



Roj: **STS 1368/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1368**

Id Cendoj: **28079110012014100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2014**

Nº de Recurso: **541/2012**

Nº de Resolución: **122/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 75/2012,**
STS 1368/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación e infracción procesal núm. 541/2012, interpuestos por la Procuradora D.^a María del Mar Abril Vega, en nombre y representación de D. Gerardo , D. Isaac , D.^a Zulima , D.^a Amalia , la HERENCIA DE D.^a Caridad y de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A.", representados ante esta Sala por la Procuradora D.^a M.^a Carmen Montes Baladrón, contra la Sentencia núm. 3/2012, de 10 de enero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 360/2011 , dimanante de los Autos de Incidente Concursal núm. 48/2010, pertenecientes a la Sección Sexta de Calificación del Concurso Ordinario 189/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid. Ha sido parte recurrida la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE CASERO HERMANOS, S.A.", representada ante esta Sala por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La entidad "CASERO HERMANOS, S.A.", al realizar la solicitud de declaración de concurso, solicitó la liquidación. Declarado el concurso con el núm. 189/2007, el Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, dictó auto, con fecha 14 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva disponía:

- » 1.- Se declara finalizada la fase común del presente procedimiento concursal del deudor CASERO HERMANOS, S.A."
- » 2.- Se abre la fase de liquidación, formándose la sección quinta, que se encabezará con testimonio de esta resolución.
- » 3.- Durante la fase de liquidación quedarán en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC.
- » 4.- Se declara disuelta la sociedad "CASERO HERMANOS S.A., cesando en su función sus administradores, que serán sustituidos por la administración concursal.
- » 5.- Anúnciese por edictos la apertura de la fase de liquidación, que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado.

Inscríbase, asimismo, en los Registros correspondientes la apertura de la fase de liquidación, librándose los oportunos mandamientos.



» 6.- En el plazo de quince días computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la L.C .

» 7.- Fórmese la sección sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso.

SEGUNDO.- Tras finalizar el plazo de diez días para que cualquier acreedor o persona que acreditara interés legítimo pudiera personarse en la sección sexta con objeto de alegar por escrito cuanto considerase relevante para la calificación del concurso, mediante providencia de 19 de noviembre de 2009, se abrió el plazo de quince días para que la administración concursal presentara el informe a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- D.^a María del Mar Abril Vega, en nombre y representación de "CASEROS HERMANOS, S.A." interpuso recurso de reposición contra la referida providencia, que fue desestimado mediante auto de 12 de enero de 2010, contra el que la citada Procuradora efectuó protesta a efectos de reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

CUARTO.- D. Santos , administrador concursal de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A." presentó informe sobre calificación del concurso, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que justificaban la calificación del concurso como culpable, señaló como afectados por dicha calificación a D. Gerardo , D. Isaac , D.^a Zulima , D.^a Amalia y D.^a Caridad , solicitó para los mismos la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona durante el plazo de dos años, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor y la condena solidaria a pagar a los acreedores concursales el total importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa; y concluyó suplicando al Juzgado: «tenga por deducidos hechos relevantes para la calificación del concurso de Casero Hermanos SA; por propuesta la calificación de culpable, señalando como afectos aquéllos que se identifican en el encabezamiento de este escrito; dé traslado al Ministerio Fiscal y audiencia a los interesados; y finalmente dicte sentencia declarando culpable el concurso Casero Hermanos SA con los demás pronunciamientos antes reseñados y, fijado el resarcimiento a la masa activa en el complemento de la misma con el patrimonio de dichos afectados hasta alcanzar todos los créditos a que deba atender la liquidación y que el patrimonio concursal no cubrirá.»

QUINTO.- Mediante Providencia de 29 de enero de 2010 se tuvo por presentado el informe para la calificación y se ordenó dar traslado al Ministerio Fiscal.

La representante procesal de "CASERO HERMANOS S.A. presentó recurso de reposición contra la referida Providencia, alegando que el informe de calificación había sido presentado fuera de plazo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, tras oír a la administración concursal, dictó auto desestimando el recurso de reposición interpuesto, contra el que la Sra. Abril Vega efectuó protesta a efectos de apelación.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal informó que a la vista de la documentación presentada, y en particular del informe del administrador concursal, nada tenía que oponer a que el concurso fuera calificado como culpable.

SÉPTIMO.- Al haber sido calificado como culpable el concurso tanto por la administración concursal como por el Ministerio Fiscal, el Magistrado Juez, mediante Providencia de 8 de junio de 2010, acordó dar traslado al deudor y emplazar a los afectados, para que comparecieran en la sección sexta si no lo hubieran hecho con anterioridad y una vez comparecidos darles vista del contenido de dicha sección para que, alegaran cuanto conviniera a su derecho.

OCTAVO.- D.^a María del Mar Abril Vega, en representación de D. Gerardo y de D. Isaac , solicitó al Juzgado tuviera por comparecidos a sus representados y se les diera vista del contenido de la sección a efectos de formular alegaciones, a lo que se accedió mediante Providencia de 25 de junio de 2010.

En cuanto a sus también representadas D.^a Amalia y D.^a Zulima , solicitó, asimismo, se las tuviera por personadas y se les diera vista del contenido de la sección, petición a la que se accedió mediante providencia de 29 de junio de 2010.

La Sra. Abril Vega comunicó y justificó el fallecimiento de D.^a Caridad y solicitó al Juzgado que en representación de la herencia se tuviera por personados a sus hijos D. Ambrosio y D.^a Zaira . El Juzgado accedió a la petición y acordó darles vista de la sección para alegaciones.

NOVENO.- D.^a María del Mar Abril Vega, formuló, en nombre y representación de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A." oposición a la calificación del concurso como culpable, así como a la extensión de la responsabilidad a los administradores.



Presentado escrito de oposición al informe de calificación, se acordó dar traslado a la administración concursal y al Ministerio Fiscal, tramitar ésta por los trámites de los incidentes concursales y formar pieza separada que fue registrada como pieza separada de la sección de calificación núm. 189/2007 001 sección A.

Asimismo, dicha procuradora formuló oposición en nombre del resto de sus representados, por lo que el Juzgado ordenó dar traslado de ésta al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, tramitarla como un incidente, registrarla como pieza separada núm. 48/2010 y dar vista de los autos a la Magistrado para fijar la fecha de celebración de vista.

DÉCIMO.- Con motivo de la entrada en funcionamiento del Juzgado de refuerzo 12 bis, el conocimiento de la sección sexta del concurso 189/2007, pasó a ser de este Juzgado.

