



Roj: **STS 3837/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3837**

Id Cendoj: **28079110012015100490**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2015**

Nº de Recurso: **2072/2013**

Nº de Resolución: **492/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 2761/2013,**
STS 3837/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre 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 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio incidental concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante.

El recurso fue interpuesto por Pablo , representado por la procuradora Esther Gómez García.

Es parte recurrida Víctor y la administración concursal de la entidad Luribel Productos de Madera S.L., que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. Juan Enrique , administrador concursal, presentó escrito ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante, en el que solicitaba la declaración del concurso que se sigue contra la entidad Luribel Productos de la Madera, S.L., como culpable.

2. La procuradora Sonia Budi Bellod, en representación de Pablo , presentó escrito por el que se oponía a la solicitud del administrador concursal

3. La procuradora Carmen Baeza Ripoll, en representación de Víctor , presentó escrito por el que se oponía a la solicitud del administrador concursal.

4. El Juez de lo Mercantil núm. 2 de Alicante dictó Sentencia con fecha 28 de septiembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: 1.- Calificar como culpable el concurso de Luribel Productos de Madera S.L.

2.- Determinar como personadas afectadas por esta calificación las de don Pablo y Don Víctor .

3.- Inhabilitar a don Pablo durante cuatro años y a don Víctor durante dos años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativo o económica en compañías mercantiles o industriales.

4.- Extender a don Pablo y don Víctor la responsabilidad por las deudas sociales no satisfechas.

5.- *Condenar en costas a don Pablo y don Víctor .".*

Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Pablo y don Víctor .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante Sentencia de 27 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Pablo y D. Víctor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante de fecha 28 de septiembre de 2011 , en los autos de concurso nº 106/09, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación

6. La procuradora Sonia Budi Bellod, en nombre y representación de Pablo , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción del art. 172 , 164.1 y 165 de la LC y 217 de la LEC .*

2º) *Infracción del art. 164 de la LC .*

3º) *Infracción del art. 164 en relación con el art. 172 LC .*

4º) *Infracción del art. 172 LC ."*

7. Por diligencia de ordenación de 10 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, Pablo , representado por la procuradora Esther Gómez García; y como parte recurrida Víctor y la administración concursal de la entidad Luribel Productos de Madera S.L., que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Pablo contra la sentencia dictada, con fecha 27 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava), en el rollo de apelación nº 70/2012 , dimanante de los autos de concurso de acreedores nº 106/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante."

10. Se señaló para votación y fallo el día 23 de julio 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. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La sociedad Luribel Productos de Madera, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 20 de febrero de 2009, a instancia de la propia sociedad concursada.

Abierta la sección de calificación, la administración concursal emitió su informe, en el que justificaba la calificación culpable sobre la base de las siguientes causas: i) irregularidades contables relevantes que ponen en evidencia la llevanza de doble contabilidad (art. 164.2.1º LC); ii) inexactitudes graves en la información suministrada al pedir el concurso, en concreto, respecto de la relación de socios aportada y la ausencia de una furgoneta en el inventario (art. 164.2.2º LC); iii) falta de colaboración con la administración concursal (art. 165.2º LC); y retraso en la solicitud de concurso de acreedores (art. 165.1º LC), por cuanto la situación de insolvencia concurría un año antes de que fuera solicitado el concurso voluntario.

A instancia del Ministerio Fiscal, el administrador concursal completó su informe, en el sentido de identificar como personas afectadas por la calificación a los dos administradores (Víctor y Pablo), y de cuantificar la condena de estos al pago de la suma de 100.000 euros.



Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su dictamen se adhirió a lo solicitado por el informe del administrador concursal y añadió la petición de cuatro años de inhabilitación para los dos administradores.

2. La sentencia dictada en primera instancia declaró culpable el concurso por la concurrencia de tres de las causas invocadas en el informe del administrador concursal: la llevanza de doble contabilidad (art. 164.2.1º LC); inexactitudes graves en la información suministrada al concurso (art. 164.2.2º LC), porque el inventario omite la referencia de un activo, una furgoneta Renault Kangoo, que durante el concurso fue vendida a la cuñada de Víctor ; y el incumplimiento del deber de solicitar el concurso (art. 165.1º LC). Y consideró irrelevante la denunciada falta de colaboración, por ser imprecisa y carente de entidad.

El juez mercantil declaró personas afectadas por la calificación a los administradores solidarios de la sociedad concursada: Víctor y Pablo . Al primero le impuso dos años de inhabilitación, y al segundo cuatro años.

Finalmente, la sentencia declaró: «procede, por otra parte, al amparo del art. 172.3 condenar a la administradora social a responder de las deudas sociales que no hayan sido satisfechas por que la acumulación de irregularidades y su entidad convierte el presente en uno de los supuestos más graves».

