



Roj: **STS 2066/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2066**

Id Cendoj: **28079110012015100267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2015**

Nº de Recurso: **1560/2013**

Nº de Resolución: **259/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 403/2013,**
STS 2066/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio incidental sobre calificación de concurso seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra.

El recurso fue interpuesto por Baldomero y Demetrio, representados por el procurador Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

Es parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, asistida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

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

No han comparecido ante esta Sala la administración concursal de la entidad Forvedra, S.A.L. y la entidad Forvedra, S.A.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. Fructuoso, Jesús y Adoracion, administradores concursales nombrados en el expediente de concurso de la entidad Forvedra, SAL, presentaron informe de calificación ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, para que se dictara sentencia:

"por la que estime: a) Que el concurso de Forvedra S.A.L. sea declarado culpable.

b) Que los administradores de derecho D. Baldomero y D. Demetrio, tienen la condición de afectados por la calificación.

c) Resulten inhabilitados por tiempo de dos años para administrar bienes ajenos, con pérdida de sus derechos como acreedores concursales, y a abonar a los acreedores concursales:

a.- el 20 % de las cantidades que no perciban en liquidación.

b.- Todas las deudas posteriores al 27 de septiembre, alternativamente 31 de octubre de 2005, en las que estarán incluidas al menos 281.103,57 euros, cuyo origen se detalla en el hecho sexto del presente informe:".

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



"interesa: 1.- Que el concurso sea calificado como culpable, por aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 164.1 y 2.2º y 165.1 y 3 de la Ley Concursal .

2.- Que se declare como personas afectadas por dicha calificación a los administradores de la sociedad Baldomero y Demetrio .

3.- Que, al amparo de lo establecido en el artículo 172.2.2º se acuerda la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de cinco años.

4.- Que al amparo de lo establecido en el artículos 172.2.3º se condene a las personas afectadas por la calificación a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales de la masa y a indemnizar los daños y perjuicios causados.

5.- Que, al amparo de lo establecido en el artículo 173.3 de la Ley Concursal , se condene a los administradores de la entidad concursada a pagar a los acreedores concursales al menos el 20% del importe total de las deudas que no perciban con la liquidación de la masa activa y, en todo caso, el importe de las deudas contraídas por la sociedad con posterioridad al 31-10-05 en las que estarán incluidas la cantidad de 287.103,57 euros a la que se aludió."

3. La procuradora Patricia Cabido Valladar, en representación de la entidad Forvedra, S.L., contestó a la propuesta de calificación efectuada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que proceda a calificar el concurso como fortuito, con todos los efectos que son inherentes a tal declaración, y con imposición de costas a quien se opusiere a esta pretensión."

4. La procuradora Patricia Cabido Valladar, en representación de Baldomero y Demetrio , contestó a la propuesta de calificación efectuada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"declarando fortuito el concurso de Forvedra, alzándose las medidas cautelares en su día acordadas."

5. El Juez de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra dictó Sentencia con fecha 27 de abril de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimo las pretensiones deducidas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, declaro culpable el concurso de la persona jurídica FORVEDRA SAL y designo como personas afectadas por la calificación a D. Baldomero y D. Demetrio .

Condeno a D. Baldomero y D. Demetrio a la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar cualquier persona durante el periodo de cinco años.

Condeno a las personas afectadas por la calificación a la pérdida de cualquier derecho que tengan como acreedores concursales o de la masa, y a restituir a la masa los bienes o derechos que hubiesen obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Condeno asimismo a D. Baldomero y D. Demetrio a que, paguen a los acreedores concursales un 20% del importe de los créditos concursales que no perciban en la liquidación de la masa activa y en todo caso el importe de las deudas contraídas por la sociedad con posterioridad al 31 de octubre de 2005 que ha sido fijada por la Administración Concursal en la cantidad de 287.103,57 €. Al término de las operaciones liquidatorias en curso, la administración concursal presentará informe en la sección quinta concretando el importe dinerario de la condena impuesta.

No hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia."

Tramitación en segunda instancia

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Forvedra SAL, Baldomero y Demetrio .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, mediante Sentencia de 14 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Se estiman parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los administradores D. Baldomero y D. Demetrio y la entidad concursada "Forvedra SAL", y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, en el único extremo de dejar sin efecto la condena de los administradores D. Baldomero y D. Demetrio al abono de la cantidad fija y adicional de 287103,57 euros, quedando la condena indemnizatoria de



los administradores establecida, en favor de los acreedores concursales, en un 20% del importe de los créditos concursales que no perciban en la liquidación de la masa activa, manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la sentencia apelada; todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada."