UNDÉCIMO.- Señalado día para la celebración de vista, se acordó citar a las partes y al Ministerio Fiscal, con entrega de copia del escrito de oposición y de los documentos acompañados.

DUODÉCIMO.- En el acto de la vista la administración concursal se opuso a los escritos de oposición de las concursadas. El Ministerio Fiscal se ratificó en su dictamen y se adhirió a las manifestaciones efectuadas por la administración concursal.

DECIMOTERCERO.- La Magistrada Juez de Primera Instancia núm. 12 bis de Valladolid, dictó la Sentencia núm. 66/2011, de 21 de febrero, cuyo Fallo disponía: «Que desestimando la oposición presentada por Casero Hermanos SA, D. Gerardo, D. Isaac, D. Dña. Zulima, Dña. Amalia y herencia de Dña. Caridad a la propuesta de calificación como culpable realizada por la administración concursal del Concurso nº. 189/07 (Casero Hermanos SA) a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, se declara dicho concurso como CULPABLE al concurrir al menos el supuesto del art. 165.1º LC, debiendo afectar tal calificación a los administradores D. Gerardo, D. Isaac, Dña. Zulima, Dña. Amalia y herencia de Dña. Caridad a los que se inhabilita para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante un plazo de 2 años, declarándose la pérdida de cualquier derecho que los mismos pudieran tener como acreedores de la masa o concursales, condenándose a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor, además de la condena solidaria a todos ellos a pagar a los acreedores concursales el total importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, con resarcimiento a la masa activa en el complemento de la misma con el patrimonio de dichos afectados hasta alcanzar todos los créditos a que deba atender la liquidación y que el patrimonio concursal no cubra, tal como se solicita en el suplico del informe de la administración concursal. Las costas se imponen a los aquí opuestos Casero Hermanos SA, D. Gerardo, D. Isaac, Dña. Zulima, Dña. Amalia y herencia de Dña. Caridad».

Tramitación en segunda instancia

DECIMOCUARTO.- D.ª María del Mar Abril Vega, en nombre y representación de D. Gerardo, D. Isaac, D.ª Zulima, D.ª Amalia y de la herencia de D.ª Caridad, apeló la Sentencia núm. 66/2011, de 21 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Valladolid y suplicó al Juzgado para ante la Audiencia Provincial: «[...] previos los trámites procesales oportunos, incluida la remisión de los autos a la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid para la sustanciación y resolución del recurso de apelación, se dicte en su día Sentencia por la Ilma Audiencia Provincial, en la que, estimando este recurso de apelación, se acuerde calificar como fortuito el concurso de Casero Hermanos S.A., absolviendo a mis mandantes de todos los pedimentos formulados en su contra, con condena en costas a la administración concursal.»

Asimismo, la Sra. Abril Vega, actuando en nombre y representación de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A.", mediante escrito de 7 de abril de 2011, recurrió la referida Sentencia así como el Auto de 12 de enero de 2010, en el que suplicó a la Sala: «[...] dicte Sentencia declarando fortuito el concurso de Casero Hermanos, S.A. por no concurrir dolo o culpa grave en la generación de la insolvencia o, alternativamente, por inexistencia de pretensión de calificación del concurso como culpable al haber presentado fuera de plazo el Administrador Concursal su informe, ya que el Ministerio Fiscal no efectuó pretensión alguna.»

La Sra. Abril, en nombre y representación de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A.", presentó escrito, de fecha 11 de abril de 2011, mediante el que interpuso, de nuevo, recurso de apelación contra el Auto de 12 de enero de 2010, en el que solicitó a la Sala: «[...] revoque dicho Auto, estimando la impugnación y declare que el Informe de Calificación de la Administración Concursal fue presentado fuera de plazo, con todos los efectos legales pertinentes a la preclusión del trámite.»

DECIMOQUINTO.- La Procuradora D.ª María Eugenia López Arnáiz, en nombre y representación de la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE CASERO HERMANOS S.A.", en concurso, se opuso a los recursos de apelación interpuestos.

El Ministerio Fiscal interesó fueran confirmadas las resoluciones objeto del recurso de apelación.



DECIMOSEXTO.- La resolución de los recursos de apelación interpuestos correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que lo tramitó con el núm. de rollo 360/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 3/2012, de 10 de enero, cuyo Fallo disponía: «Desestimamos los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 29 de mayo de 2008 recaída en Autos de Incidente Concursal 26/2007, pertenecientes a la Sección Sexta de Calificación del Concurso Ordinario 621/2005 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 12 de Valladolid (Mercantil) y confirmamos dicha resolución con imposición a las partes recurrentes de las costas originadas por sus respectivos recursos.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación

DECIMOSÉPTIMO.- La Procuradora D.^a M^a del Mar Abril Vega, en nombre y representación de D. Gerardo, D. Isaac, D.^a Zulima, D.^a Amalia y de la herencia de D.^a Caridad, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 3/2012, de 10 de enero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 360/2011

El recurso extraordinario por infracción procesal, se fundamentó con base en los siguientes motivos:

«Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal: Al amparo del motivo segundo del nº. 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, concretamente del art. 218.1 LEC en relación con el art. 465.5 LEC, por cuanto la Sentencia resuelve cuestiones que no fueron objeto del recurso, en particular, la cuestión relativa a la existencia de irregularidades contables relevantes, que ni siquiera fue objeto de pronunciamiento en la Sentencia de instancia, incurriendo, además, en una "reformatio in peius" al condenar a mis mandantes por unas supuestas irregularidades contables que no fueron objeto de la condena de primera instancia y sin que mediara impugnación de la Sentencia.

» Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal: Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que la sociedad estuviera en situación de insolvencia desde el año 2003 cuando en la propia lista de acreedores consta que la sociedad no dejó de cumplir sus compromisos de pago hasta enero de 2007.

» Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal: Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que los administradores hubieran "agravado sobremanera la insolvencia", cuando es un hecho objetivo que cuando se presenta la solicitud de concurso las deudas se habían reducido en 300.742 euros con respecto al cierre del ejercicio anterior.

» Motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal: Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por hacer la sentencia una valoración arbitraria, ilógica y absurda del informe pericial de Deloitte: I) Al hacerle decir justo lo contrario de lo que dice en relación con la existencia de irregularidades contables y II) Al no estimar acreditadas las aportaciones de capital de los socios y la condonación de las rentas cuando su acreditación es un hecho notorio, reflejado por la contabilidad social e incluso admitido por la administración concursal.»

