



Roj: **STS 2837/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2837**

Id Cendoj: **28079110012014100338**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2014**

Nº de Recurso: **550/2013**

Nº de Resolución: **349/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Vigo, núm. 3, 25-05-2012,**
SAP PO 11/2013,
STS 2837/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos de casación, interpuestos por el Procurador D. Pedro Sanjuán Fernández en nombre y representación de D. Paulino , COBREIRO 2014 SLU, ARKITERRA 2006 SLU y OREMOR INVERSIONES SLU, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de Concurso Ordinario 69/2010, que a nombre de la Administración Concursal de BERNARDO ALFAGEME S.A. y con intervención del Ministerio Fiscal, se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, siendo demandados BERNARDO ALFAGEME, S.A., D. Jose Ángel y ARKITERRA 2006 SLU, D. Paulino y COBREIRO 2004 SLU, D. Marco Antonio y OREMOR INVERSIONES SLU.

Es parte recurrida, el Ministerio Fiscal y la Administración Concursal de BERNARDO ALFAGEME S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. **FORMACIÓN DE LA SECCIÓN SEXTA . Calificación del concurso.** En el concurso voluntario de acreedores de BERNARDO ALFAGEME, S.A. (autos 69/2010), el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra dictó Auto con fecha cuatro de marzo de 2011 del tenor literal siguiente: "1.- En el presente procedimiento concursal del concursado BERNARDO ALFAGEME S.A., se deja sin efecto la fase de convenio acordada por auto de 12-01-11 y se abre la fase de liquidación, convirtiéndose en este sentido el contenido de la Sección quinta. Consecuentemente queda sin efecto el señalamiento de la Junta de Acreedores para el día 27 de abril de 2011 a las 10.00 horas.

>> 2.- Durante la fase de liquidación continuarán en suspenso las facultades de administración y disposición del concurso sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC.

Se declara el cese de los administradores de la sociedad concursada que serán sustituidos por la administración concursal.

>> 3.- Anúnciese por edictos la apertura de la fase de liquidación que se fijará en el tablón de anuncios del Juzgado y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.

Inscríbase asimismo en los Registros correspondientes la apertura de la fase de liquidación.



>> 4.- En el plazo de 15 días, computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará el plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado, conforme a lo dispuesto en el art. 48 de la LC .

>> 5.- Procédase a la formación de la sección sexta de la calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso (art. 163.1.2ª).

2.- EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL . Los administradores concursales de BERNARDO ALFAGEME, S.A., D. Clemente , D. Fabio y D. Inocencio , presentaron Informe razonado sobre propuesta de calificación del convenio, como culpable, con la relación de personas afectadas por la calificación, solicitando los siguientes pronunciamientos de la sentencia que se dicte: "a) Como personas afectadas por la calificación a

- La mercantil ARKITERRA 2006 SLU

- La mercantil COBREIRO 2004 SLU

- La mercantil OREMOR INVERSIONES SLU

- D. Jose Ángel

- D. Paulino

- D. Marco Antonio

>> Imponiéndoles una inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 10 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo; así como la pérdida de cualquier derecho que tenga como acreedor concursal o de la masa.

>> b) Que, con arreglo al art. 172.2.3 se condene a los precisados a indemnizar a la masa activa del concurso en la cantidad de 11.819.790 € de forma solidaria con PROMALAR S.A.

>> c) Que, con arreglo al art. 172.2.3 se condene a Don Paulino , a indemnizar a la masa activa del concurso en la cantidad de 2.000.000,00 €.

>> d) Que, con arreglo al art. 172.3 LC , se condene a los precisados en la letra a), a la cobertura del déficit del 70 %; esto es, a pagar a los acreedores concursales un 70 % del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

>> e) de modo subsidiario, para el caso de que no se estime la solicitud contenida en la letra b) y d), que se condene a las personas afectadas por la calificación a la cobertura total del déficit hasta un máximo de 42.568.946€; esto es, a pagar a los acreedores concursales el importe total que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, hasta un máximo de 42.568.946 €".

3. EL DICTAMEN DEL MINISTERIO FISCAL . El Ministerio Fiscal emitió dictamen por el que interesaba: "[...] 1. Que o concurso sexa calificado como culpable, por aplicación das previsiones contidas non arts. 164.1, 164.2.1º.e 165.1º, 2º e 3º da Lei concursal.

