

Roj: STS 3442/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3442
Id Cendoj: 28079110012015100442

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1701/2013

Nº de Resolución: 421/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona.

Los recursos fueron interpuestos por Emilio , representado por la procuradora Elvira Encinas Lorente.

Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Intercont Promoland.

Autos en los que también han sido parte Roberto , la entidad Intercont Promoland S.L. y Juan Alberto , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. María Rosario , Eduardo y Justiniano , administradores concursales de la entidad Intercont Promoland S.L., presentaron informe para la calificación del concurso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, para que se dictase sentencia:

"en la que se declare: 1. El concurso como culpable.

2. La determinación como personas afectadas por la calificación culpable del concurso en su condición de administradores de hecho de la concursada a D. Emilio y D. Roberto .

3. Subsidiariamente, y únicamente en caso de considerarse personas afectadas a las señaladas en el punto precedente, la determinación como persona afectada por la calificación del concurso culpable a D. Juan Alberto , administrador social inscrito en el registro.

4. De conformidad con lo establecido en el art. 172.2.3º LC , la condena a la persona o personas que se declaren afectadas por la calificación del concurso culpable, al pago de la masa de las cantidades que en el Hecho Segundo se han detallado y que ascienden a 1.159.897,13 euros. Para el caso que sean declarados afectadas dos o más personas solicitamos que se declaren solidariamente responsables del pago de la referida cantidad.

5. De conformidad con lo establecido en el art. 172.3 LC , la condena de la persona o personas que se declaren afectadas por la calificación del concurso culpable, en beneficio de los acreedores concursales, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, con un tope fijado en 9.537.014,01 euros, en los cuales consta incluido el importe mencionado en el punto anterior (1.159.897,13 euros), que debería ser eliminado de la condena en virtud del artículo 172.3 LC en caso de que se determinase la obligación de pago en virtud del art. 172.2.3º LC . Para el caso que sean declaradas afectadas por la calificación del concurso culpable, para representar o administrar a cualquier persona, durante un periodo de dos años, y la

pérdida de cualquier derecho que tuviera frente al concurso, todo ello como consecuencia de su participación en los hechos descritos bajos los Hechos Primero a Tercero de este Informe."

2. El procurador Ildefonso Lago Pérez, en representación de Roberto , contestó al informe de calificación presentado y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"en el presente incidente desestimando íntegramente la pretensión de culpabilidad de mi mandante que se contesta por no ser considerado administrador de hecho. Todo ello sin pronunciamiento expreso de costas atendiendo a que por la AC tampoco se ha solicitado."

3. El procurador Antonio Cárdenas Olivares, en representación de Emilio , presentó escrito de oposición a la calificación del concurso, y pidió al Juzgado

"... se califique como fortuito el concurso y que por las razones alegadas en el cuerpo del escrito, no se declare, en cualquier caso, como persona afectada a mi mandante y consecuentemente que la sentencia no contenga los pronunciamientos sancionadores contenidos en la propuesta de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, condenando a la parte demandante a sufragar las costas derivadas del presente litigio, desestimándola íntegramente y con todos los pronunciamientos favorables a mi representado."

4. La procuradora Marta Pradera Rivero, en representación de la entidad Intercont Promoland S.L. y Juan Alberto , presentó escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se declare el concurso como fortuito, con todos los pronunciamientos favorables a mis representados."

5. El Ministerio Fiscal presentó informe e interés al Juzgado:

1º.- Se declare el concurso como culpable por concurrir los supuestos establecidos en los arts. 164.1 , 164.2.1 º, 164.2.5 º, 164.2.6 º y 165.1 de la Ley Concursal .

2º.- Se determine como personas afectadas por la calificación a: Juan Alberto como administrador de derecho y Emilio y Roberto como administradores de hecho.

3º.- La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos por un periodo de diez años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo al perjuicio causado que ha ascendido a 9.537.014,01 #.

4º.- Pérdida de cualquier derecho que todas estas personas tuvieran como acreedores concursales frente a la sociedad y a indemnizar de manera solidaria los daños y perjuicios causados o a pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa en la cuantía de 9.537.014,01 #."

6. El Juez de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 21 de septiembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando, parcialmente, la solicitud formulada por la Administración concursal, designada en el concurso de acreedores de Intercont Promoland S.L.

