



Roj: **STS 3118/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3118**

Id Cendoj: **28079110012013100325**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2013**

Nº de Recurso: **2137/2010**

Nº de Resolución: **29/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zaragoza, núm. 1, 26-01-2010,**
SAP Z 2194/2010,
STS 3118/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza.

El recurso fue interpuesto por Mateo y Concepción, representados por la procuradora Alicia Oliva Collar.

Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Comercial Aragonesa, S.A. e Juan Miguel, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. Carlos Alberto, Augusto y Eutimio, administradores concursales nombrados en el expediente de concurso voluntario de la mercantil Comercial Aragonesa de Productos Agrícolas S.A., presentaron informe de calificación ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, para que se dictara resolución en los siguientes términos:

"1. Que se declare el concurso de CAPASA como CULPABLE.

2. Que se declare personas afectadas por dicha calificación a Dña. Concepción, D. Mateo, D. Rafael y D. Juan Miguel.

3. Que se condene solidariamente a las personas señaladas al pago de todos los créditos de CAPASA que no puedan ser atendidos con el producto de la liquidación de la concursada.

4. Se condene a todas las personas afectadas por la calificación a la pérdida de cualquier derecho de cobro que les corresponda o pudiera corresponderles como acreedores de la concursada.

5. Se declare la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de cinco años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período."

2. El Ministerio Fiscal presentó informe en el que concluía que:



"procede declarar el concurso como culpable, debiendo afectar esa calificación a D^a. Concepción , D. Mateo , D. Rafael y D. Juan Miguel , miembros del órgano de administración y declararse los daños y perjuicios que se precisa en el informe del Administrador Concursal y a la inhabilitación en los términos del art. 172 de la citada Ley Concursal ."

3. El procurador Joaquín Salinas Cervetto, en nombre y representación de Concepción , contestó a la propuesta de calificación efectuada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"declarando el concurso fortuito con imposición de las costas a la parte instante del incidente."

4. El procurador Joaquín Salinas Cervetto, en nombre y representación de la entidad Comercial Aragonesa de Productos Agrícolas, S.L., contestó a la propuesta de calificación y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"declarando el concurso fortuito con imposición de las costas a la parte instante del incidente."

5. El procurador Alberto Broceño Esponey, en nombre y representación de Juan Miguel , contestó a la propuesta efectuada, y suplicó al Juzgado que dictase resolución:

"que declare la inexistencia de responsabilidad como culpable en el concurso de Don Juan Miguel , no declarándole afectado por dicha calificación, sin condena alguna de responsabilidad al pago de los créditos de CAPASA que no pueden ser atendidos con el producto de la liquidación de la concursada, así como no procediendo ningún tipo de inhabilitación respecto del mismo."

6. Por Providencia de fecha 9 de octubre de 2009 se tuvo por comparecidos y parte a Mateo y Rafael , sin que se les diera traslado para efectuar alegaciones al haberlo verificado fuera de plazo.

7. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza dictó Sentencia con fecha 26 de enero de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debía acordar y acordaba:

1º) Calificar como CULPABLE el concurso de Comercial Aragonesa de Productos Agrícolas S.A.

2º) Determinar como personas afectadas por tal calificación a Concepción y Mateo y como cómplice a Juan Miguel , absolviendo a Rafael de la pretensión de ser calificado como afectado.

3º) Privar a Concepción , Mateo e Juan Miguel de cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o contra la masa.

4º) Inhabilitar a Concepción y Mateo para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de cinco años y a que paguen la cantidad que los acreedores concursales no perciban en la liquidación de la masa activa.

5º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

Tramitación en segunda instancia

8. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Juan Miguel y Concepción y Mateo .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante Sentencia de 18 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la apelante D. Concepción y D. Mateo y D. Juan Miguel contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2010, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza Incidente concursal N° CAL 99/2006, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición a las recurrentes de las costas del recurso."

Interposición y tramitación del recurso de casación

9. El procurador Joaquín Salinas Cervetto, en nombre y representación de Mateo y Concepción , interpuso recurso de casación ante la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 168 y 169 de la Ley Concursal y arts. 163.1.1 º, 164.2.3 º y 167.2 de la Ley Concursal .

2º) Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo en particular las sentencias de 8 de enero de 1997 y 18 de noviembre de 1997 .