>> 2.- Que se declare como persoas afectadas pola devandita calificación as mercantils ARKITERRA 2006, SLU, COBREIRO 2004 SLU e OREMOR INVERSIONES SLU

>> e as persoas físicas D. Paulino , D. Jose Ángel e D. Marco Antonio .

>> 3.- Que, en aplicación do establecido no artigo 172.2.2º se acorde a inhabilitacio de persoas afectadas pola calificación para administrar bens alleos e para representar o administrar a calquera persoa por tempo de dez anos.

>> 4.- Que, ó abeiro do establecido en el artículo 177.2.3º, se lles condee tamen a perder de calquera dereito que tiñesen como acreedores concursais ou da masa.

>> 5.- Que, asi mesmo por aplicación do art. 172.2.3º se lles condee a inmdemnizar en concepto de danos e prexuízos causados as cantidades de

>> - 11.819.790 € de xeito solidario con PROLAMAR SA candidade que esta condenada a restituir o concursado pola declaracion de rescision e ineficacia dos pagos efectuados a esa mercantil por Bernardo Alfageme S.A. entre o 22 de maio e o 15 decembro de 2008.

>> - aquel ana que resulte cuantificado o incremento das indemnizacions satisfeitas a traballadores polo retraso en extingui-las suas realcions laborais cando sa non tiene ocupación efectiva.

>> 6.- Que, consorte o preceptuado polo art. 173.3 se lles condee a pagar a los acreedores concursais o importe dos seus creditos que non perciban na liquidación de la masa activa".



4. La OPOSICIÓN DEL CONCURSADO Y DE LOS AFECTADOS POR LA CALIFICACIÓN . El Procurador don Jesús González- Puelles Casal en nombre y representación de BERNARDO ALFAGEME S.A. presentó escrito de oposición al escrito de calificación, cuyo suplico decía: "1.- Nos tenga por opuesto a la calificación instada, solicitando se nos emplace para formular escrito de demanda incidental [...]".

El Procurador don Jesús González-Puelles Casal en nombre y representación de D. Paulino y COBREIROS 2004, S.L. presentó escrito de oposición al escrito de calificación, cuyo suplico decía: "[...] se dicte sentencia por la que declare fortuito el concurso desestimando los motivos a la administración concursal y Ministerio Fiscal, previa la admisión y práctica de pruebas que proponemos con el presente escrito [...]".

El Procurador don Javier Toucedo Rey en nombre y representación de OREMOR INVERSIONES SLU. presentó escrito de oposición al escrito de calificación, cuyo suplico decía: "[...] se dicte sentencia por la que declare fortuito el concurso desestimando los motivos, la administración concursal y Ministerio Fiscal".

La Procuradora doña María Blanco Suárez en nombre y representación de D. Marco Antonio presentó escrito de oposición al escrito de calificación, cuyo suplico decía: "[...] dictar sentencia en que se califique de fortuito el concurso de la Sociedad BERNARDO ALFAGEME S.A. y sin hacer expresa declaración de costas".

La Procuradora doña Marta Suárez Hermo en nombre y representación de D. Jose Ángel y ARKITERRA 2006 SLU presentó escrito de oposición al escrito de calificación, cuyo suplico decía: "[...] dicte sentencia por la que declare fortuito el concurso desestimando los motivos de la administración concursal y Ministerio Fiscal con expresa imposición de costas".

5.- La SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, dictó en la Sección 6ª, Sentencia núm. 93/2012 de 25 de mayo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal debo declarar y declaro:

a) Que el concurso de BERNARDO ALFAGEME S.A. es culpable por concurrencia de las conductas narradas en los fundamentos de derecho, incardinadas en el art. 164.1 y 165.1º LC .

b) Que los administradores de derecho D. Paulino -como administrador único-, Arkiterra 2006 SLU, Cobreiro 2004 SLU y Oremos Inversiones SLU -como miembros del Consejo de Administración- tienen la condición de personas afectadas por la calificación.

Y debo condenar y condeno a D. Paulino a cinco años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a indemnizar a la masa hasta el límite de 11.819.790 euros, deduciéndose de dicha cantidad lo que Bernardo Alfageme SA perciba de forma efectiva en el concurso de Prolamar SL; a la pérdida de cualquier derecho que el mismo tenga como acreedor concursal o de la masa.