1) Se califica como culpable el concurso de Intercont Promoland S.L.

2) Se declara como persona afectada por tal calificación a Juan Alberto y a Roberto , en calidad de administradores de derecho de la concursada, así como a Emilio , como administrador de hecho de la compañía.

3) Se priva a los mismos de cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o contra la masa.

4) Se inhabilita a Juan Alberto , Roberto y a Emilio , para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años.

5) Se condena a Juan Alberto y a Emilio , a satisfacer conjunta y solidariamente a los acreedores de la concursada, la cantidad de 3.506.900'59 euros.

Ello sin imposición expresa de las costas causadas a ninguna de las partes."

Tramitación en segunda instancia

7. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Emilio .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 22 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Emilio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 21 de septiembre de 2012 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma, con imposición a la recurrente de las costas del recurso. Con pérdida del depósito consignado."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

8. El procurador Ernest Huguet Fornaguera, en representación de Emilio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC , en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española .*

2º) *Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española ."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción del art. 172.2 LC en relación con los arts. 164.2.1 º y 5 º, y 165 ordinal 1º, de la Ley Concursal .*

2º) *Infracción del art. 172.3 de la LC , en su redacción originaria.*

3º) *Infracción del art. 3.1 de la LC ."*

9. Por diligencia de ordenación de fecha 8 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Emilio , representado por la procuradora Elvira Encinas Lorente; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Intercont Promoland.

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

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D. Emilio contra la sentencia dictada, con fecha 22 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), en el rollo de apelación nº 121/2013 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 859/2011 del Juzgado de lo mercantil nº 6 de Barcelona."

12. Dado traslado, María Rosario , Eduardo y Justiniano (administración concursal de la entidad Intercont Promoland S.L.), y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

13. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de junio 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 Intercont Promoland, S.L. solicitó la declaración de concurso voluntario de acreedores el 21 de noviembre de 2008. Desde el día 20 de marzo de 2008, había dejado de pagar los créditos vencidos de la Agencia Tributaria (en adelante, AEAT), y desde el día 30 de abril de 2008, los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS).

Juan Alberto era socio y administrador de la compañía desde su constitución, el 19 de febrero de 2003, aunque se desentendió de forma manifiesta del ejercicio de la función propia de administrador. Roberto había

sido nombrado administrador el 20 de octubre de 2008, un mes antes de la solicitud de concurso. Emilio tenía el cargo de director general en la empresa, y actuaba como administrador de hecho de la compañía desde su constitución.

La administración concursal, en su informe de calificación, solicitó la calificación culpable del concurso sobre la base de tres conductas: i) La existencia de irregularidades contables graves que impedían conocer la situación patrimonial de la compañía (art. 164.2.1º LC); ii) La realización de pagos no justificados por supuestas intermediaciones y servicios profesionales a favor de sociedades vinculadas, que tendrían la consideración de enajenaciones fraudulentas (art. 164.2.5º LC); y iii) El incumplimiento del deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde la fecha en que se hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (art. 165.1º LC).

El informe de la administración concursal señalaba como personas afectadas por la calificación a Emilio y a Roberto , a quienes calificó de administradores de hecho. Y, de forma subsidiaria, para el caso en que se entendiera que los anteriores no tenían la consideración de administradores de hecho, se pidió la declaración de persona afectada por la calificación del administrador legal, Juan Alberto .

En cuanto a las consecuencias derivadas de la calificación, el informe pedía la condena de las personas afectadas por la calificación a la inhabilitación por dos años, y a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran en el concurso.

También solicitaba la condena de las personas afectadas por la calificación a: i) la restitución del importe de los gastos injustificados, que se cifraba en 1.159.897,13 euros, al amparo del art. 172.2.3º LC ; y ii) la condena a cubrir los créditos no satisfechos con la liquidación, al amparo del art. 172.3 LC , y hasta un tope máximo de 9.537.014,01 euros, en los cuales constaba incluido el importe anterior de 1.159.897,13 euros, que caso de ser objeto de condena conforme al apartado anterior, se detraerían.