7. Instada la aclaración de la anterior resolución, se dictó Auto de fecha 26 de marzo de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

"Se aclara la sentencia de apelación en el sentido indicado en el razonamiento jurídico único de la presente resolución."

Interposición y tramitación del recurso de casación

8. La procuradora Patricia Cabido Valladar, en representación de Baldomero y Demetrio , interpuso recurso de casación ante la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) *Infracción del art. 172 bis 1 de la Ley Concursal , en relación con el art. 3.1 del Código Civil ."*

9. Por diligencia de ordenación de 25 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

10. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Baldomero y Demetrio , representados por el procurador Antonio Barreiro-Meiro Barbero; y como parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, asistida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

No han comparecido ante esta Sala la administración concursal de la entidad Forvedra, S.A.L. y la entidad Forvedra, S.A.L.

11. Esta Sala dictó Auto de fecha 25 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) *ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Baldomero y D. Demetrio , contra la Sentencia de fecha 14 de febrero de 2013 , y Auto aclaratorio de 26 de marzo de 2013, dictados por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 713/12 , dimanante de los autos de concurso ordinario 277/07 del Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra."*

12. Dado traslado la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

13. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 23 de abril de 2015, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. En la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La TGSS que tenía un crédito frente a la sociedad Nueva Forja Pino, S.L. de 674.746,60 euros, en julio de 2005 derivó la responsabilidad a la sociedad Forvedra, SAL, por sucesión de empresa. Como consecuencia de ello, los administradores de Forvedra, SAL (Baldomero y Demetrio), procedieron a que la sociedad cesara en su actividad y a fecha 30 de octubre de 2005, extinguieron los contratos de trabajo de todos los trabajadores.

Los administradores de Forvedra, SAL solicitaron el concurso de acreedores el 7 de septiembre de 2007.

Con la solicitud de concurso aportaron un inventario de bienes. El más importante era una parcela con una nave industrial, sita en Moraña, al que se atribuía un valor 1.067.697,99 euros. Este bien aparecía libre de cargas. Sin embargo, el inmueble estaba gravado con una hipoteca en garantía de un préstamo de 650.000 euros, concedido por Caixanova en el año 2003, y aparecía un embargo posterior de la TGSS, de fecha 27 de julio de 2005, por un importe superior a 600.000 euros (aquella que era originariamente de otra sociedad, a la que había sucedido en la actividad empresarial, razón por la cual la TGSS le había derivado la responsabilidad del pago de la deuda).

Las cuentas anuales del ejercicio 2006 no consta hubieran sido depositadas en el Registro Mercantil.



La sociedad dejó de abonar cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los ejercicios 2004 y 2005, y, a partir de octubre de 2005, los plazos de amortización del préstamo hipotecario.

2. El juzgado mercantil que tramita el concurso de acreedores de Forvedra, SAL, a instancia de la administración concursal, declaró el concurso culpable por la concurrencia de tres causas o motivos: i) inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.º LC); ii) retraso en la solicitud de concurso (art. 165.1º LC); e iii) incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2006. Luego declaró como personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la sociedad, Baldomero y Demetrio , a quienes condenó a la inhabilitación por cinco años y a la pérdida de derechos dentro del concurso, así como a pagar el 20% del importe de los créditos concursales que no resultaran satisfechos con la liquidación, y el 100% de las deudas generadas a partir de octubre de 2005.

3. La Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación confirmó la calificación culpable del concurso, pero por las dos primeras causas: por que la omisión de las cargas en el principal bien de la compañía, que además fueron objeto de ejecución en breve tiempo, constituía una inexactitud grave del inventario; y por el retraso en la solicitud de concurso, pues los administradores conocieron la situación de insolvencia por lo menos desde octubre de 2005, y no pidieron el concurso hasta septiembre de 2007. Al analizar esta segunda causa o motivo, la Audiencia razona que el retraso motiva la presunción de dolo o culpa grave, y aprecia, además, que había quedado acreditado que dicho retraso había agravado la situación de insolvencia.