Y debo condenar y condeno a Arkiterra 2006 SLU, Cobreiro 2004 SLU y Oremos Inversiones SLU a tres años de inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a indemnizar, solidariamente, a la masa con el exceso de indemnización entre lo que hubiera supuesto un ERE extintivo aplicado, como máximo, el 31 de diciembre de 2009, con la indemnización legal por despido objetivo, y la cantidad final de 6.647.148,27 euros a que fue condenada por los juzgados de lo social; a la pérdida de cualquier derecho que los mismos tengan como acreedores concursales o de la masa.

Debo absolver y absuelvo a D. Jose Ángel y D. Marco Antonio de las pretensiones contra los mismos formuladas.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Firme esta resolución, remítase mandamiento al Registro Mercantil a los efectos previstos en el art. 320 RRM y art. 198 LC así como al Registro Civil.."

Tramitación en segunda instancia

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de OREMOR INVERSIONES, SLU, ARKITERRA 2006 SLU, COBREIRO 2004 SL y D. Paulino .

El Ministerio Fiscal y los Administradores Concursales de BERNARDO ALFAGEME, S.A., se opusieron a los recursos de apelación interpuestos de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó Sentencia nº 4/2013 el 8 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de ARKITERRA 2006, SLU, D. Paulino , COBREIRO 2004 SL, OREMOR INVERSIONES SL, contra la sentencia dictada en los autos de calificación concursal seguidos bajo el número 69/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, resolución que confirmamos en su integridad, con imposición de las costas procesales devengadas en esta alzada a los apelantes."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

7. El Procurador D. Pedro Sanjuán Fernández, en nombre y representación de D. Paulino , COBREIRO 2014 SLU, ARKITERRA 2006 SLU y OREMOR INVERSIONES SLU, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

"MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR D. Paulino .

PRIMERO. -La sentencia impugnada infringe el art. 165.1 en conexión con los arts. 5.1 y 2.2, todos ellos de la vigente Ley Concursal , cuando presume la negligencia grave del recurrente, Sr. Paulino , por haber incumplido su deber de solicitar la declaración del concurso, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 26 de octubre de 2012 , 17 de noviembre de 2011 , 19 de mayo de 2011 , 23 de noviembre de 2010 y 30 de noviembre de 2010 , entre otras.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada infringe los arts. 164.1 y 172.2, apartados 2º y 3º de la ley Concursal , cuando califica el concurso de BASA como culpable por culpa grave del SR. Paulino y declara su consiguiente responsabilidad con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 17 de noviembre de 2011 , 6 de octubre de 2011 , 23 de febrero de 2011 , 19 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2008 , entre otras.

TERCERO.- La sentencia impugnada vulnera el art. 172.2, apartados 2º y 3º de la Ley Concursal , cuando concreta la inhabilitación del Sr. Paulino y, en particular, cuando cuantifica los daños y perjuicios de que debe responder, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 16 de julio de 2012 , 26 de octubre de 2011 y 27 de febrero de 2006 , entre otras.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR ARKITERRA, COBREIRO Y OREMOR .

PRIMERO.- La sentencia impugnada infringe el art. 165.1 en conexión con los arts. 5.1 , 5.2 , 2.2 y 2.4.4º, todos ellos de la vigente ley Concursal , cuando presume la negligencia grave de las mercantiles recurrentes, por haber incumplido su deber de solicitar la declaración del concurso, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 26 de octubre de 2012 , 17 de noviembre de 2011 , entre otras.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada infringe los arts. 164.1 y 172.2, apartados 2º y 3º de la Ley Concursal , cuando califica el concurso de BASA como culpable por culpa grave de las mercantiles recurrentes - ARKITERRA, COBREIRO Y OREMOR- y declara su consiguiente responsabilidad con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 17 de noviembre de 2011 , 6 de octubre de 2011 , 23 de febrero de 2011 , 19 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2008 , entre otras " .

8. Por Diligencia de constancia de 27 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de D. Paulino , COBREIRO 2014 SLU, ARKITERRA 2006 SLU y OREMOR INVERSIONES SLU. Y, como recurrido, el Ministerio Fiscal y el Procurador d. Fernando Rodríguez Jurado Saro en nombre y representación de la Administración Concursal de BERNARDO ALFAGEME, S.A.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 5 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

" 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formulado por la representación procesal de DON Paulino y las mercantiles COBREIRO 2004 SLU, ARKITERRA 2006 SLY y OREMOR INVERSIONES SLU, contra la sentencia dictada, con fecha 8 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 693/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal en el concurso nº 69/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, con sede en Vigo.

