

Roj: **STS 2877/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2877**Id Cendoj: **28079110012012100272**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/04/2012**Nº de Recurso: **961/2009**Nº de Resolución: **255/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 731/2009,**
STS 2877/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Navi Shoes, SL y don Diego , representados por el Procurador de los Tribunales don Vicente Miralles Morera, contra la Sentencia dictada el doce de marzo de dos mil nueve, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado Mercantil número Uno de Alicante. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Armando García de la Calle, en representación de Navi Shoes, SL y don Diego , en concepto de recurrentes. Son partes recurridas don Isidro y don Pablo , como Administradores Concursales de Navi Shoes, SL, personándose en concepto de parte recurrida. También es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el concurso voluntario de Navi Shoes, SL, solicitado por escrito de veintiuno de diciembre de dos mil cinco y tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante, con el número 898/05, se abrió la pieza de calificación por auto de dieciocho de diciembre de dos mil siete .

En su informe, la administración concursal imputó a la sociedad concursada y a su órgano de administración la agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave - artículo 164, apartado 1, la Ley 22/2.003, de 9 de julio -, presumida por la tardía solicitud de la declaración de concurso - artículos 165, apartado 1, y 5, apartado 1, de la misma Ley -, ya que el administrador de la sociedad conocía, al menos desde el uno de abril de dos mil cinco, la insolvencia de la sociedad, así como por incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal - apartado 2 del mismo artículo 165 -, ya que había solicitado sin éxito al administrador de la concursada un listado documentos y determinada información, que no fueron entregados ni comunicada, pese a los requerimientos, lo que había dificultado la labor de la administración concursal. Que, además, Navi Shoes, SL había asumido riesgos excesivos ante entidades financieras, con la consecuencia de agravar la insolvencia. Que también había incurrido en irregularidades contables relevantes - artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la repetida Ley -, por una incorrecta activación de las bases imponibles negativas, con sobrevaloración de activos y fondos propios y en inexactitudes graves en los documentos que acompañaron la solicitud del concurso - ordinal segundo de los mismos artículo y apartado -, por razón de una considerable sobrevaloración del activo del balance de situación, así como del inmovilizado y existencias de la concursadas en octubre de dos mil cinco.

En el suplico de su informe, la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que procediese " a la declaración del presente concurso como culpable, debiendo afectar la presente



calificación a don Diego , titular del DNI 48377853-K y, en su calidad de cómplices, a las mercantiles Iván Continental, SL, titular del CIF B- 03756657, Iván Shoes, SL, titular del CIF B-03130770 y Witness Eurocentro, SL, titular del CIF B-53959060, que perderán cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o de la masa y vendrán obligados 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, quedando inhabilitados los dos primeros por un plazo de cinco años para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por el mismo periodo de tiempo, condenando a todos ellos a pagar, conjunta y solidariamente, la cantidad representada por el déficit patrimonial, estimada en el Plan de Liquidación, y que podrá variar tras la realización definitiva de los activos y el pago de las deudas ".

Por providencia de diecinueve de febrero de dos mil ocho, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante dio traslado de las actuaciones al Fiscal, que emitió su dictamen en el sentido de que " por las circunstancias expresadas y la dejación de funciones de administración y de las de custodia de los activos de la deudora, constatada por la visita efectuada por la Administración concursal a sus oficinas, se estima que los afectados por la calificación de culpabilidad deberán responder de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los acreedores, que asciende al importe del déficit patrimonial, esto es, quinientos treinta y seis mil ochenta y siete euros, con setenta y dos céntimos (536.087,72 ?), que deberá acordarse la pérdida de cualquier derecho que los mismos tuvieran como acreedores concursales o de la masa, y su condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio de la deudora o que hubiesen recibido de la masa activa; y que Diego deberá ser inhabilitado para la administración de bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de cinco años, conforme a lo propuesto por la Administración concursal ".

La representación procesal de Navi Shoes, SL se opuso a la calificación de su concurso como culpable. Por escrito registrado el dieciséis de abril de dos mil ocho, alegó que dicha sociedad formaba parte de un grupo, con otras seis, todas ellas en concurso, y negó en síntesis la concurrencia de los requisitos, subjetivos y objetivos, que habían llevado a la administración concursal y al Fiscal a aquella calificación.