El recurso de casación se basó en los motivos que a continuación se relacionan:

«Primer motivo del recurso de casación, por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC: Por infracción del art. 2.2 de la Ley Concursal, en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al concepto legal de insolvencia como situación en la que el deudor se encuentra incapacitado para cumplir regularmente sus obligaciones de pago vencidas, situación distinta de la de desequilibrio patrimonial en la que se fundamenta la condena de la sentencia recurrida.

» Segundo motivo del recurso de casación, por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC: Por infracción del art. 164.1 de la Ley Concursal, en relación con el art. 172.3 del mismo cuerpo legal, en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que establece la exigencia de imputación subjetiva del daño a la actuación de los administradores, de forma que el daño causado, en este caso, la generación o agravación de la insolvencia, sea atribuible a la actuación del administrador.

» Tercer motivo de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal, en relación con el art. 64.1 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el déficit concursal y la necesidad de la determinación de una relación de causalidad entre



la conducta del administrador calificada de culpable y la generación o agravación de la insolvencia, existiendo interés casacional en relación con esta cuestión por existir jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales.

» Cuarto motivo del recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC : Por infracción de los arts. 164.1 y 165.1º de la Ley Concursal , en relación con el art. 1902 del Código Civil , en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la exigencia de relación de causalidad jurídica entre la actuación de los administradores y el daño.»

Asimismo, la Sra. Abril Vega, en nombre y representación de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A." formalizó recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en apelación.

La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se fundamentó en los motivos que a continuación se exponen:

«Motivo primero.- Al amparo del motivo tercero del apartado 1º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley y concretamente, por infracción del artículo 169 de la Ley Concursal , en relación con el artículo 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .-

» Motivo segundo.- Al amparo del motivo tercero del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, causante de indefensión y concretamente, por infracción del artículo 465, apartado 5º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto prohíbe la "reformatio in peius" en segunda instancia.-

» Motivo tercero.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y, concretamente, del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto establece que la Sentencia que se dicte en apelación debe decidir exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.-

» Motivo cuarto.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del Artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y concretamente, del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto establece que la Sentencia que se dicte en apelación debe decidir exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.-

» Motivo quinto.- Al amparo del motivo tercero del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los actos y garantías del proceso, causante de indefensión y concretamente, del artículo 465, apartado 5º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto prohíbe la "reformatio in peius" en segunda instancia.-

» Motivo sexto.- Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del artículo 24 de la Constitución , en cuanto al error patente padecido por la Sentencia en la apreciación de extremos relevantes del debate que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.

» Motivo séptimo.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia y concretamente del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto que establece que las Sentencias deberán incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.-

» Motivo octavo.- Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que los administradores hubieran "agravado sobremanera la insolvencia", cuando es un hecho objetivo que cuando se presenta la solicitud de concurso las deudas se habían reducido en 300.742 euros con respecto al cierre del ejercicio 2006.-

» Motivo noveno.- Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por hacer la Sentencia una valoración arbitraria, ilógica y absurda del informe pericial de Deloitte: I) Al hacerle decir justo lo contrario de lo que dice en relación con la existencia de irregularidades contables; II) Al no estimar acreditadas las aportaciones de capital de los socios y la condonación de las rentas cuando su acreditación es un hecho notorio, reflejado por la contabilidad social e incluso admitido por la administración concursal; III) En relación con el estado de insolvencia que lo sitúa en enero de 2007.-

Para la interposición del recurso de casación se alegaron los motivos que a continuación se transcriben:

«Motivo primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en concreto, el artículo 2.2. de la Ley Concursal .-



» Segundo motivo del recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º L.E.C. : Por infracción del art. 2.2 de la Ley Concursal , en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo, relativa al concepto legal de insolvencia, como situación en la que el deudor se encuentra incapacitado para cumplir regularmente sus obligaciones de pago vencidas, situación distinta de la de desequilibrio patrimonial en la que se fundamenta la condena de la Sentencia recurrida.

» Motivo tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en concreto, el artículo 165.1 de la Ley Concursal , en relación con el artículo 5 de la misma Ley .

» Cuarto motivo del recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º L.E.C. : Por infracción del art. 165.1 de la Ley Concursal , en relación con el art. 172.3 del mismo cuerpo legal , en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que establece la exigencia de imputación subjetiva del daño a la actuación de los administradores, de forma que el daño causado, en este caso, la generación o agravación de la insolvencia, sea atribuible a la actuación del administrador.

» Quinto motivo de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal, en relación con el 165.1 del mismo cuerpo legal , en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el déficit concursal y la necesidad de la determinación de una relación de causalidad entre la conducta del administrador calificada de culpable y la generación o agravación de la insolvencia, existiendo interés casacional en relación con esta cuestión, por existir jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales.»

DECIMOCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los Procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 13 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Gerardo , D. Isaac , D.ª Zulima , D.ª Amalia y la herencia de D.ª Caridad , contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera), en el rollo de apelación nº 360/2011 , dimanante del incidente concursal [núm. 48/2010, en el concurso] nº 189/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid.

» 2º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de "CASERO HERMANOS, S.A.", contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera), en el rollo de apelación nº 360/2011 , dimanante del incidente concursal [núm. 48/2010, en el concurso] nº 189/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid.

» De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

DECIMONOVENO.- Tanto el Procurador de la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD CASERO HERMANOS, S.A." como el Ministerio Fiscal se opusieron a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos.

VIGÉSIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Mediante Providencia de 7 de enero de 2014, se nombró Ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 19 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- La entidad "CASERO HERMANOS, S.A." (en lo sucesivo, CASERO HERMANOS) solicitó ser declarada en concurso mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2007, en el que ya solicitaba la liquidación de la sociedad.



Tras declararse finalizada la fase común y abrirse la fase de liquidación, se abrió el plazo para que la administración concursal presentara el informe previsto en el art. 169 de la Ley Concursal .

La resolución que acordó abrir tal plazo fue recurrida en reposición por la concursada, por entender que el plazo comenzaba a correr sin necesidad de resolución judicial que así lo acordara. El recurso fue desestimado y la recurrente formuló protesta para reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

2.- La administración concursal presentó el informe en el que expresó los hechos relevantes para la calificación del concurso. Solicitó se declarara el concurso culpable, identificó como personas a las que debía afectar la calificación a D. Gerardo , D. Constancio , D^a Zulima , D^a Amalia y D^a Caridad , administradores de la sociedad concursada desde el año 2003 y pidió se les inhabilitase para administrar bienes ajenos y representar o administrar cualquier persona durante dos años, se acordara la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores de la concursada y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor, y se les condenara solidariamente a pagar a los acreedores concursales el total importe que de sus créditos no percibieran en la liquidación de la masa activa.