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC 2000, no constando partes recurridas personadas, dese traslado por veinte días, de las actuaciones al MINISTERIO FISCAL. [...]"

11. El Ministerio Fiscal y la representación procesal de la Administración concursal BERNARDO ALFAGEME, S.A., presentaron escritos oponiéndose al recurso de casación interpuesto.



12. Al solicitarse por la representación de las partes personadas vista pública, se señaló, por Providencia de 28 de abril de 2014, para su celebración, el día 5 de junio de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

1. A los efectos del presente recurso interesa consignar los siguientes hechos acreditados en la instancia.

BERNARDO ALFAGEME S.A. (en adelante ALFAGEME o la concursada) presentó concurso voluntario de acreedores el 25 de marzo de 2010 que, al no alcanzar un convenio con sus acreedores se abrió la fase de liquidación y la formación de la sección sexta de calificación. La administración concursal emitió un informe razonado, solicitando la calificación de culpable, determinando las personas afectadas por la misma, así como los pronunciamientos que debería contener la sentencia de calificación (antecedente de hecho 2 de la presente resolución); el Ministerio fiscal emitió un dictamen, proponiendo igual calificación, con expresión de las personas afectadas. De conformidad con el art. 172.3 LC (actualmente art. 172 bis LC) propusieron ambos que respondieran del déficit concursal, hasta el 70 % (propuesta de la administración concursal) y del 100 % (propuesta del Ministerio Fiscal).

Formularon oposición todas las personas físicas y jurídicas afectadas por la calificación propuesta por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, solicitando que el concurso se calificara de fortuito.

2. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra dictó sentencia calificando el concurso de culpable, por la concurrencia de las conductas descritas, incardinadas en los arts. 164.1 y 165.1 LC, limitando las personas afectadas a Paulino y a las sociedades que a partir del 29 de abril de 2009 fueron miembros del consejo de administración de la concursada. Condenó al Sr. Paulino a 5 años de inhabilitación para administrar bienes ajenos y a indemnizar a la masa activa hasta el límite de 11.819.790.-€, deducida aquella cantidad que perciba de la liquidación de PROMALAR, S.L. sociedad enteramente participada por él y su familia; condenó a las personas jurídicas, miembros del Consejo de Administración de la concursada, ARKITERRA, COBREIRO y OREMOR, a 3 años de inhabilitación y a indemnizar, solidariamente, a la masa, la diferencia entre la cantidad final a que fue condenada por los Juzgados de lo Social la sociedad concursada, como consecuencia de los despidos declarados improcedentes (45 días por año) y la que se hubiera obtenido mediante la presentación de un oportuno ERE por razones objetivas (20 días por año).

Absolvió al resto de las personas propuestas por la Administración concursal y el Ministerio Fiscal. No condenó a que respondieran del déficit patrimonial.

3. Los recursos de apelación interpuestos por las personas físicas y jurídicas condenadas por el fallo fueron desestimados íntegramente por sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección nº 1, el 8 de enero de dos mil trece.

La sentencia de la Audiencia Provincial resolvió los recursos desestimando los motivos alegados por los apelantes, dirigidos a combatir el pronunciamiento condenatorio, en relación al incumplimiento del deber de solicitar el concurso (art. 165.1 LC) y a cuestionar la condena impuesta por la concurrencia de la cláusula general de culpabilidad concursal (art. 164.1 LC). En cuanto al primero de los motivos alegados, dos son los submotivos que motivaron la demora en la presentación del concurso, según los apelantes. Una, a causa de una refinanciación que, más que reflotar la empresa, sirvió para mejorar las posiciones crediticias de los bancos acreedores, lo que la sentencia rechaza porque estaba en manos, primero, del administrador único, y, más tarde, por el consejo de administración, rechazarla lo que pone de manifiesto el reconocimiento de una actuación negligente del administrador, pues si el plan de viabilidad, tal como finalmente resultó planteado, abocaba a la sociedad al apalancamiento y al fracaso empresarial, se está en presencia de una conducta negligente por incumplimiento de los deberes impuestos por la normativa societaria (arts. 225 y 226 LSC); iguales conclusiones alcanzó la sentencia respecto de la cantidad a la que fue condenado el Sr. Paulino (11.800.000.-€), que se destinó a una empresa de su propiedad, PROMOLAR, en lugar de ser destinada a los acreedores de la sociedad concursada; consideró la Audiencia que, en todo caso, las argumentaciones esgrimidas por los recurrentes, lejos de demostrar que la sociedad no estaba en situación de insolvencia, más parecen un reproche a los bancos financiadores y a la entidad pública Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE), lo que refuerza las apreciaciones del Juez de instancia sobre el hecho de que la sociedad se encontraba en una situación crítica, por lo menos desde el primer trimestre de 2009, y el concurso se presentó en marzo de 2010. En relación a las deudas salariales, la no presentación en agosto de 2009, del oportuno ERE de la plantilla de Vigo que quedó sin actividad, supuso un aluvión de demandas por despidos por falta de ocupación efectiva, que determinaron indemnizaciones muy superiores (45 días por año) a las que