En el suplico de su escrito, la representación procesal de la concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que " tenga por presentado en tiempo y forma escrito de oposición a la propuesta de calificación de culpable interesada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal y tras la tramitación procesal pertinente, en su día dicte sentencia desestimando la calificación de culpable y calificando el concurso como fortuito, junto con los demás pronunciamientos legales pertinentes ".

El Procurador de los Tribunales don Vicente Miralles Mora, obrando en representación de don Diego y don Agustín , por escrito registrado el treinta de abril de dos mil ocho, se opuso a la calificación del concurso como culpable.

En el suplico de dicho escrito la representación procesal de don Diego y don Agustín interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que "tenga por presentado en tiempo y forma escrito de oposición a la propuesta de calificación de culpable interesada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal y tras la tramitación procesal pertinente, en su día dicte sentencia desestimando la calificación de culpable y calificando el concurso como fortuito, junto con los demás pronunciamientos legales pertinentes".

SEGUNDO. Tramitada la pieza sexta, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante dictó sentencia con fecha nueve de septiembre de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: " Fallo. Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por la Administración concursal y el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro: a) Que el concurso de Navi Shoes, SL es culpable. b) Que el administrador de Navi Shoes, SL, don Diego tiene la condición de persona afectada por la calificación. Y debo condenar y condeno a don Diego a: a) Dos años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como a representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. b) La pérdida de los derechos que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa. c) A abonar a los acreedores concursales la totalidad de las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa. Que debo absolver y absuelvo a Iván Continental, SL, Iván Shoes, SL y Witness Eurocentro, SL de las pretensiones contra las mismas formuladas. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Firme esta resolución, remítase mandamiento al Registro Mercantil, a los efectos previstos en el artículo 320 del Reglamento del Registro Mercantil y 198 de la Ley Concursal , así como al Registro Civil ".

TERCERO. La representación procesal de Navi Shoes, SL y don Diego recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante de nueve de septiembre de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Alicante, en la que se turnaron a la Sección Octava, que tramitó el recurso con el número 596-M136/08, y dictó sentencia con fecha doce de marzo de dos mil nueve y la siguiente parte dispositiva: "Fallamos. Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante de fecha nueve de septiembre de dos mil ocho, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y



confirmamos la mencionadas resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada".

CUARTO. La representación procesal de Navi Shoes, SL preparó el recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de doce de marzo de dos mil nueve.

Dicho Tribunal de apelación mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de dieciocho de mayo de dos mil diez, decidió: "Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Navi Shoes, SL contra la sentencia dictada, en fecha doce de marzo de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo de apelación número 596-M136/2008, dimanante de los autos de concurso ordinario número 898/2005 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante".

QUINTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Navi Shoes, SL contra la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de doce de marzo de dos mil nueve, se compone de dos motivos en los que la recurrente, con apoyo en el ordinal tercero del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

PRIMERO. La infracción de los artículos 163, 164, 165, 166, 169 y 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

SEGUNDO. La infracción del apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal.

SEXTO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, don Isidro y don Pablo, Administradores concursales de Navi Shoes, en liquidación, impugnaron el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

SÉPTIMO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiocho de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Tribunal de apelación, al igual que había hecho en la primera instancia el Juzgado de lo Mercantil que lo tramitaba, calificó el concurso de Navi Shoes, SL como culpable e identificó a don Diego, administrador de la sociedad concursada, como persona afectada por la calificación.

Y, en aplicación del artículo 172, apartado 3, de la propia Ley - en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre -, condenó a dicho administrador a pagar a los acreedores concursales el importe de los créditos que no llegasen a percibir en la liquidación de la masa activa.

En la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia se advierte una contradicción sobre la causa determinante de tal calificación - entre los apartados números 14 y 15, por un lado, y 65, por otro -, que no fue corregida en la apelación, una correcta interpretación de ambas resoluciones lleva a identificar aquella con la imputación de un agravamiento de la insolvencia de Navi Shoes, SL, por dolo o culpa grave - artículo 164, apartado 1 -, presumida "*iuris tantum*" por el incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal - artículo 165, apartado 2 -.

Contra la sentencia de segunda instancia, que desestimó el recurso de apelación de la sociedad concursada y su administrador, interpusieron éstos recurso de casación por dos motivos.

SEGUNDO. En el motivo primero denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 163, 164, 165, 169 y 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Alegan que la interpretación dada por el Tribunal de apelación a los mencionados preceptos no es ajustada a derecho.