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por los dos administradores. El recurso de Pablo se fundaba exclusivamente en la falta de concurrencia de las causas de calificación culpable de concurso; mientras que el recurso de Víctor , además de impugnar la propia la calificación culpable de concurso, por no concurrir las causas legales apreciadas por el juez mercantil, combatió también que se le hubiera considerado persona afectada por la calificación. En cualquier caso, ninguno de los dos recursos impugnó expresamente los pronunciamientos relativos a las consecuencias de la calificación culpable.

Frente a lo alegado en los dos recursos de apelación, la sentencia de la Audiencia razona que para que pueda justificarse la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.2.1º LC , y en concreto por la llevanza de doble contabilidad, basta justificar esta circunstancia, sin que sea necesario acreditar la incidencia de esta conducta en la generación o agravación de la insolvencia. Después, revisa la valoración de la prueba y concluye que está correctamente apreciada la existencia de la doble contabilidad. También corrobora la concurrencia de inexactitud grave en los documentos presentados, en relación con el vehículo que no se relacionó en el inventario, y luego fue vendido a un familiar del administrador. Y, finalmente, constata la concurrencia de la tercera causa de calificación culpable del concurso, el retraso en la solicitud de concurso, al no haberse discutido por los demandados en el momento oportuno.

La sentencia de apelación omite cualquier referencia a la impugnación realizada por Víctor de su consideración como persona afectada por la calificación.

La Audiencia tampoco se pronuncia sobre las consecuencias de la calificación culpable del concurso, y en concreto la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación y su condena solidaria al pago de las deudas sociales no satisfechas. Ninguna de estas dos cuestiones había sido objeto de impugnación en los recursos de apelación.

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación únicamente por Pablo , y por los motivos que analizaremos a continuación.

Recurso de casación

5. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la vulneración de los arts. 172 , 164.1 y 165 LC , en relación con el art. 217 LEC . En el desarrollo del motivo, después de transcribir parte de la Sentencia de esta Sala 368/2012, de 20 de junio , se denuncia que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que ha existido una irregularidad contable sin apoyarse en ningún acto probatorio. El recurrente entiende que, con arreglo al art. 217 LEC , relativo a la carga de la prueba, corresponde al demandante probar los hechos de los que se desprende el efecto jurídico pretendido en la demanda.

Y, a continuación, el recurso razona por qué a su entender el administrador concursal, al apreciar que la concursada llevaba doble contabilidad, ha incurrido en un grave error de interpretación contable.

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

6. *Desestimación del motivo primero* . El recurso adolece de graves defectos técnicos en su formulación que se ponen especialmente de manifiesto en este primer motivo. En primer lugar, hace referencia a la infracción de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC , cuando la vulneración de una norma procesal como esta no puede sustentar el recurso de casación, sino que, en su caso, debería invocarse para justificar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Por otra parte, ninguno de los tres preceptos sustantivos que se denuncian infringidos (arts. 164.1 , 165.1 º y 172 LC) guarda relación con el grave error de interpretación contable que se imputa a la sentencia recurrida



al apreciar la existencia de doble contabilidad. Al margen de la limitación propia del recurso de casación, que impide volver a revisar los hechos acreditados en la instancia, lo que alcanza a la declaración de que la sociedad concursada llevaba doble contabilidad, la impugnación en casación de la valoración jurídica que entraña el encuadre de esta concreta conducta en el tipo previsto en el art. 164.2.1º LC , debería haberse realizado mediante la denuncia de la infracción de este precepto, lo que no ha hecho el recurrente en este primer motivo.

7. Formulación del motivo segundo . El motivo denuncia la infracción del art. 164 LC , porque la sentencia recurrida omite «la necesaria expresión de los criterios que llevaron al tribunal a condenar a los administradores de la sociedad al pago de las deudas sociales».

El motivo transcribe las Sentencias de esta Sala núms. 368/2012, de 20 de junio , y 142/2012, de 21 de marzo . Y, a continuación, sin mayor explicación añade: «La Sala ha sido contundente en todas las sentencias que analizan el art. 164.1 de la LEC , al discernir claramente, como es el caso que nos ocupa que para prosperar la calificación culpable del concurso al amparo del referido artículo, además de calificarse la negligencia de los administradores, debe dicha negligencia ser la generadora de la insolvencia o de su agravación. Nada dice de ello la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, ni siquiera el propio escrito inicial de la demanda por parte del administrador (lo) recoge».

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

8. Desestimación del motivo segundo . Este segundo motivo vuelve a incurrir en imprecisiones y errores graves de planteamiento que no pueden ser pasados por alto.

El precepto legal que se denuncia infringido es el art. 164.1 LC . Este precepto no ha sido directamente aplicado por la sentencia recurrida para justificar la calificación culpable del concurso. Esta calificación culpable se basó en tres conductas. Las dos primeras, la existencia de doble contabilidad y las inexactitudes graves en la información suministrada al solicitarse el concurso de acreedores, son dos conductas tipificadas en los ordinales 1º y 2º del apartado 2 del art. 164 LC . Estas conductas tipificadas en el apartado 2 del art. 164 LC no exigen, para que su apreciación pueda justificar la calificación culpable del concurso, que hayan generado o agravado la insolvencia, sino que en cada caso se hayan cumplido los presupuestos legales de cada uno de los tipos, conforme a su específica regulación legal. Por esta razón resulta irrelevante la denuncia de que no se ha acreditado la generación o agravación de la insolvencia.

En cuanto a la tercera causa, el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso, que el art. 165.1º LC regula como primer supuesto en que se presume el dolo o la culpa grave, tal y como ha sido interpretado por la Sala, que extiende a la presunción a la agravación de la insolvencia, traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. El motivo se limita a denunciar que no se ha justificado la generación o agravación de la insolvencia, cuando respecto de esta tercera conducta se presume que el retraso ha agravado la insolvencia, por lo que el recurrente debería haber justificado que esto no fue así en este caso.

Por otra parte, la mención inicial, que denuncia la infracción del art. 164.1 LC porque la sentencia recurrida omite «la necesaria expresión de los criterios que llevaron al tribunal a condenar a los administradores de la sociedad al pago de las deudas sociales», carece de sentido, pues si se pretendía impugnar la sentencia por esa razón, el precepto que debería haberse invocado como infringido debería haber sido el art. 172.3 LC (en la redacción vigente al tiempo de la apertura de la sección de calificación, antes de que se reformara por la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

9. Formulación del motivo tercero . El motivo afirma que versa sobre el retraso en la solicitud de concurso, y sin embargo denuncia la «vulneración del art. 164 en relación con el art. 172 LC ». En el desarrollo del motivo se razona que en este caso no ha existido retraso en la solicitud de concurso, pues, a pesar del incumplimiento de la obligación de pago contenida en la póliza de crédito, el banco no llegó a exigir dicho pago. Y del examen de la contabilidad, afirma, no se advierte la existencia de ningún otro hecho revelador del estado de insolvencia.

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

10. Desestimación del motivo tercero . En este motivo el recurso vuelve a incurrir en el mismo defecto de formulación, porque la razón de la impugnación, el incumplimiento del deber de solicitar a tiempo el concurso, afectaría al presupuesto de la conducta descrita en el art. 165.1 LC , sin que pueda justificar por sí sola la infracción de los arts. 164 y 172 LC , que son los que se denuncian infringidos.

Dejando al margen la limitación derivada de la imposibilidad de volver a examinar en casación los hechos acreditados en la instancia, la revisión de la valoración jurídica que puede encerrar la apreciación del



incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso podía haberse justificado mediante la impugnación del art. 165.1 LC , en relación con el art. 5 LC , pero no de los artículos que se han denunciado infringidos.

11. Formulación del motivo cuarto . El motivo denuncia «la vulneración del art. 172 LC ». En su desarrollo se alega que «la sentencia recurrida en ningún momento establece que la situación patrimonial de la empresa haya empeorado por la actividad de los administradores, ni establece una graduación en la condena (...) de los administradores (...) al pago de las deudas sociales, sin establecer una justificación ni acreditación de su conducta como agravante de la situación patrimonial de Luribel, S.L.».

Después, añade que «carece de sentido y de argumentación suficiente la sentencia recurrida al inhabilitar a mi patrocinado por el plazo de cuatro años para el ejercicio de sus funciones y al otro administrador solo dos años. No entendemos ni se fundamenta a que obedece dicha inhabilitación, ya que ni el propio administrador concursal lo había solicitado en su demanda inicial».

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

12. Desestimación del motivo cuarto . El recurrente no discutió estos pronunciamientos en su recurso de apelación, en que impugnó tan sólo el enjuiciamiento sobre la concurrencia de las causas de calificación culpable del concurso.

La sentencia de apelación no contiene ninguna referencia a la procedencia de las consecuencias derivadas de la calificación culpable de concurso porque no fueron objeto de impugnación específica en el recurso de casación. De tal forma que estos pronunciamientos tan sólo se hubieran podido ver afectados de haber prosperado la impugnación de la calificación culpable de concurso.

No cabe ahora, en casación, fundar directamente el recurso en la infracción de los preceptos que regulan las consecuencias de la calificación culpable (art. 172 LC), pues esta cuestión no fue planteada en apelación.

En este sentido no entendemos a qué se refiere la recurrente cuando en el encabezamiento del motivo afirma, después de denunciar lacónicamente "vulneración del art. 172 LC ", «supuesto que no (ha) podido ser invocado anteriormente». En su recurso de apelación hubiera podido impugnar, al margen de lo relativo a la calificación culpable de concurso, la procedencia de las consecuencias de la calificación, en concreto las condenas a la inhabilitación y a pagar las deudas sociales insatisfechas, pero no lo hizo. El efecto consiguiente a no haberlo hecho en apelación, es que no puede hacerlo ahora en casación.

Costas

13. Desestimado el recurso de casación, se impone a la parte recurrente las costas de 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 Pablo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 27 de junio de 2013 , que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de 28 de septiembre de 2011 , con imposición de las costas a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia 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 .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- 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.