se hubieran reconocido por la extinción de los contratos por causas objetivas (20 días), generando una deuda superior a los 6 millones de euros.

En cuanto a la impugnación de los fundamentos de la cláusula general planteados en la sentencia recurrida, proyectados al presente supuesto, son, dice la sentencia de apelación, parcialmente coincidentes con los que han apreciado la causa del art. 165.1º LC . Los argumentos de los apelantes no alteran el juicio de culpabilidad basado en el reproche dirigido al administrador único de haber realizado operaciones de agravaron la insolvencia y que favorecieron, en detrimento de los acreedores ordinarios, al acreedor vinculado, PROMALAR.

El resto de los recursos de apelación insistieron en los mismos argumentos, bien que dirigidos a minimizar la supuesta presentación tardía del concurso, a la vista de que la insolvencia contemplada en el art. 2.2 LC no afloró, según los recurrentes, hasta principios del mes de enero de 2010 y la solicitud del concurso voluntario se presentó en marzo de 2010.

Impuso las costas de esta alzada a los apelantes.

EL RECURSO DE CASACIÓN DE D. Paulino

SEGUNDO.- Formulación del primer y segundo motivo del recurso de casación. Razones de la Sala para su desestimación.

Dada su conexidad son tratados conjuntamente ambos motivos, aunque su tratamiento es objeto de distintos razonamientos.

1. El *primer motivo* descansa en que la sentencia " *infringe el art. 165.1 en conexión con los arts. 5.1 y 2.2, todos ellos de la vigente Ley Concursal, cuando presume la negligencia grave del recurrente, Sr. Paulino, por haber incumplido su deber de solicitar la declaración del concurso, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 26 de octubre de 2012, 17 de noviembre de 2011, 19 de mayo de 2011, 23 de noviembre de 2010 y 30 de noviembre de 2010, entre otras*".

El *segundo motivo* denuncia infracción de los arts. 164.1 y 172.2, apartados 2º y 3º de la ley Concursal, cuando califica el concurso de BASA como culpable por culpa grave del Sr. Paulino y declara su consiguiente responsabilidad con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 17 de noviembre de 2011, 6 de octubre de 2011, 23 de febrero de 2011, 19 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2008, entre otras.

El recurrente impugna en el primer motivo la imputación de negligencia grave en su conducta por el Tribunal de apelación en base a dos circunstancias: que en diciembre de 2008 no consta insolvencia en sentido concursal; y que el Sr. Paulino cesó en su condición de administrador el 31 de marzo de 2009. En el presente caso tales circunstancias, dice, son contrarias, a la doctrina de esta Sala, por cuanto se exige que el estado de insolvencia contemplado en el art. 2.2 LC debe ser "*claro*", ha de tratarse de una "*situación de hecho mantenida*", "*general y persistente*"; y el cese del administrador nunca se ha cuestionado. Por ello, las sentencias de instancia no han sido capaces de determinar el "*dies a quo*" de la insolvencia, de suerte que, aún presuponiendo su conocimiento desde el primer momento por el administrador, no resulta posible subsumir el relato de hechos probados en el art. 5.1 LC ni, en consecuencia, establecer la presunción de culpa grave del art. 165.1 LC .