La del artículo 169, porque afirman que no consta en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Fiscal una determinación individual de responsabilidades ni una identificación y cuantificación de los daños y perjuicios.

La del artículo 172, porque entienden que se confunde en la sentencia recurrida la indemnización de daños prevista en el apartado 2, ordinal tercero, de dicho artículo con la condena a satisfacer el déficit concursal a que se refiere el apartado 3, el cual, además, afirman fue incorrectamente interpretado - lo que denuncian en el siguiente motivo -.



No contiene la explicación del motivo referencia alguna a los artículos 163, 164, 165 y 166 que haga necesaria una respuesta - la cual sería difícil, al no identificar los recurrentes cual es el apartado de los tres primeros que consideran infringido -.

La falta de justificación del motivo se evidencia por la decisión de los órganos judiciales de las dos instancias fue contraria a la condena del administrador de la concursada a la indemnización de daños y perjuicios, así como a declarar cómplices a las personas indicadas por la administración concursal y el Fiscal.

Por último, el reproche que los recurrentes dirigen contra el informe de la administración concursal carece de fundamento y, en todo caso, la falta de precisión que le atribuyen no impidió a los Tribunales de las dos instancias decidir las cuestiones que les fueron planteadas, sin merma de los derechos de defensa de aquellos - en un caso, negando al decidir la apelación la denuncia de incongruencia, defecto procesal que ahora se busca reproducir como infracción de norma sustantiva -.

Procede por las razones expuestas desestimar el motivo.

TERCERO. En el motivo segundo se afirma producida la infracción del artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

Se da cuenta, en él, de que las Audiencias Provinciales siguen dos criterios en la interpretación de la mencionada norma, a la cual atribuyen un carácter ya indemnizatorio, ya sancionador. Y, con olvido de las circunstancias del caso, expresan los recurrentes su opinión favorable al primero, en contra de lo que entendió el Tribunal de apelación.

El motivo debe ser desestimado.

En primer término, porque, como puso de manifiesto la parte recurrida, sólo Navi Shoes, SL preparó el recurso de casación y no está legitimada para recurrir la condena de su administrador en los términos previstos en el artículo 172, apartado 3 de aquella Ley - sentencia 227/2010, de 22 de abril -.

Además, porque la relatada ausencia de toda conexión del motivo con las circunstancias del caso y, en particular, con la causa por la que el concurso de Navi Shoes, SL fue calificado como culpable, pone de relieve que lo que se pretende es que la casación sirva a un fin que no le es propio.

Finalmente, porque el planteamiento del recurrente no tiene en cuenta la jurisprudencia, complementaria de la norma del apartado 3 del artículo 172.

Expusimos en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre, que 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, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Por esa razón, para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había influido en la calificación del concurso como culpable.

En la citada sentencia 644/2011 , precisamos que la Ley 22/2.003 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 culpable, 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 del concursado.

Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable " *en todo caso (...), cuando 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 del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -.



En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre, precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de " *una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1* ", pues manda presumir " *iuris tantum* " la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencia de que ésta no convenza al Tribunal.

Hemos declarado en las mencionadas ocasiones que, dada la relación existente entre la norma del artículo 172, apartado 3, y las que le sirven de precedente, no se corresponde con un argumento sistemático extraído de la recíproca iluminación de los preceptos referidos condicionar, en aplicación de dicho precepto, la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que no es exigido - y que, normalmente, no habrá sido valorado - para integrar el tipo que se atribuye al órgano social - y, al fin, a la sociedad - que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Por ello, la afirmación de que la norma del artículo 172, apartado 3, contiene una regla indemnizatoria - como defiende la recurrente - no permite eludir la conexión existente entre ella y las de los apartados 1 - completada por la presunción " *iuris tantum* " del artículo 165 - y 2 del artículo 164. Y tampoco justifica servirse de esta última norma como si fuera un mero instrumento probatorio del supuesto de hecho de la contenida en aquel otro apartado.

Del mismo modo, afirmar que el artículo 172, apartado 3, contiene una regla sancionadora no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso.

CUARTO. Las costas del recurso de casación que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes, en aplicación de la regla general contenida en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Navi Shoes, SL y don Diego , contra la Sentencia dictada, con fecha doce de marzo de dos mil nueve, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante .

Las costas del recurso quedan a cargo de los recurrentes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.