

Roj: STS 2883/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100274  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 808/2009  
Nº de Resolución: 259/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Jaisa Comercial, SL y don Carmelo , representados por el Procurador de los Tribunales don Vicente Miralles Morera, contra la Sentencia dictada el veinticuatro de febrero de dos mil nueve, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Mercantil número Uno de Alicante. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Armando García de la Calle, en representación de Jaisa Comercial, SL y don Carmelo , en calidad de recurrente. Son recurridos don Donato y don Ernesto . Asimismo es parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** En el concurso voluntario de Jaisa Comercial, SL, que había sido solicitado por escrito registrado el veintiuno de octubre de dos mil cinco y que tramitaba, con el número 894/05, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante, dicho órgano judicial procedió a abrir la sección sexta o de calificación, por auto de dieciocho de diciembre de dos mil siete , como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

I. En su informe, la administración concursal, por escrito registrado el diecinueve de febrero de dos mil ocho, imputó al administrador de la sociedad concursada los comportamientos descritos en el artículo **164**, apartados **1** y **2**, ordinales primero y segundo, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , esto es, la agravación de la insolvencia de la sociedad, por dolo o culpa, la comisión de irregularidades contables relevantes y la inexactitud grave en los documentos que acompañaron la solicitud de concurso. Además, presumió el dolo o culpa a que se refiere la primera de las normas citadas, por entender concurrentes los supuestos relacionados en los ordinales primero y segundo del artículo 165 de la misma Ley.

En el suplico de su informe, la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que procediese " a la declaración del presente concurso como culpable, debiendo afectar la presente calificación a don Carmelo , titular del DNI NUM000 , don Horacio , titular del DNI NUM001 y, en su calidad de cómplices, a las mercantiles Iván Continental, SL, titular del CIF B-03756657, Iván Shoes, SL, titular del CIF B-03130770 y Witness Eurocentro, SL, titular del CIF B-53959060, que perderán cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o de la masa y vendrán obligados a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, quedando inhabilitados los dos primeros por un plazo de cinco años para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por el mismo periodo de tiempo, condenando a todos ellos a pagar, conjunta y solidariamente, la cantidad representada por el déficit patrimonial, estimada en el plan de liquidación, y que podrá variar tras la realización definitiva de los activos y el pago de las deudas " .

II. Por su parte, el Fiscal emitió el preceptivo dictamen en el sentido de que "por las circunstancias expresadas y la dejación de funciones la sentencia que así lo acuerde y al amparo del art- 172-2 y 3 de la Ley, deberá tener los siguientes pronunciamientos: a) Las personas a quienes afectará la declaración de culpabilidad lo serán Carmelo , administrador actual de la concursada y Horacio quien fue administrador de la

concurada durante lo dos años anteriores a la declaración del concurso. b) Los daños y perjuicios, al margen de lo que luego se concreta respecto de los créditos que los acreedores no puedan ver satisfechos en esta vía, deben ceñirse a cualesquiera otros derivados de la declaración del concurso y del procedimiento en sí, como los gastos que éste genera. Por ahora serían en ese sentido un millón noventa y cinco mil cuatrocientos doce euros con cincuenta y nueve céntimos (1.095.412,59 #). c) Procede acordar la inhabilitación de los concursados para ministrar bienes ajenos por un periodo de 5 años y para representar a cualquier persona por ese tiempo.. Insistimos que la Ley se refiere a la inhabilitación para administrar bienes ajenos. d) Aunque el administrador judicialmente designado no los precise, procederá acordar, si luego surgen datos al respecto, la devolución de los bienes y derechos que los administradores citados en el punto 3º-a) de este escrito que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio de la mercantil concursada, así como decretar la pérdida de cualesquiera derechos que ellos pudieran ostentar como acreedores de la expresada sociedad. e) Los administradores citados deberán responder personalmente y de forma solidaria, por complementación, y pagar por ello a los acreedores concursales, la parte de los créditos de éstos que no puedan ver satisfechos por medio de este procedimiento, es decir, los que excedan de lo que puedan obtener de la liquidación de la masa activa".

III. La representación procesal de Jaisa Comercial, SL se opuso a la calificación de su concurso como culpable. Por escrito registrado el dieciséis de abril de dos mil ocho alegó que dicha sociedad formaba parte de un grupo, formado con otras cinco, todas ellas en concurso, y negó, en síntesis, la concurrencia de los requisitos, subjetivos y objetivos, que habían llevado a la administración concursal y al Fiscal a proponer aquella calificación.