2. La sentencia dictada en primera instancia calificó culpable el concurso de acuerdo con los tres causas invocadas en el informe.

i) Respecto de las graves irregularidades contables, el juzgado deja constancia de que en el mes de diciembre de 2007, se hizo una indebida contabilidad de ingresos por un importe de 9.742.720,95 euros (IVA no incluido), derivado de ocho operaciones de promesa de compraventa de unos inmuebles de la sociedad, sin que se reflejara el gasto asociado a las operaciones de donde venía el ingreso. Posteriormente, la concursada procedió a resolver estas operaciones, antes del vencimiento del plazo acordado y sin percibir el precio establecido, de mutuo acuerdo y mediante la emisión de facturas rectificativas. Con ello, la sociedad generó un IVA repercutido de 1.558.835 euros, que compensó con la cantidad de 2.330.000 de IVA compensable que tenía la sociedad.

La sentencia de primera instancia también constató la existencia, en los ejercicios 2007 y 2008, de simulaciones contables, mediante anotaciones de compra y venta con 72 entidades que hacían al mismo tiempo de clientes y proveedores. La mayoría de estas sociedades estaban inactivas y también en muchas de ellas aparecían como socios fundadores los dos administradores solidarios de la concursada. El juzgado entendió que con lo anterior la concursada simulaba un volumen de negocio que no se correspondía con la realidad, para conseguir financiación de diversas entidades bancarias, por un importe de 4.044.638,74 euros.

La sentencia de primera instancia también apreció un defecto de provisionamiento de las participaciones sociales de Corporación Inmobiliaria Promobarna, S.A. (CIPSA), que se encontraba en insolvencia y fue declarada en concurso de acreedores en el año 2008.

ii) Por lo que respecta a las enajenaciones fraudulentas, la sentencia entendió acreditado que la sociedad concursada realizó pagos por 1.159.897,13 euros, que aparecen reflejados en 52 facturas, por supuestas intermediaciones y servicios profesionales no justificados.

iii) Finalmente, en cuanto al retraso en la solicitud de concurso de acreedores, el juzgado entendió acreditado que, contando a partir de cuando dejaron de pagarse los créditos de la AEAT (20 de marzo de 2008), la sociedad estaba en situación de insolvencia, cuando menos, desde el 20 de julio de 2008, por lo que los administradores de la sociedad se retrasaron cuatro meses en pedir el concurso, lo que finalmente se hizo el 21 de noviembre de 2008.

El juzgado mercantil declaró como personas afectadas por la calificación a: i) Juan Alberto , administrador legal y socio desde el año 2003, aunque dejó constancia de que fue empleado como testafarro;

- ii) Roberto , administrador de derecho desde el 20 octubre de 2008, un mes antes de la solicitud de concurso;
y iii) Emilio , administrador de hecho de la concursada desde su constitución.

En cuanto a las consecuencias de la calificación culpable, la sentencia del juzgado mercantil impuso la inhabilitación por dos años a todas las personas afectadas por la calificación. Y condenó a Juan Alberto y a Emilio a pagar solidariamente a los acreedores de la concursada la suma de 3.506.900,59 euros, en virtud de lo prescrito en el art. 172.3 LC (en su versión original). Para esta última condena, la sentencia analiza las tres conductas que habían merecido la calificación culpable, y sólo respecto de las dos últimas (enajenaciones fraudulentas y retraso en la solicitud de concurso), advierte la concurrencia de una justificación añadida que pudiera fundar la condena a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación hasta la reseñada cifra de 3.506.900,59 euros. En concreto, la sentencia condena a pagar 1.159.897,13 euros, que es la suma de los gastos no justificados que han merecido la consideración de enajenaciones fraudulentas, y 2.347.003,46 euros, en que cuantifica el perjuicio generado por el retraso en la solicitud de concurso.

3. La sentencia de apelación confirma la de primera instancia. A los efectos que ahora interesa, la Audiencia ratifica la condición de administrador de hecho del apelante, Emilio . Y en cuanto a la responsabilidad ex art. 172.3 LC , considera que la sentencia de primera instancia se ajusta a la jurisprudencia cuando acude a una justificación añadida para imponer esta condena a cubrir el déficit concursal.