También fue recurrida en reposición la providencia en que se tuvo por presentado el informe para la calificación y se ordenó dar traslado al Ministerio Fiscal, recurso que fue desestimado, formulándose protesta.

El Ministerio Fiscal emitió dictamen en el que no se oponía a la calificación del concurso como culpable.

3.- Se tramitó la sección de calificación, en la que la concursada y las personas a las que la administración concursal solicitó afectara la declaración de culpabilidad de concurso se opusieron a tal solicitud.

El Juzgado dictó sentencia en la que razonó la concurrencia como causa de calificación del concurso como culpable de la consistente en la no solicitud en plazo de la declaración de concurso, pues consideró que la concursada se encontraba en estado de insolvencia desde que en el ejercicio 2003 el patrimonio neto cayó por debajo de la mitad del capital social por las pérdidas sufridas, lo que ponía en relación con la previsión del art. 164.1 de la Ley Concursal que prevé que el concurso ha de calificarse como culpable cuando los administradores hubieran contribuido con culpa grave a la generación y agravación de la insolvencia, y con los arts. 262 y 260 de la Ley de Sociedades Anónimas , reguladoras de la responsabilidad de los administradores sociales cuando no hubieran adoptado las medidas que les exigía la legislación societaria al concurrir causa legal de disolución desde el 2003, que suponen la comisión de una conducta negligente y no de un ordenado empresario.

Tras exponer que no había necesidad de entrar a valorar la concurrencia de otras presunciones para llegar a la calificación del concurso como culpable, el fallo declaró el concurso culpable «al concurrir *al menos* el supuesto del art. 165.1º LC » y estimó la totalidad de los pedimentos formulados por la administración concursal, entre los que estaba la condena solidaria de los administradores sociales a cubrir el déficit concursal.

4.- Tanto la concursada como las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia.

La audiencia desestimó los recursos, y, en lo que aquí interesa, consideró presentado en plazo el informe de la administración concursal por ser correcto que se dictara una resolución judicial en la que se abriera expresamente tal plazo, consideró correctamente valorada la prueba, y consideró que concurría la causa de calificación del concurso como culpable consistente en haber mediado dolo o culpa de los administradores en la generación o agravación de la insolvencia por no haber adoptado las medidas que les exigía la ley pese a existir causa de disolución desde el año 2003, lo que les hace legalmente responsables de las deudas sociales devengadas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución conforme al art. 265.5 de la Ley de Sociedades Anónimas , y haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso en el plazo legalmente previsto pues concurría el presupuesto objetivo de insolvencia al menos desde el 2003, y, a mayor abundamiento, concurrir la presunción "iuris et de iure" [presunción no susceptible de prueba en contrario] de culpabilidad prevista en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal consistente en la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa, por lo que confirmó la sentencia apelada.

Por último, confirmó la condena solidaria de los administradores sociales a cubrir el déficit concursal, justificando el carácter solidario de la condena por la concurrencia de los administradores, difícilmente separable y diferenciable, a la causación de un mismo daño al patrimonio social y la protección de los acreedores.

4.- CASERO HERMANOS formula recurso extraordinario por infracción procesal con base en nueve motivos y recurso de casación con base en cinco motivos. Las personas afectadas por la calificación del concurso



formulan recurso extraordinario por infracción procesal articulado sobre cuatro motivos y recurso de casación con base en cuatro motivos, todos los cuales han sido admitidos.

En la resolución de los recursos se agruparán los que presenten una estrecha relación.

Recursos extraordinarios por infracción procesal

SEGUNDO .- Enunciación y fundamento del primer motivo de recurso de CASERO HERMANOS

1.- El primer motivo formulado por la concursada se encabeza con el siguiente epígrafe: «Al amparo del motivo tercero del apartado 1º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley y concretamente, por infracción del artículo 169 de la Ley Concursal , en relación con el artículo 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .»

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la sentencia infringe el art. 169.1 de la Ley Concursal en relación al 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar que el informe de la administración concursal fue presentado dentro de plazo. Afirma la recurrente que el plazo para presentar el informe comienza a correr desde que finaliza el plazo de personación de los interesados, sin necesidad de nueva notificación, pues el administrador concursal debe conocer la fecha de la última publicación.

TERCERO.- Valoración de la Sala. El cómputo del plazo del art. 169.1 de la Ley Concursal

1.- La aplicación del apartado segundo del art. 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede suponer la preclusión de un plazo que comience a correr desde la finalización de otro cuando sea el órgano judicial el que deba comunicar a la parte interesada, a quien afecta la preclusión del acto procesal, el transcurso del plazo anterior.

Tal es el caso aquí enjuiciado, en que a la administración concursal se le había notificado la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación, sin que ello le permita conocer cuándo había tenido lugar la última publicación de dicha resolución, que es el "dies a quo" del inicio del plazo para presentar su informe.

La administración concursal no tiene obligación legal de conocer cuándo se ha producido esa última publicación, en contra de lo afirmado en el recurso, por lo que el conocimiento del plazo cuya finalización determina el nacimiento del plazo para la presentación del informe viene determinado por la notificación que le haga el órgano judicial.

2.- Los plazos establecidos en los arts. 168.1 y 169.1, ambos de la Ley Concursal , están establecidos a diferentes efectos y dirigidos, por así decir, a distintas partes procesales, el primero a los acreedores y demás personas con interés legítimo para personarse en la sección de calificación, el segundo a la administración concursal.

El órgano judicial debe constatar que el primer plazo ha transcurrido, una vez le conste cuándo ha tenido lugar la última publicación del auto que abre la fase de liquidación, debe dictar la resolución en la que se admitan o rechacen los escritos de personación y alegaciones presentados por los acreedores o interesados y, dando traslado de tales escritos, si son admitidos, puesto que pueden aportar información valiosa para el interés del concurso, debe otorgar el plazo de quince días a la administración concursal para que presente el informe de calificación.