3º) *Eventualmente a los anteriores dos motivos, por presentar interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la interpretación del art. 172.3 LC .".*

10. Por Diligencia de Ordenación de 10 de diciembre de 2010 se tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

11. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Mateo y Concepción , representados por la procuradora Alicia Oliva Collar; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Comercial Aragonesa, S.A. e Juan Miguel , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

12. Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por DON Mateo Y DOÑA Concepción , contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de octubre de 2010 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 293/2010 , dimanante de los autos de incidente de calificación concursal nº 99/2006 del Juzgado Mercantil nº 1 de Zaragoza."

13. Dado traslado, el Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

14. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para comprender el alcance de la controversia conviene traer a colación los hechos más relevantes acreditados en la instancia.

La sociedad Comercial Aragonesa de Productos Agrícolas, S.A. (en adelante, CAPASA), al tiempo en que solicitó su concurso de acreedores, el 10 de marzo 2006, desarrollaba como única actividad empresarial la promoción de un edificio de viviendas en el PASEO000 nº NUM000 de Ejea de los Caballeros (Zaragoza).

Concepción fue nombrada administradora única de la sociedad el 11 de mayo de 1989 y cesó como tal administradora el 22 de marzo de 2005, en que fue nombrado para el cargo Mateo .

En la instancia se declaró y no ha sido impugnado que, durante el tiempo en que la Sra. Concepción era administradora legal, el Sr. Mateo actuaba como administrador de hecho.

El 24 de noviembre de 2005, cesó el Sr. Mateo como administrador único y fue nombrado administrador Rafael , que fue quien solicitó más tarde, en febrero de 2006, el concurso de acreedores de la compañía.

En el concurso de acreedores se aprobó un convenio por el que, sin que existiera ninguna quita ni espera, un tercero (Gaztambide Urbana, S.L.) se comprometió a asumir la sociedad concursada y adquirió el compromiso de pagar a los acreedores de ésta los créditos pendientes de cobro.

La propia concursada dio cuenta al juzgado del incumplimiento del convenio, quien acordó la apertura de la liquidación y con ello de la sección de calificación.

2. El informe de la administración concursal justificaba la calificación del concurso como culpable al amparo de diferentes causas: i) la generación de la insolvencia era imputable a la conducta negligente de los administradores de la compañía (art. 164.1 LC); ii) el incumplimiento del deber de instar el concurso (art. 165.1º LC); iii) la contabilidad del ejercicio 2004 no reflejaba la situación patrimonial de la compañía (art. 164.2.1º LC); y iv) el incumplimiento del convenio por causas imputables a la concursada (art. 164.2.3º LC).

El juez mercantil analizó esas cuatro conductas y concluyó que tan sólo la primera de ellas justificaba la calificación del concurso como culpable: la generación de la insolvencia era imputable a una conducta gravemente negligente de quienes habían sido administradores de la concursada, la Sra. Concepción y el Sr. Mateo .

La sentencia de primera instancia argumenta que la paralización de las obras que constituían la única actividad empresarial de la sociedad concursada se produjo mientras era administradora legal la Sra. Concepción y administrador de hecho el Sr. Mateo . La paralización vino motivada, según declara acreditado la sentencia de primera instancia, porque se sobrepasó el límite del crédito hipotecario, y la entidad de crédito que dejó de financiar las obras que restaban para terminar. A esta situación se llegó porque el Sr. Mateo había designado al



Sr. Juan Miguel para que supervisara la ejecución de las obras, y este señor, en interés propio y de algunos de sus familiares (eran destinatarios de una parte importante de los pisos en construcción), modificó el proyecto y la calidad de los materiales, lo que motivó la desviación de los gastos respecto de lo presupuestado, y con ello la insolvencia de la sociedad promotora, cuando faltaba poco para terminar. La sentencia imputa la causación de la insolvencia al Sr. Mateo , por haber colocado al frente de la obra a quien no tenía ni la experiencia ni la preparación necesaria, y a la Sra. Concepción por haberlo permitido. En ambos casos, entiende que la conducta es gravemente negligente, lo que justifica, no sólo la declaración de concurso culpable al amparo del art. 164.1 LC , sino también que estos dos administradores fueran declarados personas afectadas por la calificación, y el Sr. Juan Miguel cómplice.