2. El motivo primero se desestima por las razones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, en general, respecto de los motivos invocados que se fundan en interés casacional, como señala la Sentencia 1146/2007, de 31 de octubre es necesario que descansen "*al menos en dos o más sentencias de esta Sala sobre casos similares, de modo que su doctrina común pudiera considerarse aplicable al concretamente enjuiciado (Sentencia de 11 de octubre de 2005, entre otras)*". En el mismo sentido las SSTS 702/2010, de 4 de noviembre, 659/2011, de 3 de octubre y 171/2013, de 6 de marzo, al decir, en relación con la vulneración de la doctrina jurisprudencial, que "*ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un "interés casacional" que se manifieste nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*".

Tales consideraciones pueden proyectarse al caso enjuiciado porque, del análisis de todas las sentencias invocadas, revelan la escasa o nula aplicabilidad de la supuesta doctrina que se dice infringida. Afirmar que no puede invocarse el art. 165.1º porque las sentencias de instancia han sido incapaces de precisar el *dies a quo* de la insolvencia, por lo que no resulta posible subsumir el relato de los hechos probados en el art. 5.1 LC ni, en consecuencia, establecer la concurrencia de culpa grave del art. 164.1 LC, es inadmisibles en esta fase del procedimiento, y menos en sede casacional. Es tanto como no aceptar la resultancia fáctica acreditada por la sentencia recurrida, por mucho que se alegue por el recurrente que la cuestión de hecho es



función ajena al recurso de casación. Pues bien, no habiendo planteado el recurrente un recurso extraordinario por infracción procesal que desvirtuara la prueba practicada, debe estar y pasar por ella, y, en este sentido, la determinación del "día exacto" de la insolvencia es intrascendente, pues la prueba aportada lleva al Tribunal a estimarla acaecida dentro del primer trimestre del 2009. Es el recurrente quien debió intentar desvirtuar la situación de insolvencia, conforme señala el art. 5.1 LC, no sólo desde que la "conoció" sino también desde que la "debió conocer", como recuerda la STS 614/2011, de 17 de noviembre, citada por la propia recurrente como doctrina infringida. Si examinamos, no sólo la sentencia recurrida sino también el escrito del recurso de apelación que dio lugar a la resolución, la contradicción todavía es más evidente: el Sr. Paulino, que firmó el acuerdo de reestructuración y de refinanciación en marzo de 2005, alegó que el plan de negocio no sirvió para reflotar la situación (llegó a calificarla de "agónica") y mejorar la posición de determinados acreedores, lo que revela que la empresa estaba al borde de la insolvencia que se palió con las medidas adoptadas que, a la postre, resultaron insuficientes, pues en abril de 2009 tuvo que concederse nuevos préstamos (hasta 9.000.000.-€), operaciones en las que, pese a no ser administrador el Sr. Paulino, la gestión de su concesión corrió a su cargo. Tales circunstancias volvieron a ponerse de manifiesto en el acto de la vista celebrada el pasado día 5 de junio ante este Tribunal.

Como destaca la sentencia recurrida *"de esta forma de argumentar (que en buena medida sirvió de base a la pretensión de rescisión que fue parcialmente estimada por este mismo órgano de apelación) pone de manifiesto, a juicio de la Sala, el reconocimiento de una actuación negligente del administrador que está en la base del juicio de reproche que ha determinado la consideración como persona afectada y, consiguientemente, la condena a la inhabilitación y a la restitución de los perjuicios causados. Téngase en cuenta que, además, la norma presume la culpa, de suerte que debían de ser los demandados los que probaran que actuaron con la diligencia exigible"*, y a continuación señala: *"Aún partiéndose, en el terreno de la hipótesis..., ello trasluciría en todo caso una actuación no diligente del administrador único y luego del consejo, en la concertación de una operación de refinanciación absolutamente inapropiada, que lejos de reestructurar el pasivo y de refinanciar la deuda, con inyección de una cantidad relevante de dinero nuevo en el marco de un plan de viabilidad de la actividad empresarial, acabó beneficiando a los bancos prestamistas y a una sociedad participada al cien por cien"*.

Por último, el desvío de fondos por importe de 11.800.000.-€ a PROMOLAR, empresa participada al cien por cien por el recurrente, justifica la aplicación del art. 164.1 LC, como circunstancia que agravó la situación de insolvencia, lo que es objeto del segundo motivo de casación que se examina seguidamente.

