

Resumen

La AP estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los administradores de hecho de la sociedad cuyo concurso se ha declarado como culpable por la ausencia de contabilidad. La Sala confirma que no existe obstáculo alguno para enjuiciar las conductas que se imputan a la concursada a la luz de la nueva LC siempre que las mismas que pudieran determinar la calificación del concurso culpable estuvieran previstas en la legislación derogada y no impliquen consecuencias más gravosas que las contempladas en aquélla. Asimismo, los apelantes han sido considerados como personas afectadas por la calificación, en su condición de administradores de hecho, al continuar con la gestión de la sociedad tras la caducidad de su mandato como administradores de derecho designados por un período de cinco años, habiendo caducado sus cargos. No obstante, en el supuesto de autos la calificación del concurso como culpable se sostiene exclusivamente en la inexistencia de contabilidad por lo que no cabe fundar la condena a indemnizar los daños y perjuicios en la supuesta desaparición de bienes o derechos del activo, que no se precisan, sobre la base de un balance de situación cerrado, varios años antes de la propia solicitud y declaración de concurso, cuando ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal ni, en consecuencia, la sentencia han pretendido sostener la calificación de culpabilidad en el alzamiento o la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor, por lo que procede revocar la sentencia en este particular y dejar sin efecto la condena a indemnizar los daños y perjuicios que se efectúa en la sentencia apelada.

NORMATIVA ESTUDIADA

- Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
art.48.2 , art.164.1 , art.164.2 , art.165 , art.172.2 , art.172.3
- RD 1784/1996 de 19 julio 1996. Reglamento del Registro Mercantil
art.145
- Ley 2/1995 de 23 marzo 1995. Sociedades de Responsabilidad Limitada
art.69
- RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas
art.128 , art.134 , art.135
- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9.3
- RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.2.3
- RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio
art.849.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS
 - LÍMITES TEMPORALES
 - Retroactividad e irretroactividad
- CONCURSO DE ACREEDORES
 - EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN
 - PROCEDIMIENTO
- SOCIEDAD ANÓNIMA
 - ADMINISTRADORES
 - Duración del cargo
 - Facultades y deberes
 - Responsabilidad de los administradores ante terceros
 - En general
 - Por el incumplimiento de otros deberes
 - Remoción, cese

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Concursal

Efectos de la declaración de concurso

Consideraciones generales

Calificación del concurso

Tramitación

Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal

Sentencia de calificación

Concurso culpable

Sociedades mercantiles

Sociedad anónima

Órgano de administración

Administradores

Facultades y deberes. Función representativa

Cuestiones generales

Duración del cargo

Responsabilidad

La acción individual de responsabilidad

Cesación en el cargo

Caducidad del nombramiento

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración, Administrador; Desfavorable a: Administración, Administrador

Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores

Legislación

Aplica art.48.2, art.164.1, art.164.2, art.165, art.172.2, art.172.3 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Aplica art.145 de RD 1784/1996 de 19 julio 1996. Reglamento del Registro Mercantil

Aplica art.69 de Ley 2/1995 de 23 marzo 1995. Sociedades de Responsabilidad Limitada

Aplica art.128, art.134, art.135 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas

Aplica art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.2.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.849.1 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.66 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Cita art.1382 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 septiembre 2011 (J2011/254265)

Citada en el mismo sentido por AAP Castellón de 30 marzo 2012 (J2012/129516)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 20 enero 2012 (J2012/15215)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 7 marzo 2012 (J2012/50770)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO SAP Madrid de 8 mayo 2009 (J2009/262213)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO SAP Madrid de 17 abril 2009 (J2009/97575)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO SAP Madrid de 24 marzo 2009 (J2009/77994)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO SAP Madrid de 6 marzo 2009 (J2009/69211)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO SAP Madrid de 30 enero 2009 (J2009/29018)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de mayo de 2009 el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid dictó sentencia en la sección de calificación del concurso núm. 28/06, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1º.- Debo declarar y declaro culpable el concurso de la entidad RUBEPA, S.A.

2º.- Se declara afectados por la calificación a D. Saturnino y D. Juan María en su condición de administradores de hecho de la concursada.

3º.- Se inhabilita a D. Saturnino y D. Juan María para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años.