Consiguientemente, la sentencia condena al Sr. Mateo , la Sra. Concepción y el Sr. Juan Miguel a la pérdida de cualquier derecho que como acreedor concursal o contra la masa pudieran tener en el concurso; y al Sr. Mateo y la Sra. Concepción les impone una inhabilitación por cinco años y les condena "a que paguen la cantidad que los acreedores concursales no perciban en la liquidación de la masa activa".

3. Frente a la sentencia de apelación, que confirma la sentencia de primera instancia, la Sra. Concepción y el Sr. Mateo interpusieron conjuntamente recurso de casación. Este recurso se articula formalmente a través de tres motivos, pero en realidad son dos.

El primero y el segundo se refieren a la misma cuestión: la interpretación del art. 167.2 LC , en relación con los arts. 168 , 169 , 163.1.1 ° y 164.2.3° LC , en concreto, a las causas o motivos por los cuales puede juzgarse la calificación de concurso en caso de que la sección de calificación se hubiera abierto como consecuencia del incumplimiento de un convenio que, por no imponer una quita superior al 30% o una espera de más de tres años, no determinó una previa apertura de la sección de calificación.

El tercer motivo se refiere a la interpretación del art. 172.3 LC , en concreto, a los criterios justificativos de la responsabilidad de los administradores al pago total o parcial de los créditos de los acreedores concursales no satisfechos con la liquidación, y su aplicación en el presente caso.

Alcance de la calificación del concurso en caso de incumplimiento de un convenio "no gravoso" para los acreedores

4. *Formulación de los dos primeros motivos de casación* . El primero de los motivos de casación se basa en "la infracción de los arts. 168 y 169 LC , y con ellos de los arts. 163.1.1 ° , 164.2.3 ° y 167.2 LC " .

El recurso argumenta que la aprobación de un convenio que no contenía ni quita ni espera alguna, determinó que no se abriera la sección de calificación, en virtud de lo prescrito en el art. 163.1.1° LC . Si más tarde se abre la sección, como consecuencia del incumplimiento del convenio (art. 167.2 LC), tan sólo cabe juzgar como motivo de calificación si el incumplimiento " *es debido a causa imputable al concursado* " (art. 164.2.3° LC). Consiguientemente, no cabía fundar la calificación culpable del concurso en ninguna otra causa o motivo legal, como de hecho hizo el juzgado mercantil, y ha confirmado la Audiencia Provincial, al apreciar en la generación del estado de insolvencia culpa grave de los administradores de la sociedad deudora (art. 164.1 LC).

El segundo motivo, "que redundaba en similares razonamientos que motivó el anterior", como al comienzo de su desarrollo aclara el propio recurrente, denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre la naturaleza transaccional del convenio concursal, contenida en las Sentencias de esta Sala de 8 de enero de 1997 y 18 de noviembre de 1997 . El recurso entiende que un convenio "no gravoso", como el aprobado, en atención a su naturaleza transaccional, "evitó la provocación de un pleito, el de la calificación (art. 1809 CC) y no entenderlo así, como hace la sentencia recurrida, significa omitir el criterio jurisprudencial invocado y restarle al convenio la faceta transaccional de la que sin duda goza en este punto atinente a la calificación". E insiste, más adelante, que "la aprobación del convenio entraña el cierre de la posibilidad de enjuiciar a los administradores sociales por las causas del concurso que en este punto, en consecuencia, se transige, pues no otra cosa significaría dar por zanjada la posibilidad de abrir un proceso futuro sobre una materia determinada como lo es si los administradores sociales incurrieron en dolo o culpa grave en la causación o agravamiento de la insolvencia".

Los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados por las razones que exponemos a continuación.

5. *Desestimación de los dos primeros motivos de casación* . La formación de la sección de calificación ha venido motivada por la apertura de la fase de liquidación, consecuencia del incumplimiento del convenio aprobado en su día.

Bajo la normativa en vigor al tiempo en que se procedió a la apertura de la calificación (antes de la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), la apertura de la sección de calificación no procedía en todo caso, sino cuando se abría la fase de liquidación o se aprobaba un convenio con una quita superior a un tercio



del importe de los créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1 LC), que venía a considerarse un convenio gravoso para los acreedores. Consiguientemente, en supuestos como el presente, en que el convenio aprobado en la junta de acreedores no contenía quita o espera alguna, no procedía la apertura de la sección de calificación.