En el caso de la suma de 1.159.897,13 euros, que es el importe total de los gastos no justificados que han merecido la calificación culpable del concurso por virtud del art. 164.2.5º LC , la Audiencia razona que, como no se ha cuestionado la calificación culpable en virtud de esta causa, está justificado que se condene al pago del importe de estos gastos injustificados. Y, por lo que se refiere a los 2.347.003,46 euros, en que la sentencia apelada cuantificaba el perjuicio generado por el retraso en la solicitud de concurso, la Audiencia entiende que responde a la parte proporcional del incremento de déficit acaecido durante el periodo en que se demoró la solicitud de concurso. Aunque existen otros criterios más precisos para determinar el perjuicio generado durante este tiempo, no niega validez al seguido por el juzgado.

A mayor abundamiento, la sentencia de apelación contiene una referencia a la posibilidad de justificar la responsabilidad a cubrir el déficit concursal sobre la conducta de las irregularidades contables graves, que resulta irrelevante, pues el juzgado no se basó en ello para motivar la condena ex art. 172.3 LC .

4. Frente a la sentencia de apelación, Emilio formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

5. Formulación del motivo primero . El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 218.2 LEC , en relación con el art. 24 CE , en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. En concreto, denuncia la falta de motivación de la sentencia recurrida, que no muestra los razonamientos fácticos y jurídicos que conduzcan a la apreciación y valoración de las pruebas.

La falta de motivación, a juicio del recurrente, afecta a: i) la existencia de múltiples inconcreciones en la sentencia de primera instancia, como por ejemplo la referencia a un gran número de las sociedades con las que aparecían contabilizadas operaciones simuladas de la concursada, que estaban vinculadas con ésta; ii) los hechos que se consideran acreditados en virtud del art. 304 LEC , pues ni el juzgado ni la Audiencia explicaron por qué procedía aplicar en este caso la presunción del art. 304 LEC ; iii) la declaración de Emilio como administrador de hecho; iv) la procedencia y cuantificación de la responsabilidad ex art. 172.3 LC de Emilio ; y v) el carácter solidario de la condena pecuniaria ex art. 172.3 LC .

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

6. Desestimación del motivo primero . Como en otras ocasiones, hemos de partir de la doctrina constitucional sobre el deber de motivación de las sentencias, según la cual:

«la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación

directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión» (SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo).

Las sentencias de instancia razonan perfectamente la concurrencia de los tres motivos y causas por los que califican culpable el concurso. Sobre todo la de primera instancia, ratificada por la de apelación, analiza con arreglo a qué medios de pruebas considera acreditados los hechos que permitían entender que había habido irregularidades contables graves, enajenaciones fraudulentas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en concreto, la existencia de pagos no justificados por una suma total de 1.159.897,13 euros, y un retraso de cuatro meses en la petición de concurso.

Las inconcreciones denunciadas carecen de relevancia, en la medida en que no privan de motivación a la decisión. No es cierto que el tribunal no haya motivado la aplicación del art. 304 LEC , que fue objeto de una específica justificación por la sentencia de apelación. La consideración de Emilio como administrador de hecho está perfectamente motivada, tanto por la sentencia de primera instancia como por la de apelación. La de primera instancia relata el testimonio de los empleados de la compañía y de los empleados de las entidades de crédito con las que operó la concursada para justificar que el administrador legal, Juan Alberto , era un testaferro, que se había desentendido de la administración de la sociedad, y que quien venía ejerciendo de forma habitual esta función era Emilio . También se justifica explícitamente la procedencia de la responsabilidad ex art. 172.3 LC , que se hace depender de dos de las conductas que han merecido la calificación culpable de concurso, así como el importe de la condena, y de manera implícita el carácter solidario de la condena.

Motivación existe respecto de todas las cuestiones que eran objeto de enjuiciamiento y sobre las cuales se pronuncia la sentencia, y, en concreto, como hemos visto, de las que son objeto de denuncia en el motivo. En realidad, el recurrente muestra su disconformidad con el sentido de la motivación, lo que es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal.

De este modo, la sentencia recurrida colma la exigencia constitucional de motivación que, como hemos recordado en otras ocasiones (Sentencias 297/2012, de 30 abril , y 523/2012, de 26 de julio), en el marco de la doctrina constitucional expuesta, «no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución ».