4º.- Se condena a D. Saturnino y D. Juan María a pagar conjunta y solidariamente la cantidad de 63.964,86 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Se declara la pérdida de cualquier derecho que D. Saturnino y D. Juan María pudieran ostentar como acreedores concursales o de la masa y se les condena a devolver los bienes que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa.

5º.- Se condena a D. Saturnino y D. Juan María a pagar a los acreedores concursales cada uno de ellos el cincuenta por ciento de la totalidad de los créditos que no puedan obtener en la liquidación de la masa activa.

6º.- Se imponen las costas del incidente a D. Saturnino y D. Juan María."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución interpusieron sus respectivos recursos de apelación D. Saturnino y D. Juan María, a los que se opuso el Ministerio Fiscal y también D. Juan María al interpuesto por el primero de los antes citados apelantes, tras lo cual se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial, donde fueron turnados a la presente Sección, dando lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para la correspondiente vista, deliberación, votación y fallo el día 17 de septiembre de 2010.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recaída en primera instancia declara culpable el concurso de la entidad "RUBEPA, S.A.", por la falta de llevanza de la contabilidad (artículo 164.2.1º de la Ley Concursal), y determina como personas afectadas por la calificación, en su calidad de administradores de hecho de la sociedad deudora, a D. Saturnino y D. Juan María, a los que inhabilita para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un período de tres años, condenándoles a pagar conjunta y solidariamente la cantidad de 63.964,86 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Además, declara la pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar como acreedores concursales o de la masa, condenándoles a devolver los bienes que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, que no se especifican, así como a cada uno de ellos a pagar a los acreedores concursales el 50% de la totalidad de los créditos que no puedan obtener en la liquidación de la masa activa.

Frente a la sentencia se alzan D. Saturnino y D. Juan María que interesan su revocación en virtud de las alegaciones que constan en sus respectivos recursos de apelación. Por razones sistemáticas se analizarán conjuntamente ambos recursos, revisando, en primer lugar, la procedencia de la declaración del concurso como culpable; a continuación, la determinación de las personas afectadas por la calificación; y, en último término, las consecuencias imputadas por la sentencia como consecuencia de dicha declaración.

SEGUNDO.- En ambos recursos se alega la imposibilidad de aplicar la Ley Concursal a una situación de insolvencia surgida durante la vigencia del Código de Comercio EDL 1885/1 de 1885, denunciado la aplicación retroactiva que ha efectuado la sentencia de la vigente Ley Concursal con infracción del artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 y del artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 .

La aplicación de la Ley Concursal a conductas anteriores a la entrada en vigor de dicha norma (1 de septiembre de 2004), a los efectos de calificar el concurso como culpable o fortuito, no implica necesariamente la violación del principio general de irretroactividad de las normas civiles proclamado en el artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 .

Presentada la solicitud de concurso con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, concretamente en enero de 2006, la sustanciación de esta sección sólo puede efectuarse conforme a los artículos 163 y siguientes de la nueva ley, sin que ni siquiera se trate de una institución introducida por la nueva norma como señala la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007 EDJ 2007/130192 , en la que se coincide en este particular, al recordar que expedientes similares se prevenían en la legislación anterior, concretamente: ". la calificación de la quiebra (artículos 886 y ss y arts. 1382 y ss. LEC 1881 EDL 1881/1) y de la suspensión de pagos con insolvencia definitiva (art. 20 LSP que se remite a los artículos 886 y ss Ccom EDL 1885/1). En este sentido, la posibilidad de juzgar la conducta del deudor concursado, anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en relación con la insolvencia declarada con la apertura posterior del concurso de acreedores no supone en sí misma una aplicación retroactiva del nuevo régimen sancionador, siempre y cuando las conductas ya estuvieran tipificadas, bajo el régimen anterior, y que las sanciones no sean más graves o distintas", lo que es aplicación de las Disposiciones Transitorias 2ª, 3ª y 13ª del Código Civil EDL 1889/1 , cuyos principios son de aplicación a las demás normas que no contemplan un régimen especial de Derecho transitorio o en lo que éste omite. Así lo

señala el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1991, al declarar que: "Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil EDL 1889/1 las que cumplen tal función".