6. La Ley regulaba, en el apartado 2 del art. 167, las consecuencias del incumplimiento del convenio, en los casos en que previamente se había abierto la sección de calificación por tratarse de un convenio gravoso para los acreedores. El convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC , integrado, en su caso, con el art. 165 LC , respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el art. 164.2 LC , salvo la 3ª, que presupone el incumplimiento del convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC).

Pero la Ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un convenio "no gravoso" para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación.

Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el art. 163.1.2º prescribía " *la formación de la sección de calificación del concurso (...) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación* ".

Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC , pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio "poco gravoso" pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC , y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (" *incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado* ").

Bajo la lógica de la argumentación del segundo motivo de casación, conviene aclarar que la resolución del convenio no sólo determinará la desaparición de los efectos que el convenio había producido sobre los créditos, sino también la desaparición de la circunstancia legal que impedía la calificación del concurso, que en cualquier caso requería, para que fuera definitiva, la aprobación del convenio. La apreciación de las consecuencias legales previstas para el caso de incumplimiento del convenio no afecta a su carácter contractual, que, además, en modo alguno agota su naturaleza. Por mucho que se pudiera llegar a concebir un convenio concursal como una transacción, sus efectos cesarían con la resolución por incumplimiento, razón por la cual no cabe apreciar infracción alguna de la jurisprudencia citada.

Responsabilidad de los administradores de la concursada

7. *Formulación del tercer motivo de casación* . El tercero de los motivos de casación denuncia la infracción del art. 172.3 LC , al estimar que la sentencia recurrida se decanta por una interpretación del precepto que concibe la responsabilidad de los administradores como una sanción consiguiente a la calificación culpable del concurso, en contraposición a lo que considera es la interpretación más adecuada, que la entiende como una responsabilidad basada en el resarcimiento del perjuicio causado con la generación o agravación del estado de insolvencia.

En el desarrollo del motivo, además de traer a colación la contradicción de pareceres que, al tiempo de interponerse el recurso, existía entre las audiencias provinciales en torno a la interpretación del art. 172.3 LC , deja claro que no cuestiona la imputación realizada a los administradores de haber generado la insolvencia, mediante una conducta culposa (culpa in eligendo o in vigilando respecto de la actuación del Sr. Juan Miguel), sino en qué medida pudo esta conducta generar el déficit concursal. Y para justificar que esto no es así, hace referencia a una serie de hechos, relativos al valor de lo construido y de lo que quedaba por construir, que no constituyen hechos acreditados en la instancia, y, por lo tanto, respecto de los que no puede fundarse el recurso de casación.

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

8. *Desestimación del tercer motivo de casación* . Para la resolución de este motivo de casación, conviene no perder de vista que el recurso no cuestiona ni la declaración culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC , ni tampoco que, respecto de esta conducta, merezcan la consideración de personas afectadas por la



calificación quienes eran, respectivamente, administradores de derecho y de hecho al tiempo de generarse la insolvencia (la Sra. Concepción y el Sr. Mateo , respectivamente).

Lo anterior determina que se haya partido, como algo no cuestionado, de que en la generación del estado de insolvencia de la sociedad CAPASA medió culpa grave de sus administradores (la Sra. Concepción y del Sr. Mateo). Con este presupuesto, al margen de que la sentencia recurrida hubiera calificado esta responsabilidad como sanción, en la práctica, la condena de los administradores a pagar la totalidad de los créditos no satisfechos con la liquidación es una consecuencia lógica de la citadas circunstancias que determinaron la calificación culpable del concurso. Los condenados a cubrir el déficit concursal son aquellos a los que se atribuye la responsabilidad de la causación del estado de insolvencia que, a la postre, ha dado lugar a que hayan podido quedar créditos insatisfechos con la liquidación.

Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es la tipificada en el art. 164.1 LC , y, más en concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el art. 172 bis LC , la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos.

Costas

9. Aunque ha sido desestimado el recurso de casación, no procede la imposición de costas en atención a las dudas suscitadas por la interpretación legal (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación de Concepción y Mateo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 18 de octubre de 2010, que resolvió el recurso de apelación (rollo núm. 293/2010) interpuesto contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Zaragoza de 26 de enero de 2010 (incidente concursal núm. 99/2006), sin hacer expresa condena en costas.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.