En el suplico de su escrito de oposición, la representación procesal de la concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que " tenga por presentado en tiempo y forma escrito de oposición a la propuesta de calificación de culpable interesada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal y tras la tramitación procesal pertinente, en su día sentencia desestimando la calificación de culpable y calificando el concurso como gratuito, junto con los demás pronunciamientos legales pertinentes ".

El Procurador de los Tribunales don Vicente Miralles Mora, obrando en representación de don Carmelo y don Horacio , por escrito registrado el treinta de abril de dos mil ocho, se opuso a la calificación del concurso como culpable.

En el suplico de dicho escrito la representación procesal de don Carmelo y don Horacio interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante que "tenga por presentado en tiempo y forma escrito de oposición a la propuesta de calificación de culpable interesada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal y tras la tramitación procesal pertinente, en su día dicte sentencia desestimando la calificación de culpable y calificando el concurso como fortuito, junto con los demás pronunciamientos legales pertinentes".

**SEGUNDO.** Tramitada la pieza de calificación, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante dictó sentencia con fecha nueve de septiembre de dos mil ocho, 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 Jaisa Comercial, SL es culpable. b) Que el administrador de Jaisa Comercial, SL, don Carmelo tiene la condición de persona afectada por la calificación. Y debo condenar y condeno a don Carmelo a: a) Dos años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como a representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. b) La pérdida de los derechos que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa. c) A abonar a los acreedores concursales la totalidad de las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa. Que debo absolver y absuelvo a don Horacio , Iván Continental, SL, Iván Shoes, SL y Witness Eurocentro, SL de las pretensiones contra las mismas 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 artículo 320 del Reglamento del Registro Mercantil y 198 de la Ley Concursal , así como al Registro Civil ".

**TERCERO.** La representación procesal de Jaisa Comercial, SL y don Carmelo recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante de nueve de septiembre de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Alicante, en la que se turnaron a la Sección Octava, que tramitó el recurso, con el número 593-M133/08, y dictó sentencia con fecha veinticuatro de febrero de dos mil nueve y la siguiente parte dispositiva: "Fallamos. Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante de fecha nueve de septiembre de dos mil ocho, en las actuaciones de que dimana el presente

rollo, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada".

**CUARTO.** La representación procesal de Jaisa Comercial, SL y don Carmelo interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de veinticuatro de febrero de dos mil nueve.

Por providencia de veintiuno de abril de dos mil nueve dicho Tribunal de apelación mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de dieciséis de febrero de dos mil diez, decidió: "Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Jaisa Comercial, SL y don Carmelo, contra la sentencia dictada, con fecha veinticuatro de febrero de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo de apelación número 593-M133/2008, dimanante de los autos de concurso ordinario número 894/2005 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante".

**QUINTO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Jaisa Comercial, SL y don Carmelo contra la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de veinticuatro de febrero de dos mil nueve, se compone de dos motivos en los que los recurrentes, con apoyo en el ordinal tercero del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian:

**PRIMERO.** La infracción de los artículos 163, **164**, 165, 166, 169 y 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.** La infracción del apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal.

**SEXTO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, don Donato y don Ernesto, Administradores concursales de Jaisa Comercial, SL, así como el Ministerio Fiscal, impugnaron el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**SÉPTIMO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintinueve de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El Tribunal de apelación, al igual que, en la primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de Jaisa Comercial, SL, calificó éste como culpable e identificó al administrador de la sociedad concursada, don Carmelo, como persona afectada por la calificación.

Además, en aplicación del artículo 172, apartado 3, de la propia Ley - en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre -, condenó a dicho administrador a pagar a los acreedores concursales el importe de los créditos que no llegaren a percibir en la liquidación de la masa activa.

Aunque en la sentencia de primera instancia se advierte una contradicción sobre la causa determinante de tal calificación - en concreto, entre los apartados de su fundamentación jurídica números 14 y 15, por un lado, y 63, por otro -, que no fue corregida en la apelación, es lo cierto que una correcta interpretación de ambas resoluciones lleva a identificar aquella con la imputación al administrador de la sociedad de un agravamiento de la insolvencia de Jaisa Comercial, SL, por dolo o culpa grave - artículo **164**, apartado **1** -, presumida " *iuris tantum* " por el incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal - artículo 165, apartado 2 -.

Contra la sentencia de segunda instancia, que desestimó el recurso de apelación de la sociedad concursada y su administrador, interpusieron éstos recurso de casación por dos motivos.

**SEGUNDO.** En el motivo primero denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 163, **164**, 165, 169 y 172 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Alegan que la interpretación dada por el Tribunal de apelación a los mencionados preceptos no les parece ajustada a derecho.