3.- Una interpretación como la sostenida por la recurrente, según la cual el segundo plazo comienza a correr automáticamente cuando finaliza el primero, sin necesidad de actuación alguna del órgano judicial, generaría una gran inseguridad y supondría un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción por parte de la administración concursal, habida cuenta de la brevedad de los plazos en cuestión y las dificultades de la administración concursal para conocer el hecho relevante para el cómputo del plazo de cuyo transcurso se hace depender el inicio a su vez del plazo que se le concede para formular el informe previsto en el art. 169.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

4.- Por último, la parte que ha confiado en el plazo que le ha concedido el órgano judicial para realizar un determinado acto procesal, y lo ha realizado en tal plazo, no puede ver a posteriori precluida su oportunidad de realizarlo y ver anulado el mismo porque se considere que el plazo fue incorrectamente concedido.

CUARTO.- Enunciación y fundamento de los motivos segundo a quinto del recurso de CASERO HERMANOS y del motivo primero del recurso de D. Gerardo y otros

1.- El segundo motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo tercero del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, causante de indefensión y concretamente, por infracción



del artículo 465, apartado 5º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto prohíbe la "reformatio in peius" en segunda instancia.»

2.- El tercer motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y, concretamente, del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto establece que la Sentencia que se dicte en apelación debe decidir exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.»

3.- El cuarto motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo segundo del número 1 del Artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y concretamente, del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto establece que la Sentencia que se dicte en apelación debe decidir exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso».

4.- El quinto motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo tercero del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los actos y garantías del proceso, causante de indefensión y concretamente, del artículo 465, apartado 5º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto prohíbe la "reformatio in peius" en segunda instancia».

5.- El primer motivo del recurso de D. Gerardo y de quienes con él litigan se encabeza del siguiente modo: « Al amparo del motivo segundo del nº. 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, concretamente del art. 218.1 LEC en relación con el art. 465.5 LEC , por cuanto la Sentencia resuelve cuestiones que no fueron objeto del recurso, en particular, la cuestión relativa a la existencia de irregularidades contables relevantes, que ni siquiera fue objeto de pronunciamiento en la Sentencia de instancia, incurriendo, además, en una "reformatio in peius" al condenar a mis mandantes por unas supuestas irregularidades contables que no fueron objeto de la condena de primera instancia y sin que mediara impugnación de la Sentencia.»

6.- Todos estos motivos se fundan, resumidamente, en que la audiencia, al declarar que existían irregularidades contables relevantes determinantes de la aplicación de la presunción "iuris et de iure" del carácter culpable del concurso prevista en el art. 164.2 de la Ley Concursal , y que en la generación o agravación de la insolvencia había mediado dolo o culpa del deudor o de sus administradores sociales, constitutiva de la "cláusula general" prevista en el art. 164.1 de la Ley Concursal , habría incurrido en incongruencia al resolver cuestiones no planteadas en el recurso de apelación, y suponía una "reformatio in peius" [reforma para peor] que perjudicaba a los apelantes.

La sentencia de primera instancia, alegan los recurrentes, había expresado como causa en que se fundamentaba la calificación únicamente la del art. 165.1 de la Ley Concursal , esto es, el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de plazo. La sentencia de la audiencia provincial, al añadir otras causas determinantes del carácter culpable del concurso, habría incurrido en incongruencia determinante de una "reformatio in peius" pues solo habían interpuesto recurso de apelación la concursada y las personas a las que afectaba la calificación del concurso como culpable.

Los recurrentes encuadran los motivos en el apartado 2º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (los relativos a la existencia de incongruencia) y en el apartado 3º (los relativos a la "reformatio in peius").

Por la íntima relación existente entre las cuestiones objeto de estos motivos, procede resolverlos conjuntamente.

QUINTO.- Valoración de la Sala. La congruencia en la sentencia que resuelve la apelación contra la sentencia de calificación del concurso

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».

Se exige por tanto no solo que la sentencia declare el concurso culpable, sino también que exprese la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2.- Esta exigencia supone que la sentencia ha de exponer con suficiente claridad los hechos relevantes para que el concurso pueda ser calificado como culpable, así como expresar cuáles son las causas en que se fundamente la calificación, pues respecto de cada una de ellas pueden derivarse pronunciamientos diferentes que afecten a distintas personas. Pero no supone una exigencia formal de que esa causa o causas hayan de estar expresadas en el fallo de la sentencia o que este contenga la cita de todos y cada uno de los preceptos en los que encuadrar las causas, siempre que se contengan en la fundamentación jurídica con suficiente claridad.



La sentencia de primera instancia no abordó correctamente la expresión de las causas de que el concurso se calificara como culpable. A la vista de la exigencia contenida en el art. 172.1 de la Ley Concursal, no es acertado que deje de valorar la concurrencia de causas determinantes del carácter culpable del concurso porque baste la concurrencia de una causa para que el concurso sea calificado como culpable, ni que el fallo declare culpable el concurso «al concurrir al menos el supuesto del art. 165.1º LC» (énfasis añadido). Ha de considerarse que la pretensión formulada en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal no consiste solamente en que se declare culpable el concurso, sino en que se declare culpable por determinadas causas. Dependiendo de que el concurso se declare culpable por unas u otras causas, las personas afectadas por la calificación y los cómplices pueden variar, y también pueden ser diferentes las consecuencias de la calificación del concurso como culpable (duración de la inhabilitación, alcance de las condenas a la pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa, a la devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a la cobertura del déficit concursal) y afectar a distintas personas. Como explicaremos, tal cuestión tiene trascendencia a efectos de la apelación de la sentencia.

No obstante, ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal recurrieron la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre otras causas de calificación del concurso como culpable alegadas en sus respectivos informe y dictamen.

El análisis de la fundamentación de la sentencia muestra que el juzgado consideró culpable el concurso porque se había infringido el deber de solicitar la declaración de concurso en el plazo establecido en el art. 5.1 de la Ley Concursal, lo que es objeto de la presunción "iuris tantum" [presunción susceptible de prueba en contrario] del art. 165.1 de la Ley Concursal, que ponía en relación con la previsión del art. 164.1 de la Ley Concursal que prevé que el concurso ha de calificarse como culpable cuando los administradores hubieran contribuido con culpa grave a la generación y agravación de la insolvencia, y con los arts. 262 y 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto que consideraba que la sociedad incurrió en causa de disolución por pérdidas agravadas en el año 2003 sin que se adoptaran las medidas que les exigía la legislación societaria.