3. En el segundo motivo, invoca sentencias de esta Sala en materia de responsabilidad societaria, cuya doctrina, según dice, infringe la sentencia recurrida. Por tanto, es también de aplicación al presente motivo cuantas consideraciones se han efectuado al comienzo del motivo primero.- Ni la materia tratada es la misma, ni los bienes protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. Nos hallamos ante un concurso de acreedores, el bien protegido es la masa activa y pasiva del concurso y, mientras en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, de entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC.

En todo caso, hay que examinar de forma pormenorizada, cada supuesto de hecho para anudar las consecuencias previstas en el art. 164.1 LC, de entre las que figuran, en el art. 164.2 unas conductas que presumen "iuris et de iure", y en el art. 165, otras que presumen "iuris tantum", la generación o agravamiento de la insolvencia.

La sentencia recurrida, tras la calificación del concurso como culpable, no sanciona al recurrente, como solicitaba el Ministerio Fiscal y los administradores concursales, con sufragar, en todo o en parte, el déficit patrimonial (art. 172.3 LC), sino que aplica las medidas previstas en el art. 172.2.2º y 3º, y, en el presente caso, la devolución de 11.800.000.-€ que BASA entregó a PROMOLAR, S.A., entidad especialmente relacionada con el recurrente, de los fondos procedentes del proceso de reestructuración y refinanciación con las entidades de crédito, como dinero nuevo (fresh money), en lugar de mantener esta cuantiosa suma en la tesorería de la hoy concursada para atender a los acreedores comerciales, dinero que, por su cuantía, hubiera evitado solicitar los otros 9.000.000.-€ adicionales, en marzo de 2009.

Pretende la recurrente justificar esta puntual conducta con la alegación de que cuando se adoptan medidas para reflotar la empresa, aunque las mismas resulten infructuosas cabe la exoneración de responsabilidad, con cita de sentencias de esta Sala referidas a la responsabilidad por deudas sociales.

Como señala la STS 56/2011, de 23 de febrero, citada por la recurrente, siguiendo la STS 142/2010, de 22 de marzo *"la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada"*.



Los sólidos argumentos de la sentencia recurrida, no infringe la doctrina fijada por esta Sala y justifica las medidas adoptadas de entre las previstas en la norma - art. 172.2 LC -.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Formulación del motivo tercero y razones para su desestimación.

Se articula en base a la vulneración del art. 172.2, apartados 2º y 3º de la Ley Concursal, "*cuando concreta la inhabilitación del Sr. Paulino y, en particular, cuando cuantifica los daños y perjuicios de que debe responder, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 16 de julio de 2012, 26 de octubre de 2011 y 27 de febrero de 2006, entre otras*".

Señala el recurrente que la cantidad a que se ha visto condenado por la sentencia recurrida resulta desorbitada e injusta porque no se corresponde con el daño o perjuicio causado, porque existe una "*desconexión causal*" de determinados pagos a PROMOLAR, S.A. con la situación de insolvencia, de la sociedad. Como peor hipótesis, dice, podía admitirse un pago de 3.000.000.-€ efectuado por BASA a PROMOLAR el 15 de diciembre de 2008, si se acepta que la "*insolvencia transitoria*" es del primer trimestre de 2009.

El motivo se desestima.

El argumento es artificioso, pues pretende aquilatar y ponderar el peso de los pagos realizados por BASA a PROMOLAR, en función de una insolvencia que califica de "*transitoria*" (ni actual ni inminente) y todo ello como resultado de no admitir el sustrato fáctico acreditado en la instancia, y olvidando que, *ad exemplum*, pocos días después de su dimisión como administrador único de la sociedad concursada (marzo de 2009), se precisaron otros 9.000.000.-€ para atender obligaciones que no pudieron ser atendidas con la tesorería de la sociedad.

Una vez más, el recurrente, disconforme con la sentencia de apelación pretende imponer su propia percepción de la realidad, alterando la base fáctica de la sentencia recurrida, y forzando un interés casacional artificioso para construir una infracción jurisprudencial inexistente, como señala la STS 171/2013, de 6 de marzo, que se añade a las citadas con anterioridad.

RECURSO DE CASACIÓN DE ARKITERRA, COBREIRO Y OREMOR.

CUARTO.- Formulación de los motivos primero y segundo del recurso.