En definitiva, no existe obstáculo alguno para enjuiciar las conductas que se imputan a la concursada a la luz de la nueva Ley Concursal siempre que las conductas que pudieran determinar la calificación del concurso culpable estuvieran previstas en la legislación derogada y no impliquen consecuencias más gravosas que las contempladas en aquélla, criterio seguido reiteradamente por este tribunal en sentencias de 24 de septiembre de 2007, 5 de febrero de 2008, 30 de enero EDJ 2009/29018 , 6 EDJ 2009/69211 y 24 de marzo EDJ 2009/77994 , 17 de abril EDJ 2009/97575 y 14 de julio de 2009.

En consecuencia, la posibilidad de calificar el concurso como culpable con base en hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor debe analizarse en relación a cada uno de los invocados por quienes sostienen la calificación del concurso como culpable en atención a si esos mismos hechos ya permitían la calificación de la quiebra como culpable o fraudulenta.

En el supuesto de autos la calificación del concurso como culpable se sostuvo por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal, tesis acogida por la sentencia apelada, en la falta de llevanza de la contabilidad en aplicación de la presunción iuris et de iure del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, conforme a la cual, en todo caso, el concurso debe declararse culpable, entre otros supuestos, cuando el deudor legalmente obligado a llevar la contabilidad incumpliera sustancialmente dicha obligación.

La calificación del concurso culpable por este hecho no supone la aplicación retroactiva de la Ley Concursal en tanto que el Código de Comercio EDL 1885/1 ya contemplaba en su artículo 890.3ª como causa de calificación de la quiebra el no haber llevado los libros de contabilidad, sin que pueda confundirse tal causa de calificación de la quiebra con la llevanza de los libros pero sin la forma y sin cumplir todos los requisitos esenciales previstos en el Código de Comercio EDL 1885/1 que, por otra parte, era causa de calificación de quiebra como culpable, aunque es cierto que en este caso se admitía prueba para demostrar la inculpabilidad de la quiebra (artículo 889.1º del Código de Comercio EDL 1885/1).

En todo caso, la solicitud de concurso necesario fue deducida en enero de 2006, sin que conste que la deudora haya llevado la contabilidad tanto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004) como tras la indicada fecha, sin que la sociedad hubiera sido disuelta y liquidada tras el cierre, en julio de 2002, del establecimiento que explotaba. Además, los contratos de trabajo del personal de la empresa no se extinguieron hasta que, rechazados los Expedientes de Regulación de Empleo promovidos por la deudora, recayó sentencia con fecha 23 de febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, con la evidente repercusión que ello supuso en la situación económica de la sociedad, por lo que en ningún caso cabe sostener que se haya efectuado una aplicación retroactiva de la Ley Concursal.

Por otro lado, el incumplimiento sustancial de la obligación de llevar la contabilidad resulta patente, antes y después de la entrada en vigor de la Ley Concursal, si consideramos que la única documentación aportada consiste en la presentación de un balance de situación y otro de sumas y saldos, ambos referidos al 31 de mayo de 2002 -fecha que es incluso anterior al cierre del establecimiento-, sin que exista el menor rastro de la llevanza de los libros obligatorios de contabilidad ni de los correspondientes soportes contables, los cuales han de conservarse durante seis años (artículo 30 del Código de Comercio EDL 1885/1), lo que nada que tiene que ver con la prescripción de las obligaciones tributarias a la que se refiere los artículos 66 y siguientes de la Ley General Tributaria EDL 1963/94 , invocados por D. Juan María que, además, tal y como él mismo reconoce, constituye una cuestión nueva que al no haber sido opuesta en primera instancia debe ser aquí rechazada.

TERCERO.- Preciado lo anterior, para la adecuada resolución de los recursos de apelación objeto de esta resolución es necesario recordar, siguiendo anteriores sentencias de este tribunal (24 de septiembre de 2007, 5 de febrero y 17 de julio de 2008 y 30 de enero EDJ 2009/29018 , 6 de marzo EDJ 2009/69211 y 8 de mayo de 2009 EDJ 2009/262213), que la regulación de las causas de calificación de un concurso como culpable en la Ley Concursal se hace de forma escalonada, de manera que cabe distinguir: 1º) la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley Concursal, que exige la valoración de la conducta del concursado, es decir, del administrador en el caso de sociedades, como dolosa o gravemente culposa y la determinación de una relación de causalidad entre la misma y la generación o agravación de la insolvencia; 2º) las presunciones iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, que suponen comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, pero necesitan, además, para justificar la calificación como culpable, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia; y 3º) los conductas previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, las cuales son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando, por tanto, con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de las mismas y sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad.