3.- La necesidad de que la sentencia que califique el concurso exprese no solo que el concurso se considera fortuito o culpable sino también, en este segundo caso, que exprese la causa o causas en que se fundamente tal calificación, supone que la sentencia de apelación no puede añadir causas determinantes del carácter culpable del concurso a las expresadas en la sentencia de primera instancia si así no lo pide la administración concursal o el Ministerio Fiscal mediante un recurso de apelación o una impugnación de la sentencia que haya sido recurrida de contrario.

En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, la audiencia ha considerado que desde 2003 la sociedad estaba en situación de insolvencia por estar incurso en causa legal de disolución por pérdidas que dejaron reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, sin que los administradores promovieran los remedios y mecanismos previstos en el art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que consideran causa de imputación de culpabilidad conforme al art. 164.1 de la Ley Concursal, que les hace responsables de las deudas sociales devengadas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución conforme al art. 265.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, situación que imposibilitaba a la sociedad a cumplir regularmente con sus obligaciones sociales. Y que junto a dicha causa legal de disolución del art. 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimas concurría el presupuesto objetivo de insolvencia del art. 2 de la Ley Concursal al menos desde 2003, por lo que era obligado haber pedido la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que lo supieron o debieron haberlo sabido, y al no hacerlo incumplieron el deber de solicitar el concurso, lo que es constitutivo de la presunción "iuris tantum" del art. 165.1 de la Ley Concursal.

Esta consideración de la audiencia no incurre en incongruencia ni infringe la prohibición de "reformatio in peius" (pese a incurrir en falta de precisión, y, como veremos, confundir la situación de pérdidas agravadas con la de insolvencia y no diferenciar adecuadamente la responsabilidad societaria con la concursal) porque se está considerando una sola conducta como constitutiva de la causa de calificación del concurso como culpable. Tal conducta sería la de no haber adoptado las medidas exigidas a los administradores concursales en el art. 265 de la Ley de Sociedades Anónimas en caso de incurrir la sociedad en pérdidas agravadas. Tanto el juzgado como la audiencia consideran que dicha circunstancia es equivalente a la de insolvencia. Por ello, además de realizar una referencia improcedente al art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (puesto que no estamos en sede de responsabilidad societaria sino de calificación y responsabilidad concursal), encuadran la conducta en el art. 165.1 de la Ley Concursal (infracción del deber de solicitar la declaración de concurso) y también en el art. 164.1 de la Ley Concursal (dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia).

No se trata de causas de calificación del concurso como culpable de naturaleza muy diferente, pues esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012, y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de



los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala num. 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril , 298/2012, de 21 de mayo , 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio).

En este caso, sería una única conducta la determinante del carácter culpable del concurso, el incumplimiento por los administradores de los deberes que les imponía la legislación societaria al incurrir la sociedad en pérdidas agravadas, que consideran equiva le a la insolvencia, en 2003, conducta que las resoluciones de instancia incardinan en el art. 165.1 y asimismo en el 164.1, ambos de la Ley Concursal , siendo en realidad aquel una concreción legal de este.

4.- La apreciación por la audiencia provincial, «a mayor abundamiento» de una causa no expresada con suficiente claridad en la sentencia apelada, como era la de las irregularidades contables relevantes, no constituye un vicio de incongruencia puesto que se trata de un simple argumento de refuerzo que ninguna trascendencia práctica tiene, puesto que en ningún caso puede fundar por sí sola la calificación del concurso como culpable al no haber sido declarada en la sentencia de primera instancia, si no se mantiene la causa de calificación a la que sirve de refuerzo.

SEXTO.- Enunciación y fundamento de los motivos sexto y séptimo del recurso de CASERO HERMANOS y del segundo motivo de de D. Gerardo y otros

1.- El motivo sexto del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente epígrafe: «Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del artículo 24 de la Constitución , en cuanto al error patente padecido por la Sentencia en la apreciación de extremos relevantes del debate que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.»

2.- El motivo séptimo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente epígrafe: «Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia y concretamente del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto que establece que las Sentencias deberán incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.»

3.- El motivo segundo del recurso de D. Gerardo y de quienes con él litigan se encabeza así: «Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que la sociedad estuviera en situación de insolvencia desde el año 2003 cuando en la propia lista de acreedores consta que la sociedad no dejó de cumplir sus compromisos de pago hasta enero de 2007.»

4.- Estos motivos se fundamentan, resumidamente, en que la sentencia de la audiencia incurre en errores patentes tales como confundir el "déficit patrimonial" o la existencia de pérdidas agravadas o de fondos propios negativos con la "insolvencia" y al valorar la prueba documental y pericial de la que resulta que el estado de insolvencia se produce en enero de 2007 pues con anterioridad se han venido pagando todas las deudas de la sociedad, lo que, se afirma, constituiría también una motivación contraria a la lógica y la razón.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala. Valoración probatoria y valoración jurídica de los hechos. Requisitos de la impugnación de la valoración de la prueba en el recurso extraordinario

1.- La confusión que se denuncia entre el déficit patrimonial o la existencia de pérdidas agravadas o de fondos propios negativos con la insolvencia no supone una infracción procesal denunciable por el cauce del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Es una cuestión sustantiva que solo puede denunciarse en el recurso de casación, como de hecho se hace.

2.- El cauce del apartado 2º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco es adecuado para denunciar infracciones relativas a la valoración de la prueba, como las que se tratan en el párrafo siguiente. Y la lógica que se dice infringida y a que se refiere el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es la de la argumentación, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación (sentencias de esta sala núm. 232/2012, de 23 de abril , y núm. 215/2013 bis, de 8 de abril , entre otras). Tampoco puede denunciarse por esta vía, la de la vulneración de



la lógica en la motivación, los errores en la valoración de la prueba (sentencias núm. 131/2012, de 21 marzo , y núm. 215/2013 bis, de 8 de abril).

3.- Respecto de la impugnación que se formula por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, lo que impide que por medio de este recurso extraordinario se trate de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de primera instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación.

En sus motivos, los recurrentes parten de asertos que dan por indiscutibles («es un hecho probado y aceptado por todas las partes...») sin justificar adecuadamente tal carácter. Se hace referencia a diversos extremos que resultarían del informe de la administración concursal sin identificar adecuadamente su ubicación. La mención que se hace a una de las conclusiones del informe de Deloitte, presentado por los hoy recurrentes al oponerse a la calificación, además de errar en la indicación de la página, no se refiere a un extremo fáctico sino a una valoración con trascendencia jurídica («la situación de insolvencia... se encuentra en los primeros meses de 2007»). Es más, en dicho informe, pág. 17, se afirma que «la mayor parte de los créditos con otros acreedores corresponde a deudas que vencieron en los primeros meses de 2007», con lo cual cae por su base la tajante afirmación de los recurrentes que no existía un solo crédito pendiente de pago cuyo vencimiento fuera anterior a enero de 2007, que es el hecho que según los recurrentes sería incontrovertible e incontrovertido.