Primero.- La sentencia impugnada infringe el art. 165.1 en conexión con los arts. 5.1, 5.2, 2.2 y 2.4.4º, todos ellos de la vigente ley Concursal, cuando presume la negligencia grave de las mercantiles recurrentes, por haber incumplido su deber de solicitar la declaración del concurso, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 26 de octubre de 2012, 17 de noviembre de 2011, entre otras.

Segundo.- La sentencia impugnada infringe los arts. 164.1 y 172.2, apartados 2º y 3º de la Ley Concursal, cuando califica el concurso de BASA como culpable por culpa grave de las mercantiles recurrentes - ARKITERRA, COBREIRO Y OREMOR- y declara su consiguiente responsabilidad con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 17 de noviembre de 2011, 6 de octubre de 2011, 23 de febrero de 2011, 19 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2008, entre otras.

Los motivos se desestiman al descansar en una presunta doctrina que se dice infringida con base a la misma jurisprudencia invocada en los motivos primero y segundo del recurso de casación de D. Paulino.

Ahora, los recurrentes estiman, contrariamente a lo declarado y probado en la sentencia recurrida, que no procedía la solicitud de concurso antes de la fecha en que se llevó a cabo, dado que las dificultades económicas era "*puntual*", "*no era un claro estado de insolvencia*", sino "*una situación de hecho mantenida*"; que se trató de una "*insolvencia laboral*" (*sic*), pues el impago fue solo de tres meses, a partir de cuyo momento debía computarse el plazo de dos meses (primer motivo).

Por otra parte, consideran que la única imputación que les atribuye es precisamente el incremento del pasivo laboral, esto es, la responsabilidad por negligencia grave se cuantificó en función de una sola circunstancia, a saber, la diferencia entre las indemnizaciones acordadas por los Tribunales de lo social (45 días por año trabajado) y las que se hubieran acordado de haberse presentado un ERE debidamente razonado (20 días), única responsabilidad atribuida a las recurrentes (segundo motivo).

Debe señalarse, en primer lugar, que si la sentencia del Tribunal de apelación fijó la insolvencia dentro del primer trimestre de 2009, la solicitud de concurso no se presentó hasta un año más tarde, siendo los recurrentes consejeros precisamente a partir del mes de marzo de 2009. Con mayor motivo, pues, debe imputarse a los recurrentes la infracción del deber que impone el art. 5 LC. Las consideraciones de si la insolvencia era transitoria o no, o si el mayor pasivo era sólo laboral, o si tenía o no importancia por su escasa cuantía, suponen discrepancias ajenas al recurso de casación reveladoras de estar disconformes con la



sentencia de apelación y una pretensión de alterar la base fáctica para construir artificialmente una infracción jurisprudencial inexistente, como se ha señalado al desestimar los motivos del Sr. Paulino , lo que evita una repetición de las razones que se han dado para desestimar los motivos alegados por los recurrentes a quienes, *ex abundantia* , cabe proyectar los razonamientos en ellos planteados, pues como señala la STS 328/2011, de 19 de mayo , "*la determinación del momento en el que se pudo conocer tal situación constituye una cuestión de hecho, que resulta del examen y valoración de la prueba, función que corresponde al Tribunal de instancia, ajena al recurso de casación*".

Y esto es lo que realizan las entidades recurrentes en el desarrollo de los motivos, revisar los hechos probados para sostener una interpretación distinta.

Por último, señalar que el art. 165.1 LC , que se dice infringido, no contiene un tercer criterio respecto de los dos apartados del art. 164 LC , pues como señala la STS 255/2012, de 16 de abril , siguiendo la STS 614/2011, de 17 de noviembre , se trata de una norma complementaria, la del art. 165.1, que permite presumir "*iuris tantum*" la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las circunstancias de que esta no convenza al Tribunal. La sentencia recurrida, lleva a cabo una minuciosa labor descriptiva de los hechos probados que integran el tipo normativo, no sólo del art. 165.1 LC , sino la concurrencia del elemento subjetivo del art. 164.1 LC y la relación de causalidad.

Los motivos se desestiman.

QUINTO.- Régimen de costas .

Al ser desestimados los recursos de casación, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC , se imponen las costas a los recurrentes, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representación de D. Paulino , COBREIRO 2014 SLU, ARKITERRA 2006 SLU y OREMOR INVERSIONES SLU, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 8 de enero de 2013, en el Rollo 6932/2012 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas a los recurrentes, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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.