



Roj: **STS 1781/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1781**

Id Cendoj: **28079110012016100264**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2016**

Nº de Recurso: **2431/2013**

Nº de Resolución: **269/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1945/2013,**  
**STS 1781/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 22 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Candido y Bahía Planning, S.L, representados por el procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez, bajo la dirección letrada de D. Ángel A. Fernández Carrillo, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, en el recurso de apelación núm. 174/2013, dimanante del incidente concursal de oposición a la calificación n.º 207/2011, dimanante del concurso ordinario n.º 7/2007, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife. No se ha personada ante esta Sala la Administración Concursal de Cevian, S.L. como parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Concepción Blasco Lozano, en nombre y representación de Cevian, S.L., interpuso demanda incidental de oposición a la calificación del concurso como culpable, solicitado por la Administración Concursal, a lo que no se opuso el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba que se dictara sentencia:

«[...] en la que se declare fortuito el concurso con los demás pronunciamientos legales».

2.- A la anterior oposición se acumularon las formuladas por:

- La procuradora D.ª Concepción Blasco Lozano, en representación de Bahía Planning, S.L., en cuyo escrito solicitaba:

«[...] por opuesta a la calificación del concurso como culpable y, especialmente, su calificación como cómplice o responsable del concurso para, previa la tramitación legal, sin celebración de vista, dictar sentencia en la que se declare fortuito el concurso con los demás pronunciamientos legales y, en su defecto, sentencia por la que se le absuelvan de todas las peticiones formuladas contra ella, con los demás pronunciamientos legales».

- La procuradora D.ª Rocío García Romero, en representación de D. Candido, en cuyo escrito solicitaba:

«[...] por opuesto a la calificación del concurso como culpable y, especialmente, a su calificación como responsable del concurso para, previa la tramitación legal, dictar sentencia en la que se declare fortuito el concurso con los demás pronunciamientos legales y, en su defecto, si se estimare culpable el concurso, sentencia por la que se le imponga la inhabilitación por el plazo mínimo previsto en la ley y se absuelvan de todas las demás peticiones formuladas contra él, con los demás pronunciamientos legales».



**3.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 13 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Califico como FORTUITO el concurso de CEVIAN SL, estimando la oposición formulada por la concursada, DON Candido y BAHÍA PLANNING SL, sin expresa condena en costas».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los administradores concursales D. Federico , D. Gerardo y D. Humberto .

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 174/2013 , y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«Estimando sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Administración Concursal del Concurso Ordinario 7/2007 del Juzgado de lo mercantil de esta provincia, de la empresa Cevian S.L., revocamos la sentencia recaída en el incidente de calificación del concurso seguido al nº 207/11 , revocando dicha resolución con las siguientes declaraciones:

»1º.- Se declara como culpable el concurso de la entidad mercantil Cevian S.L.

»2º.- Se declara que las personas afectadas por esta calificación son el administrador único D. Candido y la sociedad dominante Bahía Planning, como cómplice.

»3º.- Se sanciona con inhabilitación de cinco años a D. Candido para administrar bienes ajenos así como para representar a cualquier persona durante igual periodo.

»4º.- Se condena a la entidad Bahía Planning S.L. a perder cualquier derecho que tuviera como acreedora concursal o de la masa.

»5º.- Se condena a D. Candido y a la mercantil Bahía Planning S.L., solidariamente, a pagar a los acreedores concursales la totalidad de los créditos que no perciban de la masa activa.

»Las costas del presente incidente deben imponerse, en cuanto a las de primera instancia, a la mercantil concursada y a las personas afectadas por la calificación, por partes iguales.

»No procede declaración alguna en relación con las costas generadas en esta alzada».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

**1.-** La procuradora D<sup>a</sup> Mercedes ODonell Hernández en representación de Bahía Planning S.L. y de D. Candido , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión y, además, vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , por falta de motivación de la sentencia recurrida que sustituye la valoración probatoria de la Juzgadora de Instancia por la suya propia sin hacer referencia a los motivos que le llevan a un criterio opuesto a aquélla con infracción de lo previsto en el artículo 218 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de las normas aplicables para la calificación del concurso de acreedores, artículos 164 y 165 de la Ley Concursal e indebida aplicación de los mismos, no concurrencia de los supuestos de culpabilidad aplicados por la sentencia.