Con frecuencia las causas de calificación del concurso como culpable serán precisamente las previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, dado que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que considera necesario garantizar (en especial la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico), ha decidido que el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte del deudor o, si es una persona jurídica, de su administrador o liquidador, de hecho o de derecho, han de suponer, en todo caso, su calificación como culpable. Por esa razón no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal, ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia, puesto que se trata de ".supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza." (según el apartado VIII de la exposición de motivos de la Ley Concursal). Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los

cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la referida a la propia conducta tipificada en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable.

Sin embargo, cuando se aplica una presunción iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, ya hemos dicho que ésta solo permite cubrir, y a salvo de prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, pero resulta necesario, además, para justificar la calificación como culpable, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia.

En el supuesto de autos, declarado culpable el concurso por la acredita concurrencia de la falta de llevanza de contabilidad que constituye una de las presunciones iuris et de iure de concurso culpable, son irrelevantes las alegaciones de los recurrentes sobre la falta de dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravación de la insolvencia o la inexistencia de nexo causal entre la falta de contabilidad y la insolvencia.

CUARTO.- Los apelantes han sido considerados como personas afectadas por la calificación, en su condición de administradores de hecho, al continuar con la gestión de la sociedad tras la caducidad de su mandato como administradores de derecho designados por un período de cinco años en la junta celebrada el día 28 de mayo de 1993, habiendo caducado sus cargos el 30 de junio de 1998 (artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil).

La sala comparte la conclusión alcanzada por la sentencia apelada sobre la consideración de los apelantes como personas afectadas por la calificación en su condición de administradores de hecho de la sociedad deudora, sin que la prueba practicada en esta segunda instancia haya aportado elemento alguno para contradecir tal conclusión.

Típico supuesto de administrador de hecho es el de la figura del administrador de derecho que continúa asumiendo las funciones propias del cargo tras la caducidad de su nombramiento. En el supuesto de autos, transcurrido el plazo de caducidad el día 30 de junio de 1998, el negocio que explotaba la sociedad siguió en funcionamiento hasta julio de 2002, sin que conste que nadie distinto de los apelantes, socios mayoritarios de la sociedad, asumiera su gestión y representación, los cuales, además, promovieron sendos ERES para la suspensión y extinción de los contratos de trabajo, llegando, incluso, D. Saturnino a otorgar poderes en representación de la sociedad para la defensa de la concursada en el propio expediente concursal, lo que constituye un típico acto de representación de la sociedad competencia de los administradores sociales (artículo 128 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265).

QUINTO.- Respecto de las concretas consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable para las personas afectadas por la calificación, los recurrentes sólo se alzan contra la condena solidaria a indemnizar los daños y perjuicios causados en la cuantía de 63.964,86 euros y la condena a la cobertura del déficit que se impone a cada uno de los apelantes en un porcentaje del 50%.

La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, que se impone con apoyo en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, se funda en la sentencia, de una forma un tanto escueta y confusa, en la identificación que se efectúa entre tales daños y la diferencia entre el activo y pasivo (63.964,86 euros) que figura en el balance de la sociedad aportado a las actuaciones en abril de 2006, "que debe considerarse coincidente con el perjuicio irrogado a la concursada por la irregular gestión de los afectados por la calificación".

Integrando el razonamiento de la sentencia con el informe de calificación emitido por la administración concursal, que parece que se asume por la sentencia, se llega a la conclusión de que los daños y perjuicios objeto de la condena, cuantificados en 63.964,86 euros, corresponden efectivamente al superávit por importe de 63.964,86 euros que resultaría del balance de situación aportado en abril de 2006, pero cerrado a 31 de mayo de 2002, afirmando que si (el 31 de mayo de 2002) existía un activo 148.523,36 euros y un pasivo de 84.558,50 euros y con el activo se ha pagado a unos acreedores, la diferencia debería figurar en la masa activa y como no es así, se han causado unos daños y perjuicios por el importe del activo que ha desaparecido.