La sentencia de apelación confirma la condena a la inhabilitación por cinco años de Baldomero y Demetrio y su condena a pagar el 20% de los créditos no satisfechos con la liquidación, como responsabilidad concursal del art. 172.3 LC . Sin embargo, la Audiencia deja sin efecto la condena a pagar el 100% de los créditos que se hubieran podido generar con posterioridad a octubre de 2005.

4. La sentencia dictada en apelación es recurrida en casación por Baldomero y Demetrio , sobre la base de un único motivo.

Recurso de casación

5. *Formulación del motivo* . El motivo de funda en la infracción del art. 172 bis 1 LC , que ha sustituido al originario art. 172.3 LC , y la jurisprudencia que lo desarrolla. En concreto, el recurso cita las Sentencias 56/2011, de 23 de febrero ; 615/2011, de 12 de septiembre ; 644/2011, de 6 de octubre ; y 298/2012, de 21 de mayo . El recurso entiende que en estas sentencias se atribuye a la responsabilidad del art. 172.3 LC una naturaleza resarcitoria. Sin embargo, la sentencia recurrida no habría acreditado que los hechos que habían motivado la calificación culpable del concurso hubieran agravado la insolvencia.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6. *Desestimación del motivo* . Al margen de si se puede o no catalogar la responsabilidad por déficit prevista inicialmente en el art. 172.3 LC (en la actualidad art. 172bis LC) como una responsabilidad resarcitoria, lo verdaderamente relevante para resolver el presente recurso es precisar cuáles son sus caracteres configuradores, según la jurisprudencia de esta Sala, para constatar si se han cumplido en este caso.

De las cuatro sentencias invocadas en el recurso, las dos primeras (Sentencias 56/2011, de 23 de febrero ; 615/2011, de 12 de septiembre), aunque caracterizaron esta responsabilidad por déficit como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria, para justificar que pudiera aplicarse sobre hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal, no juzgaron sobre la aplicación de esta responsabilidad, y por ello no expusieron cuales eran los elementos caracterizadores.

Sin embargo, las otras dos sentencias citadas, las nums. 644/2011, de 6 de octubre , y 298/2012, de 21 de mayo , sí que lo hicieron. En ellas, esta responsabilidad se caracterizaba en torno a tres consideraciones:

i) "La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (...) no es, según la letra de la norma (art. 172.3 LC), una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".

ii) "Para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia - ,



ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo - haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... -.

iii) "Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable".

La sentencia recurrida, de facto, no ha vulnerado esta doctrina. La segunda causa por la que declara el concurso culpable es el retraso en la solicitud de concurso. En concreto, se declara probado que los administradores conocían la situación de insolvencia de la sociedad, por lo menos, desde el día 30 de octubre de 2005, y no se solicitó el concurso hasta el día 7 de septiembre de 2007. La Audiencia, después de razonar que este retraso, al amparo del art. 165.1º LC, permite presumir el dolo o la culpa grave, pero no que con dicha conducta se hubiera agravado el estado de insolvencia, declara probado que en este caso el retraso agravó el estado de insolvencia, cuando menos por los recargos de demora e intereses respecto de la deuda de la Seguridad Social que ascendía a más de 600.000 euros, y del resto de las deudas, entre las que se encontraba el préstamo hipotecario, que por dejar de abonarse justificó a la postre la ejecución del bien hipotecado, que era el de mayor valor de la sociedad.

En realidad, calificar culpable el concurso por retraso en su solicitud, al amparo de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1 LC, supone integrar esta presunción con la causa de calificación culpable regulada en el art. 164.1 LC. De acuerdo con este precepto, en este caso, el concurso se declara culpable porque la insolvencia se agravó debido a un comportamiento de los administradores de la sociedad, realizado con dolo o culpa grave. Este comportamiento fue el retraso en la solicitud. De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).

La sentencia de la Audiencia, al declarar probado que el retraso en la solicitud de concurso agravó la situación de insolvencia, no sólo justificó la calificación culpable del concurso, sino también la condena al pago del 20% de los créditos no satisfechos con la liquidación, ajustándose a la jurisprudencia de esta Sala.

Costas

7. Desestimado el recurso de casación, se imponen a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación de Baldomero y Demetrio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) de 14 de febrero de 2013, que resuelve el recurso de apelación (rollo núm. 713/2012) formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra de 27 de abril de 2012.

Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.