7. Formulación del motivo segundo . El motivo se ampara en el ordinal 4ª del art. 469.1 LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se afirma que «los argumentos que utiliza la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación y la valoración de la prueba que realiza son arbitrarios, por lo que no superan este test de razonabilidad (...)». Esta valoración arbitraria afecta, según el recurso, a: la conclusión errónea que alcanzan de la inexistencia de actividad real de la concursada; la contradicción que supone afirmar que resultaba irrelevante que la concursada y las otras sociedades con las que realizaba operaciones formaran un grupo, y luego se diera relevancia a que Emilio negociaba las condiciones de financiación como el gestor de una serie de empresas respecto de las cuales adoptaba decisiones; y a la conclusión de que ninguna de las facturas emitidas por intermediaciones y servicios profesionales abonadas a sociedades vinculadas tiene justificación aparente, lo que resulta contradictorio con que luego se afirme que Emilio sí prestaba estos servicios para las sociedades del grupo, a los efectos de justificar su condición de administrador de hecho.

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

8. Desestimación del motivo segundo . Es jurisprudencia reiterada que «la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (Sentencia 326/2012, de 30 de mayo , con cita otras anteriores: núms. 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio ; y 211/2010, de 30 de marzo).

La explicación contenida en el desarrollo del motivo para justificar el carácter arbitrario de la valoración de la prueba es muy forzada, y no responde a la realidad, además de carecer de relevancia para justificar

la nulidad de la sentencia. Ni la sentencia de instancia ha negado que la sociedad concursada desarrollara actividad, ni la escasa actividad que pudiera haber desarrollado en los últimos meses es incompatible con que tuviera graves problemas de endeudamiento y necesitara financiación de las entidades de crédito. La contradicción denunciada entre la afirmación de que resulta irrelevante la existencia del grupo de sociedades y la consideración de que Emilio actuaba como gestor de una serie de empresas vinculadas, no lo es, y además es irrelevante para contradecir los hechos acreditados en la instancia.

Por lo que respecta a la falta de justificación de los servicios profesionales abonados a sociedades vinculadas, no se discutió en apelación, como se desprende del razonamiento no contradicho de la sentencia de segunda instancia, que deja constancia de que no se impugnó la calificación culpable del concurso basada en la existencia de pagos no justificados a sociedades vinculadas. En cualquier caso, el recurrente pretende discutir una valoración jurídica, que Emilio era administrador de hecho de la concursada, lo que es ajeno a este recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC .

Recurso de casación

9. Formulación del motivo primero . El motivo denuncia la infracción del art. 172.2 LC , en relación con los arts. 164.2.1º y 5º, y 165.1º LC , y «la jurisprudencia que exige que el juez valore, conforme a criterios normativos, y para 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, ha determinado la calificación del concurso como culpable».

En el desarrollo del motivo denuncia que no se han justificado, con arreglo a criterios normativos, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que justifiquen que se les imputen las conductas que han merecido la calificación culpable.

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

10. Desestimación del motivo primero . La sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda instancia, después de razonar la existencia de irregularidades contables graves, los pagos injustificados y el retraso en la solicitud de concurso, que justificaban la calificación culpable de concurso, conforme al art. 172.2 LC , atribuye expresamente la consideración de persona afectada por la calificación a Emilio , por haber actuado como administrador de hecho de la sociedad concursada.

Es cierto que, 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 tipificadas en el art. 164.2 LC que concurren, en este caso las irregularidades contables del ordinal 1º y las enajenaciones fraudulentas del ordinal 5º, y a qué personas afectadas por la calificación les son imputables.

Lo mismo cabe afirmar de la calificación culpable basada en el retraso en la solicitud de concurso (art. 165.1º LC), aunque en este supuesto, se trata de una presunción *iuris tantum* de que con el retraso constituye una conducta realizada con dolo o culpa grave que ha agravado la insolvencia del deudor. Y también sería preciso justificar a qué persona afectada por la calificación es imputable esta conducta.

En nuestro caso, el tribunal de instancia ha razonado y acreditado que quien había sido administrador legal desde la constitución de la sociedad, en el año 2003, Juan Alberto , era un mero testaferro, y que, correlativamente, quien ejercía la administración de hecho era Emilio . La sentencia de primera instancia, lo que ha sido confirmado por la de apelación, analiza con detalle las pruebas de los hechos que constituyen indicios claros de que Emilio , director general de compañía, era quien frente a los empleados y las entidades financieras adoptaba las decisiones propias de la función de administración.