La responsabilidad que impone el artículo 172.3.3º a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices de indemnizar los daños y perjuicios causados, a diferencia de la denominada responsabilidad concursal del artículo 172.3, es una responsabilidad por daño y culpa, y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores (artículos 134 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada EDL 1995/13459), como se deduce del artículo 48.2 de la Ley Concursal, que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad que también cabe predicar respecto de la acción individual de responsabilidad (artículos 135 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada EDL 1995/13459), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal.

En definitiva, esta responsabilidad por los daños y perjuicios causados, se anuda como efecto o consecuencia de la calificación del concurso culpable, con el objeto de resarcir el patrimonio social, ahora masa activa, de los daños y perjuicios imputables a la conducta de los administradores, resarcimiento, que a falta de esta expresa previsión legal, solo podría obtenerse mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, para que pueda imponerse esta responsabilidad ha de acreditarse no sólo el resultado lesivo sino el nexo causal entre este resultado y la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable que se imputa a las personas afectadas por la calificación.

En el supuesto de autos la calificación del concurso como culpable se sostiene exclusivamente en la inexistencia de contabilidad por lo que no cabe fundar la condena a indemnizar los daños y perjuicios en la supuesta desaparición de bienes o derechos del activo, que no se precisan, sobre la base de un balance de situación cerrado en mayo de 2002, varios años antes de la propia solicitud y declaración de concurso que tuvo lugar en el año 2006, cuando ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal ni, en consecuencia, la sentencia han pretendido sostener la calificación de culpabilidad en el alzamiento o la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio

del deudor (artículo 164.2.4º y 5º de la Ley Concursal), por lo que procede revocar la sentencia en este particular y dejar sin efecto la condena a indemnizar los daños y perjuicios que se efectúa en la sentencia apelada.

SEXTO.- Como ya hemos indicado, también se alzan los apelantes contra el pronunciamiento por el que se les condena a pagar a cada uno de ellos el 50% de la totalidad del importe de los créditos que los acreedores concursales no perciban de la liquidación de la masa activa.

Dado que los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable -la falta de llevanza de contabilidad- se produjeron también una vez entrada en vigor la Ley Concursal debe rechazarse que se trate de una aplicación retroactiva de la nueva Ley con imposición a los apelantes una consecuencia legal no prevista al tiempo de la comisión de los hechos determinantes de la condena.

Por otro lado, los presupuestos para que pueda imponerse la condena a la cobertura del déficit al amparo del artículo 172.3 de la Ley Concursal son los siguientes: a) que se trate del concurso de una persona jurídica; b) que la sección se haya formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la liquidación; c) que el concurso haya sido calificado de culpable; y d) que la masa activa sea insuficiente para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores concursales.

Ahora bien, la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina y los pronunciamientos judiciales sobre su carácter indemnizatorio o sancionador o, con más propiedad, "ex lege".

La condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores o liquidadores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una responsabilidad que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores.

Como es obvio, la imposición de la condena a la cobertura del déficit exige la previa declaración del concurso culpable de la persona jurídica, que sólo procede cuando sea imputable a sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, la generación o agravación del estado de insolvencia en virtud de dolo o culpa grave, bien acreditando todos y cada uno de estos requisitos -favorecida, en su caso, la prueba del dolo o culpa grave por medio de alguna de las presunciones iuris tantum-, bien a través de las presunciones iuris et de iure, pero declarado el concurso culpable, la responsabilidad por el fallido concursal se impone con independencia de los concretos daños y perjuicios derivados de la conducta de los administradores o liquidadores, añadiéndose esta responsabilidad, que como indicamos se reserva para los supuestos de mayor gravedad, a la indemnización de daños y perjuicios, ésta sí, aplicable siempre que se declare culpable el concurso y concurren los presupuestos para que la misma pueda ser exigida.

Declarado el concurso culpable en virtud de la prueba de los hechos que integran alguna de las presunciones iuris et de iure, el tribunal no tiene ya que abordar en sede de responsabilidad concursal si la concreta conducta imputable a los administradores y determinante de la calificación es apta o no para generar o agravar la insolvencia, pues es un debate propio de la calificación no de sus consecuencias, sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta, en su caso, como parámetro para modular el importe de la condena.