Segundo.- Infracción del artículo 166 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), a cuyo tenor se consideran cómplices del concurso las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor; indebida declaración de Bahía Planning SL como cómplice.

Tercero.- Infracción de la norma de los apartados 2 y 3 del artículo 172 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748) por incorrecta aplicación de los mismos».

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personada ante la misma únicamente la parte recurrente, por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 8 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:



«LA SALA ACUERDA:

1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil BAHÍA PLANNING, SL, y DON Candido , contra la sentencia dictada, con fecha 26 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4º) en el rollo de apelación nº 174/2013 , dimanante del incidente concursal de oposición a la calificación nº 207/2011, dimanante del concurso 7/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife.

2º) Y, de conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , no constando personada la parte recurrida, dese traslado de las actuaciones a los fines de los mencionados preceptos, por veinte días, al MINISTERIO FISCAL».

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de abril de 2016 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes .*

1.- En el concurso de la entidad Cevian, S.L., por auto de 9 de mayo de 2010 se acordó la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio, sin que en el plazo legalmente previsto se presentara ninguna propuesta de convenio. Como consecuencia de ello, se dictó auto de 22 de julio de 2010, que acordó la apertura de la fase de liquidación y la formación de la sección sexta, de calificación del concurso.

2.- En dicha sección sexta, la administración concursal solicitó la calificación de culpabilidad, por los siguientes motivos: (i) conforme al art. 164.1 LC , por haberse agravado la insolvencia al no haberse solicitado la disolución de la sociedad, pese a que desde el año 2003 tenía pérdidas que obligaban a dicha disolución, así como por la asunción de riesgos empresariales innecesarios; como consecuencia de ello, al solicitarse el concurso, el pasivo era de 6.472.564,74 € y el activo de 3.209.607,81 €; (ii) conforme al art. 164.2.1º LC , por incumplimiento sustancial de los deberes de contabilidad; (iii) a tenor del art. 164.2.5º LC , porque en los dos años anteriores a la declaración de concurso salieron bienes fraudulentamente del patrimonio del deudor; (iv) a tenor del art. 165.1.1º LC , por incumplimiento del deber de solicitud del concurso; (v) conforme al art. 165.1.2º LC , por incumplimiento del deber de colaboración con el juzgado y la administración concursal.

La administración concursal señaló como personas afectadas por la calificación culpable del concurso al administrador único de la concursada, Candido , y a la compañía mercantil Bahía Planning, S.L., en su condición de socia única de Actividades Empresariales Tenerife, S.A.U., que a su vez es dueña del 75% del capital social de la concursada. Subsidiariamente, pidió que dicha sociedad fuera declarada cómplice. También solicitó para el Sr. Candido la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante quince años; para Bahía Planning, S.L., la pérdida de los derechos que tuviera en el concurso; y la condena al Sr. Candido y a Bahía Planning, S.L. al pago solidario de las cantidades que los acreedores no cobren con lo obtenido en la liquidación.

3.- El Ministerio Fiscal no formuló pretensión de calificación.

4.- Opuestos a la pretensión de calificación la concursada y las personas señaladas como afectadas, el juzgado declaró fortuito el concurso, por las siguientes y abreviadas razones: (i) No consta que hasta poco antes de la solicitud de concurso la deudora estuviera en situación de insolvencia, por lo que no hubo retraso en tal solicitud; (ii) No han quedado acreditados los incumplimientos contables, ni las infracciones del deber de colaboración; (iii) La sobrevaloración de activos en el inventario no causó perjuicio alguno a los acreedores, ni contribuyó a la generación o agravación de la insolvencia; (iv) Aunque hubo salidas de bienes del patrimonio de la concursada que dieron lugar a la estimación de una acción de reintegración, no se apreció mala fe.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la administración concursal, la Audiencia Provincial lo estimó y calificó el concurso como culpable, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) No solo hubo retraso culpable en la solicitud del concurso, sino que la actuación económica previa fue gravemente imprudente, e incluso dolosa; (ii) Tras haberse acordado la presentación de la solicitud de concurso, se permitió la salida de bienes por importe de 435.888,79 €, lo que representa más del 10% del activo de la sociedad. Como consecuencia de ello, tras calificar como culpable el concurso de la entidad mercantil Cevian S.L., declaró como persona afectada por tal calificación al administrador único Sr. Candido , y como cómplice, a la sociedad dominante Bahía Planning, S.L. Asimismo, condenó al Sr. Candido a una inhabilitación de cinco años para administrar