El error en la valoración de la prueba denunciado en el recurso extraordinario debe ser patente, es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. En el presente caso no se dan tales requisitos.

OCTAVO.- Enunciación y fundamento del motivo octavo del recurso de CASERO HERMANOS y del motivo tercero del recurso de D. Gerardo y otros

1.- El octavo motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que los administradores hubieran "agravado sobremanera la insolvencia", cuando es un hecho objetivo que cuando se presenta la solicitud de concurso las deudas se habían reducido en 300.742 euros con respecto al cierre del ejercicio 2006.»

2.- El tercer motivo del recurso de D. Gerardo y de quienes con él litigan se encabeza del siguiente modo: «Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración probatoria y, en particular, en cuanto a que los administradores hubieran "agravado sobremanera la insolvencia", cuando es un hecho objetivo que cuando se presenta la solicitud de concurso las deudas se habían reducido en 300.742 euros con respecto al cierre del ejercicio anterior.»

3.- Los motivos, formulados a través del apartado 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se fundamentan, sucintamente, en que la sentencia recurrida incurre en un error patente en la valoración probatoria al afirmar que los administradores han agravado la insolvencia dado que cuando se solicitó la declaración de concurso el 21 de marzo de 2007 los créditos concursales ascendían a 261.346 euros frente a los 562.089 euros a que ascendían los créditos contra la sociedad al cierre del ejercicio social de 2006 el 31 de diciembre, pues el resto del pasivo, hasta 1.059.570,09 euros en que se cifra el déficit concursal corresponde a créditos contra la masa.

NOVENO.- Valoración de la Sala. Valoración de la prueba y valoración jurídica de los hechos probados

1.- Las sentencias de instancia, para considerar que la conducta de los administradores sociales ha tenido incidencia causal en la insolvencia de la sociedad, han dado relevancia a determinados hechos, como son concretamente la existencia de pérdidas agravadas desde cuatro años antes de la solicitud de declaración de concurso sin que los administradores adoptaran las medidas exigidas en tal situación en la normativa societaria y, en concreto, no solicitaran la declaración de concurso.

2.- Los recurrentes no plantean por tanto una cuestión que afecte a la valoración de la prueba documental y pericial, sino a la calificación jurídica de los hechos que resultan de la misma, lo cual no puede denunciarse en infracción procesal (sentencia de esta sala núm. 612/2013, de 21 de octubre).



DÉCIMO.- Enunciación y fundamento de los motivos noveno del recurso de CASERO HERMANOS y del motivo cuarto del recurso de D. Gerardo y otros

1.- El noveno motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del motivo segundo del número 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por hacer la Sentencia una valoración arbitraria, ilógica y absurda del informe pericial de Deloitte: I) Al hacerle decir justo lo contrario de lo que dice en relación con la existencia de irregularidades contables; II) Al no estimar acreditadas las aportaciones de capital de los socios y la condonación de las rentas cuando su acreditación es un hecho notorio, reflejado por la contabilidad social e incluso admitido por la administración concursal; III) En relación con el estado de insolvencia que lo sitúa en enero de 2007.»

2.- El cuarto motivo del recurso de D. Gerardo y de quienes con él litigan se encabeza del siguiente modo: «Al amparo del motivo segundo del nº. 4 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por hacer la sentencia una valoración arbitraria, ilógica y absurda del informe pericial de Deloitte: I) Al hacerle decir justo lo contrario de lo que dice en relación con la existencia de irregularidades contables y II) Al no estimar acreditadas las aportaciones de capital de los socios y la condonación de las rentas cuando su acreditación es un hecho notorio, reflejado por la contabilidad social e incluso admitido por la administración concursal.»

3.- Los motivos, formulados a través del apartado 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamentan, sucintamente, en que la sentencia recurrida realiza una valoración arbitraria, ilógica y absurda del informe pericial de Deloitte al hacerle decir lo contrario de lo que dice en relación con la existencia de irregularidades contables y no estimar acreditadas las aportaciones de capital de los socios y la condonación de las rentas.

UNDÉCIMO.- Valoración de la Sala. Desestimación del motivo

1.- La impugnación contenida en este motivo en relación con los datos contables tiene poca trascendencia práctica desde el momento en que se ha estimado que las consideraciones contenidas en la sentencia de la audiencia provincial sobre las irregularidades contables son un argumento de refuerzo que nada añaden a la calificación del concurso como culpable basado en las otras dos causas.

2.- En todo caso, las afirmaciones que realiza la sentencia recurrida sobre las irregularidades contables no se basan solamente en el informe de Deloitte, sino también en otros documentos que expresamente cita, con lo cual, de haber valorado erróneamente uno de los soportes de sus afirmaciones, la cuestión carecería de trascendencia al no haberse impugnado la valoración de los demás informes.

3.- Respecto del resto de cuestiones planteadas, lo que los recurrentes cuestionan es la valoración conjunta de los distintos medios de prueba practicados sobre este particular, que no se limitan al informe pericial que ellos aportaron al oponerse al informe de la administración concursal.

No puede pretenderse en el recurso extraordinario que la audiencia provincial hubiera debido tener por probados determinados extremos porque los mismos se contengan en un informe pericial aportado por la parte recurrente, existiendo como existen diversos elementos probatorios que han sido valorados conjuntamente por la audiencia.

4.- Por otra parte, los recurrentes no alegan adecuadamente cuál sea la trascendencia de estas consideraciones de la sentencia recurrida en relación con el fallo de la misma, que alcance una gravedad tal que suponga la vulneración de sus derechos fundamentales, que es lo exigido en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se limitan a una cláusula de estilo sobre la efectiva indefensión «al resultar condenada con fundamento en la apreciación de la prueba que es fruto de un error patente y no supera el test de racionalidad constitucional».

5.- Como conclusión a lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recursos de casación

DUODÉCIMO.- Enunciación y fundamento de los motivos de casación primero y segundo de CASERO HERMANOS y primero de D. Gerardo y otros

1.- El primer motivo del recurso de casación de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en concreto, el artículo 2.2. de la Ley Concursal.»