Este Tribunal en numerosas resoluciones, sentencias de 5 de febrero de 2008, 30 de enero de 2009 EDJ 2009/29018, 6 de marzo de 2009 EDJ 2009/69211 y 26 de junio de 2009, ha mantenido que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, "ex lege", en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable. Tampoco es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial, o por decirlo con mayor precisión, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales.

En consecuencia, las alegaciones de los recurrentes sobre la inexistencia de daños derivada de la falta de llevanza de la contabilidad y, en su caso, la ausencia de nexo causal resultan irrelevantes.

Ahora bien, la sentencia impone a cada uno de los administradores la condena a pagar el 50% de la totalidad de los créditos que los acreedores concursales no perciban de la liquidación de la masa activa, base cuantitativa de la que discrepa este Tribunal en tanto que en el informe de la administración concursal expresamente se indica que no puede hacerse responsable a los administradores societarios del incremento de la deuda en concepto de cuotas de seguridad social devengadas entre julio de 2002 y enero de 2004 en la cuantía de 43.246,79 euros, ni de las indemnizaciones de 45 días por año fijadas a favor de los trabajadores en la sentencia dictada el 23 de febrero de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid que acordó la extinción de los contratos de trabajo, al haber actuado aquéllos diligentemente al promover con carácter previo dos Expedientes de Regulación de Empleo que no fueron aceptados; ni de los salarios de tramitación devengados durante la sustanciación del procedimiento para la extinción de los contratos de trabajo, salvo los devengados en los 60 días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, correspondiendo asumir el exceso, en último término, al Estado.

Si la propia administración concursal rechaza en su informe, con acierto o sin él, la responsabilidad de los administradores societarios por los conceptos indicados, aunque luego no mate su propuesta de condena a la cobertura del déficit, y sin que el Ministerio Fiscal haya solicitado la condena por el fallido concursal, las cuantías resultantes de dichos conceptos deben excluirse del importe de la condena a los administradores, respondiendo cada uno de ellos del 50% del importe de los créditos de los acreedores concursales que no resulten satisfechos con la liquidación de la masa activa, excluidos los conceptos antes reseñados, sin que en los recursos ni el acto de la visita se haya ofrecido argumento alguno que justifique modificar el porcentaje asignado a cada uno de los condenados.

SEPTIMO.- En materia de costas, la revocación parcial de la sentencia acogiendo ahora solo parcialmente las pretensiones de la administración concursal, determina que no se efectúe expresa imposición de las costas causadas en primera instancia de conformidad con el artículo 196.2 de la Ley Concursal con relación al 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Por otra parte, la estimación parcial de los recursos de apelación determina que no proceda condenar al pago de las costas originadas por los mismos a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1) Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Procurador D. Pablo Trujillo Castellano en nombre y representación de D. Saturnino y por el Procurador D. Luis José García Barrenechea en nombre y representación de D. Juan María contra la sentencia dictada el día 29 de mayo de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, en la sección de calificación dimanante del Concurso núm. 28/06, del que este rollo dimana y, en consecuencia, se revoca parcialmente la citada resolución en los siguientes términos:

a) Se deja sin efecto la condena solidaria y conjunta a D. Saturnino y D. Juan María de indemnizar los daños y perjuicios causados por importe de 63.964,86 euros.

b) Se condena a D. Saturnino y D. Juan María a pagar, cada uno de ellos, el 50% de los créditos de los acreedores concursales que no perciban en la liquidación de la masa activa con exclusión de los siguientes:

i) la suma de 43.246,79 euros en concepto de cuotas de seguridad social devengadas entre julio de 2002 y enero de 2004;

ii) la indemnización de 45 días por año de servicio fijada a favor de los trabajadores de la concursada en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid con fecha 23 de febrero de 2005;

iii) los salarios de tramitación devengados con motivo de dicho procedimiento en lo que excedan de los correspondientes a los 60 días hábiles siguientes a la presentación de la demanda.

c) No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas ocasionadas en primera instancia.

d) Se confirman los demás pronunciamientos de la sentencia apelada.

3) No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con los recursos de apelación interpuestos por D. Saturnino y D. Juan María.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

Publicación.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370282010100198