bienes ajenos y representar a terceros; y a la entidad Bahía Planning S.L., a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedora concursal o de la masa. Finalmente, condenó al Sr. Candido y a Bahía Planning S.L., solidariamente, a pagar a los acreedores concursales la totalidad de los créditos que no perciban de la masa activa (pese a que la sociedad solamente había sido condenada como cómplice).

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Falta de motivación. Facultades del tribunal de segunda instancia.**

*Planteamiento:*

1.- El único motivo de infracción procesal formulado por Bahía Planning, S.L. y D. Candido se enuncia al amparo del art. 469.1.4º LEC , por infracción de las normas y garantías que rigen el proceso, causante de indefensión, por falta de motivación de la sentencia recurrida que sustituye la valoración probatoria de la sentencia de primera instancia sin hacer referencia a los motivos que le llevan a mantener un criterio opuesto, con infracción de lo previsto en el art. 218 LEC , en relación con el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera el principio de inmediación judicial, máxime cuando la administración concursal no concretó sus alegaciones. La sentencia de apelación cambia el criterio probatorio, sin justificar ni fundamentar las razones para ello, ni hacer referencia a las pruebas utilizadas para llegar a la conclusión condenatoria.

*Decisión de la Sala:*

1.- En la formulación y desarrollo del motivo se desconocen las facultades revisoras del tribunal de segunda instancia al resolver el recurso de apelación. Este recurso supone una *revisio prioris instantiae* [revisión de la primera instancia] que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa ( sentencias de esta sala de 5 de mayo de 1997 y 31 de marzo de 1998 , y sentencia del Tribunal Constitucional 3/1996 , de 15 de enero), lo que faculta al tribunal de apelación para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* [se transfiere lo que se apela], conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como regula el artículo 465.4 LEC . Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos ( sentencias de esta Sala 927/2006, de 26 de septiembre ; y 533/2009, de 30 de junio ).

2.- Por ello, como hemos recordado en la sentencia 746/2015, de 22 de diciembre, en nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia. En este sentido, ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 212/2000, de 18 de septiembre :

«[...] en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación(*tantum devolutum quantum appellatum*)».

3.- Estas facultades del tribunal de segunda instancia aparecen claramente recogidas en el art. 456.1 LEC , al decir:

«En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Lo que nos permite afirmar que el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede, según su libre y prudente arbitrio, apreciar las pruebas como considere que en



justicia procede, y en tal sentido puede apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí.

4.- Las alegaciones que se contienen en el motivo muestran que la recurrente no respeta las exigencias del recurso por infracción procesal, cuyo carácter extraordinario impone la identificación de concretas infracciones procesales que tengan cabida en alguno de los motivos que, *numerus clausus* [en relación cerrada], contiene el art. 469.1 LEC, mediante alegaciones precisas. Por el contrario, los recurrentes plantean de nuevo toda la problemática fáctica del litigio, de modo que las infracciones legales denunciadas son una mera excusa para realizar alegaciones en que se mezclan diversas cuestiones fácticas y en las que no se delimita como se debiera los contornos precisos de la infracción denunciada, y se plantean cuestiones que nada tienen que ver con esa infracción. Por lo demás, que la base fáctica en la que la Audiencia Provincial basa su resolución no convenga a los intereses de los recurrentes y que la selección de hechos realizada para fundar la decisión no sea la que hubieran realizado los recurrentes, no significa que la sentencia sea incongruente o que su motivación no sea exhaustiva.

5.- La exigencia de la motivación de las sentencias tiene por finalidad la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad. Esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* [razón de la decisión] que ha determinado aquélla.

Estos requisitos se cumplen en la sentencia recurrida, que supera el estándar mínimo de motivación que resulta del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución. Cosa distinta es que dicha motivación se comparta o no, o que pueda ser discutida desde un punto de vista jurídico (valoración jurídica), lo que es propio del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal. Como declaran las sentencias 232/2012, de 23 de abril, y 103/2016, de 25 de febrero, con cita de otras anteriores, la lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación -entramado argumentativo-, 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.

