el fallido con su patrimonio personal, el Juez no podrá siquiera considerarla; y, si se pide, el Juez deberá valorar si procede o no imponerla y con qué alcance.

C).- Por lo que atañe a la determinación de la responsabilidad por déficit, como ya hemos dicho, de la doctrina más reciente emanada de nuestro Alto Tribunal en esta materia (SSTS 23 febrero , 12 septiembre , 6 octubre , 17 noviembre 2011 , 16 enero , 21 marzo , 21 mayo , 17 julio de 2012) se desprende que cuando estemos en presencia, como aquí acontece, de la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el catálogo de presunciones iuris et de iure de concurso **culpable** del art. 164-2 LC , tal **calificación** vendrá dada por la mera actividad, desconectada de cualquier resultado, llevada a cabo por las personas afectadas por la **calificación**, lo que se traduce en que a la hora de establecer el título de imputación de la responsabilidad **concursal** ex art. 172 Bis LC habremos de prescindir totalmente de la incidencia de aquella conducta en la generación o agravación de la insolvencia, y, por el contrario, se deberá tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta, y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la **calificación** del concurso.

Por lo que atendiendo a las imputaciones de culpabilidad del apelante Sr. Luis Andrés , no ha lugar a disminuir o moderar su responsabilidad en el déficit de créditos concursales (lo que por sí implica una parte del déficit a que se refiere el art. 172 Bis a diferencia de las interpretaciones del antiguo art. 172.3 de la LC) que resulte tras la liquidación de la masa activa del concurso.

Así se pronuncia la STS de 20 de diciembre de 2012 : *"El sentido propio de las palabras que componen la norma del artículo 172, apartado 3, no permiten, en buena técnica, condicionar el ejercicio de una potestad, como la atribuida al Juez del concurso - esto es, la de decidir si debe condenar a la satisfacción del déficit **concursal**, a que administradores, en qué medida y con qué alcance -, a la presencia de un daño indemnizable ni a la influencia del comportamiento imputado a los administradores o liquidadores de la persona jurídica sobre la generación o agravación del estado de insolvencia de la misma, cuando - como acontece en el caso enjuiciado - la **calificación** del concurso como **culpable** ha resultado de la concurrencia de, al menos, uno de los supuestos descritos el apartado 2 del artículo 164. Lo que pretende el recurrente significaría, además de evitar el llamado canon hermenéutico de la totalidad, confundir daño y su indemnización con deuda - de la sociedad - y asunción de la misma."*

NOVENO.- COSTAS PROCESALES:

Se confirma el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida de que las costas procesales de la instancia se imponen a Laron Mark SA al haber sido desestimada la oposición que formuló frente a la propuesta de **calificación** por la AC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la LEC , no ha lugar a pronunciamiento en cuanto a costas en la alzada al haberse estimado en parte el recurso de apelación interpuesto.

DÉCIMO .- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) , regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **LARON MARK SA Y DON Luis Andrés** , representados por el Procurador D. Luis Pablo López Abadía Rodrigo, contra la sentencia de 7 de noviembre de 2.012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao, en Pieza de Oposición a la **Calificación** nº 447/12, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la misma** en el único sentido de que el afectado por la **calificación**, D. Luis Andrés , deberá responder personalmente de la cobertura de los créditos concursales que resulten insatisfechos tras la liquidación de los bienes de la masa activa de la concursada, sin pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta alzada.

Devuélvase a LARON MARK S.A. y Luis Andrés el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.



MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0188 13. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 20 de enero de 2014, de lo que yo la Secretario Judicial certificó.