2.- El segundo motivo del recurso de CASERO HERMANOS se encabeza con el siguiente título: «... al amparo del art. 477.2.3º L.E.C. : Por infracción del art. 2.2 de la Ley Concursal, en contradicción con la doctrina



jurisprudencial del Tribunal supremo, relativa al concepto legal de insolvencia, como situación en la que el deudor se encuentra incapacitado para cumplir regularmente sus obligaciones de pago vencidas, situación distinta de la de desequilibrio patrimonial en la que se fundamenta la condena de la Sentencia recurrida.»

3.- El primer motivo del recurso de D. Gerardo y de quienes con él litigan se encabeza del siguiente modo: «...al amparo del art. 477.2.3º LEC : Por infracción del art. 2.2 de la Ley Concursal , en contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al concepto legal de insolvencia como situación en la que el deudor se encuentra incapacitado para cumplir regularmente sus obligaciones de pago vencidas, situación distinta de la de desequilibrio patrimonial en la que se fundamenta la condena de la sentencia recurrida.»

4.- Tales motivos se fundamentan, sintéticamente, en que la sentencia recurrida confunde la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, con el desequilibrio patrimonial o con la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas, presupuesto de la acción de responsabilidad por deudas del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas .

Por ello, se dice, la sentencia fija en 2003 el momento en que se produjo la insolvencia, y no en enero de 2007, que es cuando por primera vez se deja de pagar a los trabajadores. La audiencia, alegan los recurrentes, no intenta siquiera establecer en qué momento se dejaron de cumplir regularmente las obligaciones de pago porque para ella el único elemento determinante de la insolvencia es el desequilibrio patrimonial, concluyen los recurrentes.

DECIMOTERCERO.- Valoración de la Sala. La insolvencia a efectos del concurso. Responsabilidad de los administradores por déficit concursal y responsabilidad societaria por deudas de la sociedad

1.- Las sentencias de instancia aplican incorrectamente el art. 2.2 en relación con el 5.1 y el 165.1, todos ellos de la Ley Concursal , al considerar que la sociedad CASERO HERMANOS se encontraba en situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso.

2.- No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

Esta sala, en su sentencia 590/2013, de 15 de octubre , realizó las siguientes afirmaciones sobre esta cuestión, que son de plena aplicación al supuesto objeto del recurso pese a que fueron realizadas en un litigio de naturaleza societaria:

«No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.

»Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL , y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión



apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados».

3.- Ahora bien, tampoco es correcta la equiparación que hacen los recurrentes entre insolvencia y cesación de pagos, al afirmar que la insolvencia se produjo en enero de 2007 pues fue en ese momento cuando se produjo la cesación general en los pagos por parte del deudor común.

El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la Ley Concursal . Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la Ley Concursal).

Y, al contrario, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

4.- No obstante esta confusión, lleva razón el recurso cuando afirma que las sentencias de instancia equiparan incorrectamente la insolvencia con la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que hayan dejado reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social. Al no computar el plazo de dos meses previsto en el art. 5.1 de la Ley Concursal desde que el deudor conoció o debió conocer su situación de insolvencia, esto es, que no podía cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y no fijar siquiera cuándo se produjo tal circunstancia, se ha producido la infracción legal denunciada.

5.- La existencia de la infracción indicada supone la revocación de la calificación del concurso como culpable y, consiguientemente, la de los pronunciamientos condenatorios de los administradores sociales en tanto que personas afectadas por la calificación.

Como hemos expresado anteriormente, las sentencias de instancia no están considerando dos conductas diferentes para encuadrarlas, respectivamente, en los arts. 165.1 y 164.1 de la Ley Concursal . Están considerando la misma conducta (no haber adoptado las medidas exigidas en las normas societarias pese a la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas) para aplicar dichos preceptos de la Ley Concursal, y ello al confundir la situación de pérdidas agravadas con el estado de insolvencia.

Al no aplicar correctamente el precepto que define el estado de insolvencia a efectos de la Ley Concursal, se han aplicado incorrectamente los arts. 164.1 de la Ley Concursal y, en tanto que concreción de aquel , 165.1 de la Ley Concursal .

En cuanto al art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , vigente cuando sucedieron los hechos relevantes para el litigio, el mismo regula la responsabilidad societaria de los administradores sociales. Pero no es esa responsabilidad la que se exige en la sección de calificación del concurso, por lo que la invocación de dicho precepto legal no es pertinente.

Por todo lo cual procede estimar los recursos de casación, casar la sentencia de la Audiencia Provincial y, en su lugar, dictar otra por la que se estime el recurso de apelación interpuesto por los hoy recurrentes y se declare fortuito el concurso.

DECIMOCUARTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer expresa imposición de las costas de los recursos de casación al resultar estimados, ni de los recursos extraordinarios por infracción procesal ante las serias dudas de derecho por la falta de precisión de la sentencia recurrida en fijar qué conducta determinaba la calificación del concurso como culpable y por qué causa, así como por incluir una argumentación de refuerzo que hacía referencia a una causa no apreciada en primera instancia y respecto de la que no se había formulado impugnación por la parte demandante.

No procede hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación, al resultar estimados, ni las de primera instancia, ante las serias dudas de hecho sobre cuándo se produjo la situación de insolvencia de la concursada.

2.- También procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos extraordinarios por infracción procesal, y la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación, de



conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y estimar los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de D. Gerardo, D. Isaac, D.ª Zulima, D.ª Amalia, la HERENCIA DE D.ª Caridad, y la de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A.", contra la Sentencia núm. 3/2012, de 10 de enero, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 360/2011.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto, y en su lugar dictamos otra por la que estimamos los recursos de apelación interpuestos por D. Gerardo, D. Isaac, D.ª Zulima, D.ª Amalia, la HERENCIA DE D.ª Caridad, y la entidad "CASERO HERMANOS, S.A." contra la sentencia de 21 de febrero de 2011 dictada en la sección sexta de calificación del concurso ordinario 189/2007, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, que revocamos, y en su lugar acordamos:

2.1.- Declarar fortuito el concurso de la entidad "CASERO HERMANOS, S.A.".

2.2.- Absolver a D. Gerardo, D. Isaac, D.ª Zulima, D.ª Amalia, la HERENCIA DE D.ª Caridad de las pretensiones condenatorias formuladas contra ellos.

2.3.- No haber lugar a hacer expresa imposición de las costas de primera instancia ni de apelación.

3.- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

4.- Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos extraordinarios por infracción procesal, y la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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.