La del artículo 169, porque dicen que no consta en el informe de la administración concursal ni en el dictamen del Fiscal una determinación individual de responsabilidades ni una identificación y cuantificación de los daños y perjuicios.

La del artículo 172, porque entienden que se confunde en la sentencia recurrida la indemnización de daños prevista en el apartado 2, ordinal tercero, de dicho artículo con la condena a satisfacer el déficit concursal a que se refiere el apartado 3, el cual, además, afirman fue incorrectamente interpretado.

En respuesta a tal planteamiento cumple indicar que no contiene la explicación del motivo referencia alguna a los artículos 163, **164**, 165 y 166 que haga necesaria una respuesta, la cual sería difícil, al no identificar los recurrentes - como debían haber hecho - el apartado o apartados de los tres primeros que consideran infringido.

La falta de justificación del motivo también se evidencia ante la constancia de que la decisión de los órganos judiciales de las dos instancias fue contraria a la condena del administrador a la indemnización de daños y perjuicios, así como a declarar cómplices a las personas indicadas por la administración concursal y el Fiscal. Además, debería haber explicado la recurrente las razones de su denuncia de la infracción de los artículos 166 y 172, apartado 2, ordinal tercero.

Por último, el reproche que en este motivo se dirige contra el informe de la administración concursal, por falta de precisión en la imputación de conductas, carece de fundamento y, en todo caso, el inexistente defecto no impidió a los Tribunales de las dos instancias decidir las cuestiones que les fueron planteadas, sin merma de los derechos de defensa de los ahora recurrentes - en un caso, negando la denuncia de incongruencia, vicio que ahora se busca reproducir como infracción de norma sustantiva -.

Procede por las razones expuestas desestimar el motivo, que no debía haber sido admitido.

**TERCERO.** En el motivo segundo se afirma producida la infracción del artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

Se da cuenta, en él, de que las Audiencias Provinciales siguen dos criterios en la interpretación de la mencionada norma, a la cual atribuyen un carácter ya indemnizatorio, ya sancionador. Y, con olvido de las circunstancias del caso, expresan las recurrentes su opinión favorable al primero, en contra de lo que entendió el Tribunal de apelación.

El motivo debe ser desestimado.

En primer término, porque, como puso de manifiesto la parte recurrida, sólo Jaisa Comercial, SL preparó el recurso de casación y no está legitimada para impugnar la condena de su administrador en los términos previstos en el artículo 172, apartado 3 de aquella Ley - sentencia 227/2010, de 22 de abril -.

Además, porque la relatada ausencia de toda conexión del motivo con las circunstancias del caso y, en particular, con la causa por la que el concurso de Jaisa Comercial, SL fue calificado como culpable, pone de relieve que lo que se pretende es que la casación sirva a un fin que no le es propio, sino de las instancias.

Finalmente, porque el planteamiento de la recurrente no tiene en cuenta la jurisprudencia, complementaria de la norma del apartado 3 del artículo 172.

Expusimos en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre, que 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 y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Por esa razón, para pronunciar la condena a tal cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella 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 llegue a dicha conclusión tras valorar, 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 influido en la calificación del concurso como culpable.

En la citada sentencia 644/2011 , precisamos que la Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado **1** de su artículo **164** - la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o

liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable " *en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos* ", lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -.

En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre, precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de " *una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1* ", pues manda presumir " *iuris tantum* " la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no convenza al Tribunal.

Hemos declarado en las mencionadas ocasiones que, dada la relación existente entre la norma del artículo 172, apartado 3, y las que le sirven de precedente, no se corresponde con un argumento sistemático, extraído de la recíproca iluminación de los preceptos referidos, condicionar, en aplicación de dicho precepto, la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que no es exigido - y que, normalmente, no habrá sido valorado - para integrar el tipo que se atribuye al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Por ello, la afirmación de que la norma del artículo 172, apartado 3, contiene una regla indemnizatoria - como defiende el recurrente - no permite eludir la conexión existente entre ella y las de los apartados 1 - completada por la presunción " *iuris tantum* " del artículo 165 - y 2 del artículo 164. Y tampoco justifica servirse de esta última norma como si fuera un mero instrumento al servicio de la prueba del supuesto de hecho de la contenida en aquel otro apartado.

Del mismo modo, afirmar que el artículo 172, apartado 3, contiene una regla sancionadora no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso.

**CUARTO.** Las costas del recurso de casación que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes, en aplicación de la regla general contenida en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Jaisa Comercial, SL y don Carmelo, contra la sentencia dictada, con fecha veinticuatro de febrero de dos mil nueve, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante.

Las costas del recurso quedan a cargo de los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.- PUBLICATION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**, 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.