Con ello, le atribuía la responsabilidad respecto de las tres conductas que merecieron la calificación culpable, tanto las irregularidades contables, como los pagos de retribuciones por servicios no justificados y el retraso en la solicitud de concurso. A la vista de lo razonado en la sentencia de instancia, se hubiera podido cuestionar por el administrador legal (Juan Alberto) y por quien fue nombrado administrador el mes anterior a la declaración de concurso (Sr. Roberto), por qué se les imputaban las tres conductas, pero no lo ha hecho ninguna de estas dos personas afectadas por la calificación.

En el caso de Emilio , aunque en aras de una mayor claridad hubiera sido mejor razonar por qué se le imputaba cada una de las tres conductas que habían merecido la calificación culpable de concurso, es obvio que la consideración del administrador legal como mero testaferro, porque desde el principio se desentendió de la administración de la compañía, conlleva atribuir a quien se razona y acredita que actuó

como administrador de hecho todas las conductas, pues fue el único que actuaba por la compañía. De ahí que, en este caso, se entienda cumplida la exigencia de imputabilidad de las tres conductas que determinaban la calificación culpable de concurso.

11. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del art. 172.3 LC , en su redacción originaria, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta. Esta jurisprudencia (contenida en las Sentencias de 6 de octubre y de 17 de noviembre de 2011) exige una justificación añadida para declarar la condena de los administradores al pago de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, respecto de la que ha fundado la declaración de concurso culpable. En concreto, es preciso que se explique qué conductas que han motivado la calificación culpable de concurso justifican, además, la condena a satisfacer total o parcialmente los créditos no satisfechos con la liquidación, y por qué. Y esta justificación debe alcanzar a la responsabilidad del administrador a quien se pretende condenar. De otro modo, si no se realizara esta justificación añadida, se estaría imponiendo una sanción de carácter objetivo.

El recurrente razona que la sentencia recurrida no ha respetado estos límites impuestos por la reseñada jurisprudencia, pues para justificar su condena se limita a reiterar las razones que determinaron que el juzgado calificara el concurso culpable.

El recurso también insiste en que «la sentencia recurrida infringe la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que niega naturaleza sancionadora a la exigencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales (...), por cuanto deriva del hecho de serles imputable (...) la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad concursada, con especial trascendencia respecto de la causa de culpabilidad del artículo 165.1º LC tal como ha sido interpretado por esta misma jurisprudencia».

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

12. Desestimación del motivo segundo . Normativa aplicable . En primer lugar, conviene recordar que en el presente supuesto se cuestiona la interpretación del art. 172.3 LC , en su originaria redacción, que establecía la responsabilidad por déficit concursal en el siguiente sentido:

« Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa ».

La regulación de esta responsabilidad por déficit fue modificada primero por la Ley 38/2011, que la trasladó al art. 172bis LC , aunque en parecidos términos. De tal forma que la jurisprudencia que interpretó el originario artículo 172.3 LC , y, en concretó, determinó los caracteres de esta responsabilidad, resultaba sustancialmente aplicable al art. 172 bis LC introducido por la Ley 38/2011.

Ha sido la reforma introducida por el Decreto Ley 4/2104, de 7 de marzo, que incorpora en el art. 172 bis LC la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, la que, a juicio de esta Sala, ha cambiado sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit. Así nos pronunciamos en la Sentencia del Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015 , al considerar que el legislador introduce «un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia" ».

En esta misma sentencia de pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015 , declaramos que este nuevo régimen de responsabilidad debía aplicarse a los casos en que la sección de calificación se hubiera abierto con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley 4/2014.

De esta última declaración, extraemos también el criterio sobre la normativa aplicable al caso. El régimen legal aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación. En nuestro caso, la sección se abrió antes de la reforma introducida por la Ley 38/2011, por lo que resulta de aplicación el art. 172.3 LC , en su redacción original, que hemos transcrito al comienzo de este fundamento jurídico.