6.- Por otra parte, si la recurrente considera que la Audiencia Provincial omitió pronunciarse sobre alguna de las cuestiones sometidas a debate, o no dio explicaciones suficientes sobre su decisión, debió pedir la subsanación ante la propia Audiencia. El art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé:

«Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas».

De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (sentencias 634/2010, de 14 de octubre; y 241/2015, de 6 de mayo).

7.- Por último, que la sentencia de la Audiencia Provincial haya tomado en consideración documentos que no están en la sección de calificación, pero sí en otras secciones o piezas del procedimiento concursal, no constituye una infracción procesal, puesto que el concurso es un único procedimiento, aunque para facilitar su tramitación se divida en distintas secciones, que, a su vez, pueden componerse de varias piezas (art. 183 de la Ley Concursal, en adelante, LC). Sin perjuicio, de que para una mayor claridad en la tramitación de las distintas piezas y secciones, fuera conveniente llevar testimonio de lo resuelto en una de ellas a otra u otras donde tal resolución pudiera tener incidencia.

8.- Razones por las cuales debe desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal.

**Recurso de casación.**



**TERCERO.-** *Formulación del primer motivo de casación. Causas de culpabilidad del concurso.*

1.- El Sr. Candido y la compañía mercantil Bahía Planning, S.L. formularon un primer motivo de casación, al amparo del artículo 477.2.2º LEC, por infracción de los arts. 164 y 165 LC, al no concurrir los supuestos de culpabilidad aplicados por la sentencia.

2.- Dicho motivo repasa las causas que, según la sentencia recurrida, llevan a la declaración de culpabilidad, para concluir que no resultan de aplicación al caso.

3.- Como hemos afirmado en la sentencia 421/2015, de 22 de julio, conforme al art. 172.2 LC, la sentencia de calificación debe justificar la calificación culpable, con arreglo a los criterios normativos propios de cada una de las conductas imputadas, bien sea conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC, que se complementa con las presunciones *juris tantum* del art. 165, bien a tenor de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC. Y también sería preciso justificar a qué persona/s afectada/s por la calificación son imputables tales conductas.

El artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)». Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que - cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, sentencias de esta Sala 644/2011, de 6 de octubre; 298/2012, de 21 de mayo; y 492/2015, de 17 de septiembre).

**CUARTO.-** *La salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor.*

1.- Conforme al art. 164.2.5.º LC, el concurso se calificará como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Aunque la Ley no exige para la apreciación de la conducta culpable que se haya planteado previamente la acción de reintegración en el concurso, en este caso la administración concursal sí la ejercitó, con resultado estimatorio de la rescisión, pero denegatorio de la declaración de mala fe que justificaría la subordinación del crédito resultante de la rescisión (art. 73.3 LC).

En la sentencia núm. 174/2014, de 27 de marzo, señalamos que:

«[...] El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

»La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan).

»Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan».

Es decir, la salida fraudulenta que exige el art. 164.2.5.º LC no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener el deudor de ocasionar un perjuicio a los acreedores.

2.- En este caso, la sentencia recurrida aprecia la concurrencia de esta causa de culpabilidad con fundamento en los mismos hechos enjuiciados en el incidente incoado para la resolución de la acción de reintegración de la masa. Sin embargo, la sentencia firme recaída en dicho incidente, si bien dio lugar a la rescisión de las operaciones que se consideraron perjudiciales para la masa, no consideró que hubiera mala fe. Por lo tanto,



en el mismo concurso no puede considerarse en dos resoluciones recaídas en secciones diferentes que en un mismo negocio jurídico no haya mala fe en su celebración y al mismo tiempo sea fraudulento.

Como dijimos en la sentencia 1057/2010, de 7 de diciembre :

«El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.

»Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" ( Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre , y 662/2010, de 27 de octubre )».

**3.-** En consecuencia, respecto de esta primera causa de culpabilidad del concurso, el recurso de casación debe ser estimado.