13. Jurisprudencia sobre los elementos caracterizadores de la responsabilidad por déficit . La jurisprudencia que interpretó el art. 172.3 LC , en su redacción originaria, desde la Sentencia num. 644/2011,

de 6 de octubre , ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit giraba 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 exigencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique. Esta, según aquella jurisprudencia, no necesariamente tenía que ser la generación o agravación de la insolvencia, pero, obviamente podía serlo, en la medida en que formara parte de los elementos objetivos y subjetivos de alguna de las conductas que habían motivado la calificación culpable. Así ocurrió en el caso que propició la Sentencia 29/2013, de 12 de febrero , en que la conducta que había justificado primero la calificación culpable y luego la condena a la cobertura del déficit cumplía los presupuestos normativos del art. 164.1 LC , pues había generado la insolvencia de la sociedad concursada, con culpa grave de su administrador:

«Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es la tipificada en el art. 164.1 LC , y, más en concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el art. 172 bis LC , la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos».

14. La sentencia ahora recurrida, en cuanto confirma la de primera instancia, se adecua a esta doctrina, pues la condena a la cobertura parcial del déficit no se funda en las tres conductas que motivaron la calificación culpable del concurso, sino en las dos que contribuyeron a minorar el activo, por el importe de los pagos no justificados, y a incrementar la insolvencia como consecuencia del retraso en la declaración de concurso.

La justificación añadida en el caso de los pagos de retribuciones injustificadas, radica en la correlación que puede establecerse entre estos pagos que minoraron el activo de la sociedad en 1.159.897,13 euros y lo que no llegaron a cobrar los acreedores concursales con la liquidación concursal de la masa activa. En el caso del retraso en la solicitud, la justificación añadida radica en el agravamiento de la insolvencia provocada por el retraso en la solicitud de concurso, que el tribunal de primera instancia cuantifica en 2.347.003,46 euros.

En ambos casos, la justificación añadida guarda relación con el agravamiento de la insolvencia que estas dos conductas provocaron. Tiene sentido en la medida en que en los dos casos los elementos normativos de la conducta tipificada como culpable inciden en el agravamiento de la insolvencia.

En el caso de las enajenaciones fraudulentas porque, a no ser que se haya restituido el perjuicio ocasionado a través de otros medios, como la acción rescisoria (art. 73.1 LC) o la condena a restituir lo indebidamente percibido (art. 172.2.3º LC), los pagos injustificados han provocado una reducción del activo, lo que ha impedido en el mismo importe de los pagos la satisfacción de los créditos en la liquidación concursal.

Y por lo que respecta al retraso en la solicitud de concurso, como ya razonamos en la Sentencia núm. 259/2015, de 21 de mayo :

«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)».

15. Formulación del motivo tercero . El motivo se funda en la infracción del art. 3.1 LC y la jurisprudencia relativa a la ausencia de responsabilidad de los administradores de hecho cuando concurren con un administrador de derecho. En el desarrollo del recurso cita la Sentencia de esta Sala núm. 721/2012, de 4 de diciembre , que, aunque no descarta la posible coexistencia de administradores puramente formales con otro u otros de hecho, establece la regla general de que quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho.

El recurrente razona que formular la solicitud de concurso no estaba al alcance del administrador de hecho, sino del legal. Del mismo modo, la llevanza de la contabilidad corresponde al administrador de derecho. Entiende, el recurso, que la sentencia recurrida responsabiliza al recurrente por la omisión de obligaciones que no sólo no le podían ser exigidas, sino que estaría imposibilitado para cumplirlas.

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

16. Desestimación del motivo tercero . La jurisprudencia de la Sala sobre el administrador de hecho se contiene en la invocada Sentencia 721/2012, de 4 de diciembre :

«esta Sala ha declarado que lo son "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" (Sentencias 261/2007, de 14 marzo ; 55/2008, de 8 de febrero ; 79/2009, de 4 de febrero ; 240/2009, de 14 de abril ; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general».

Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

No se exigía que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que se admitía que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el art. 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre , por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

En nuestro caso, no existe problema, porque el administrador de hecho lo era aparente, ya que frente a terceros y dentro de la propia empresa actuaba como administrador aparente.

Es cierto que, en principio, bajo la reseñada noción jurisprudencial de administrador de hecho, podría resultar contradictorio que en la exigencia de responsabilidad por una actuación concreta pudieran concurrir como sujetos responsables el administrador de derecho y el administrador de hecho. La concurrencia de este último exige que, por ejercer de facto la gestión de la sociedad, el poder de dirección, de forma soberana e independiente, el administrador de derecho carezca de la autonomía de decisión propia del cargo, porque la tenga supeditada al administrador de hecho. Y ello con independencia de que éste sea administrador de hecho notorio o que lo sea oculto, y que actúe por medio del administrador de derecho.

Pero la jurisprudencia, que ha contemplado esta objeción, no descarta que pudiera existir algún supuesto en que, en atención al específico deber legal de actuación quebrantado, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador de hecho, no pueda eludir su responsabilidad el de derecho. En este sentido, en la Sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, argumentamos que:

«aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho -singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho (Sentencias 261/2007, de 14 marzo ; 55/2008, de 8 de febrero), ya que, como afirman las Sentencias 509/1999, de 7 de junio, y 222/2004, de 22 de marzo, "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad". Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho -la presentación de unas cuentas cuya formulación está reservada al administrador de derecho y su aprobación a la junta general, cuya regular convocatoria también reserva la norma a este-».

En el presente supuesto, el tribunal de instancia, al declarar acreditado que el administrador legal, Juan Alberto, se inhibió totalmente de la administración de la sociedad, y que Emilio era quien asumió de facto el poder de dirección de la compañía, le imputa la responsabilidad sobre las tres conductas que han merecido la calificación culpable de concurso, dos de las cuales han justificado también la condena a cubrir parcialmente el déficit concursal.

De las tres conductas, la segunda, los pagos injustificados, es activa y puede atribuirse perfectamente al administrador de hecho, al ser él quien tomaba esas decisiones. Pero también cabe imputarle la primera, las irregularidades contables, pues no deja de ser otra conducta activa que puede atribuirse a quien de hecho ha ejercido la función de administración, que incluye la llevanza de la contabilidad. Es responsable en la medida en que, atendida su posición de decisión en la gestión de la compañía, se encargó de la contabilidad, como de cualquier otra función propia del administrador.

Respecto de estas dos conductas, de naturaleza activa, su clara atribución de responsabilidad al administrador de hecho hubiera podido servir para cuestionar la responsabilidad del administrador legal de haberse acreditado la concurrencia de dos razones: la primera, que por esta naturaleza activa del comportamiento, su atribución al administrador de hecho pusiera en evidencia que el administrador legal no intervino ni tenía el poder de decisión para hacerlo; y la segunda, que la inhibición del administrador de hecho no constituyera un incumplimiento de un deber legal que hubiera incidido directamente en la causación del perjuicio cuya indemnización se pretende.

Pero, la posible incompatibilidad hubiera podido servir para eludir la responsabilidad del administrador legal, pero no del administrador de hecho, razón por la cual la objeción formulada en este tercer motivo carece de relevancia para eximir de responsabilidad al administrador legal.

Por otra parte, la concurrencia de responsabilidades ofrece menos dudas en el caso del incumplimiento de un deber legal, como es el que impone al administrador de la sociedad el art. 3.1 LC, en relación con el art. 5 LC, de pedir el concurso en caso de insolvencia actual. Obviamente, el único legitimado para realizar la solicitud es el órgano de administración (los administradores legales), pero esto no impide que el administrador de hecho pueda ser responsable si el administrador legal es un mero testaferro, en cuanto la omisión se puede imputar a quien tomaba las decisiones de la compañía. Y esto no obsta que la responsabilidad pueda ser también del administrador legal, que ha dejado de cumplir con un deber legal grave. Para eximirse de responsabilidad, no puede escudarse en la existencia de un administrador de hecho que de facto administraba la compañía, salvo que demuestre que intentó cumplir con aquel deber legal y que el administrador de hecho lo impidió.

En cualquier caso, como el administrador legal no ha recurrido, no cabe replantearse su exclusión de responsabilidad. Sólo ha recurrido el administrador de hecho, y está justificado, a la vista de los hechos probados, que pueda imputársele la responsabilidad de no haberse pedido el concurso de acreedores a tiempo, en los dos meses siguientes a la aparición de la causa de insolvencia.

Costas

17. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer al recurrente las costas generadas por su recurso, conforme al art. 398.1 LEC.

Desestimado el recurso de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por su recurso, conforme al art. 398.1 LEC .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Emilio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 22 de mayo de 2013 (rollo núm. 121/2013), que resolvió la apelación formulada contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 21 de septiembre de 2012 (juicio ordinario núm. 859/2011), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Emilio contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 22 de mayo de 2013 (rollo núm. 121/2013), con imposición de las costas del recurso 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.- 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.