**QUINTO.-** *El retraso en la solicitud de concurso.*

**1.-** En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del art. 165.1 LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 LC . Contiene 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 *ius tantum* [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] 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 núm. 259/2012, de 20 de abril ; 255/2012, de 26 de abril ; 298/2012, de 21 de mayo ; 459/2012, de 19 de julio ; 122/2014, de 1 de abril ; y 275/2015, de 7 de mayo ).

A su vez, hemos dicho en la sentencia 492/2015, de 17 de septiembre , que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015 , dijimos:

«Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable».

**2.-** En la sentencia recurrida se relaciona el hecho de que la sociedad deudora estuviera incurso en causa de disolución por pérdidas cualificadas con la aplicabilidad de la presunción *ius tantum* de agravación de la insolvencia prevista en el citado art. 165.1º LC . Sin embargo, tal correlación no es automática. En la sentencia 349/2014, de 3 de julio , dijimos que el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el artículo 5 LC . Si bien debe distinguirse entre responsabilidad societaria y concursal, porque ni la materia tratada es la misma, ni los bienes jurídicos protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. En un concurso de acreedores, el bien jurídico protegido es la masa activa y pasiva del concurso, y mientras que en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC .

A su vez, en las sentencias 122/2014, de 1 de abril , y 275/2015, de 7 de mayo , esta Sala ha declarado que 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 y la deudora carecer de liquidez (por ejemplo, por ser el activo 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 ello, la asimilación que hace la sentencia objeto de recurso entre la existencia de fondos propios negativos y la situación de insolvencia no es correcta, puesto que lo primero no conlleva necesariamente lo segundo, y no se



razona por qué se considera que la sociedad "Cevian, S.L." estaba en situación de insolvencia antes de 2007; máxime si, como sucedió en el caso, medió un aumento del capital en septiembre de 2005.

**3.-** La sentencia recurrida basa su conclusión de que el retraso en solicitar el concurso agravó la insolvencia en dos datos específicos: la suscripción de un contrato de arrendamiento con compromiso de construcción de una nave por importe de 760.602 €, que quedaría en beneficio del arrendador; y que no se iniciara la reclamación de deudas por importe superior a dos millones de euros hasta después de la declaración de concurso. Sin embargo, más allá de la enunciación de tales datos en sí, no se justifica en qué medida ello agravó la insolvencia. Es más, se trata de actos concretos que podrían ser reprochables desde otras perspectivas, pero que no están referidos propiamente a la conducta imputada, esto es, el retraso en la solicitud de concurso. Por el contrario, la sentencia no conecta esos datos con los elementos objetivos a que antes hemos hecho referencia: la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial.

**SEXTO.-** *Estimación del primer motivo del recurso de casación.*

**1.-** Lo expuesto conlleva la estimación del primer motivo del recurso de casación, lo que conlleva que no sea necesario examinar los otros dos motivos, relativos a la complicidad concursal y a la cobertura del déficit concursal, puesto que al no declararse culpable el concurso, no caben tales pronunciamientos.

**2.-** A su vez, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de primera instancia.

**SÉPTIMO.-** *Costas y depósitos .*

**1.-** De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC , la desestimación del recurso extraordinario de infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo.

**2.-** A su vez, la estimación del recurso de casación implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC .

**3.-** Aunque la estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa imposición de las costas causadas por éste, según permiten los arts. 394.1 y 398.1 LEC , al existir dudas de hecho y de derecho que justifican la no imposición.

**4.-** En cuanto a los depósitos constituidos para recurrir, debe ordenarse la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución del prestado para el recurso de casación. Todo ello, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala

#### ha decidido

**1º.-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Candido y la compañía mercantil Bahía Planning, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 26 de julio de 2013, en el recurso de apelación n.º 174/2013 . **2º.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes contra la indicada sentencia, que anulamos y declaramos sin valor ni efecto alguno. **3º.-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de Cevian, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 13 de diciembre de 2011, en la pieza de oposición a la sección de calificación n.º 207/2011, de la sección sexta del concurso n.º 7/2007, de la entidad Cevian, S.L. La cual confirmamos en todos sus pronunciamientos. **4º.-** Imponer a D. Candido y Bahía Planning, S.L. las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal. **5º.-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación. **6º.-** Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del prestado para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, presidente Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres