

**Resumen**

*El TS declara no haber lugar a los rec. de casación interpuestos por los demandados confirmando la sentencia impugnada que declaraba culpable el concurso de la mercantil deudora. Los demandados recurren en casación alegando infracción del art. 172,3 LC con el argumento de que, al establecer dicha norma una responsabilidad de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria y no meramente sancionadora, era impropio imponer al administrador la cobertura parcial del déficit concursal cuando no se había probado que la conducta que le había sido imputada, hubiera generado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada. Señala la Sala 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 norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Razón por la que para pronunciar la condena a la 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 del art. 172 LC, es necesario que el juez llegue a aquella conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador o 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, determinó la calificación del concurso como culpable. Y no contradice lo expuesto el que, en la sentencia aludida haya atribuido a la responsabilidad de los administradores una función no sancionadora, en sentido estricto, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, y no en otros.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

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

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- CONCURSO DE ACREEDORES
  - CUESTIONES GENERALES
  - REQUISITOS Y FINALIDAD
  - EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN
  - PROCEDIMIENTO
- FUENTES DEL DERECHO
  - JURISPRUDENCIA
    - Del Tribunal Supremo

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- Concursal
  - Efectos de la declaración de concurso
    - Consideraciones generales
  - Calificación del concurso
    - Consideraciones generales
    - Tramitación
      - Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal
      - Oposición a la calificación
  - Concurso culpable

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administrador, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Administrador, Concursado

Procedimiento: Recurso de casación

### Legislación

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

Cita Ley 38/2011 de 10 octubre 2011. Reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal

Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Cita art.394, art.398, art.477.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

### Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Alicante de 18 diciembre 2008 (J2008/334999)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 20 junio 2012 (J2012/135332)

Citada en el mismo sentido por SAP Orense de 29 junio 2012 (J2012/148156)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo STS Sala 1ª de 16 enero 2012 (J2012/8424)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo STS Sala 1ª de 6 octubre 2011 (J2011/242185)

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de marzo 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 Tándem Industrial Sebese, SL, representada por la Procurador de los Tribunales Dª Mª Teresa Ripoll Moncho y don Mateo, representado por la Procurador de los Tribunales Dª Francisca Caballero Caballero, contra la Sentencia dictada el dieciocho de diciembre de dos mil ocho, por la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante EDJ 2008/334999, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Ignacio Cuadrado Ruescas, en representación de don Mateo y de la mercantil Tándem Industrial Sebese, SL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el concurso voluntario de Tándem Industrial Sebese, SL, tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante con el número 505/2005, se dictó con fecha veintisiete de junio de dos mil seis mandando abrir la fase de liquidación y la pieza de calificación.

Mediante escrito fechado el catorce de septiembre de dos mil siete, la administración concursal emitió el preceptivo informe, en el que alegó, en síntesis, que en la contabilidad de la sociedad no aparecían las liquidaciones tributarias procedentes de actas de inspección por razón del impuesto sobre el valor añadido y del impuesto de sociedades correspondientes a los años mil novecientos noventa y nueve a dos mil, por importe de doscientos cuarenta y un mil doscientos treinta y un euros, con treinta y seis céntimos (241.231,36 Eur.), por la deuda más sanción. Alegó el órgano informante que esa cantidad debería haberse contabilizado, pese a estar recurrida en la vía económico-administrativa y añadió que, además, se había contabilizado en el activo una suma de ciento veintidós mil diecisiete euros, con ochenta y un céntimos (121.017,81 Eur.) correspondiente a créditos comerciales impagados, que se deberían haber provisionado.

Para la administración concursal tales hechos debían dar lugar a la calificación del concurso como culpable, en aplicación del artículo 164, apartado dos, ordinal primero, de la Ley 22/2003, de 9 de julio EDL 2003/29207, concursal. Además, afirmó que la persona a la que tal calificación afectaba era don Mateo, administrador único de la sociedad, y que el total importe de los daños causados ascendía a trescientos sesenta y dos mil doscientos cuarenta y nueve euros, con diecisiete céntimos (362.249,17 Eur.).

Del informe de la administración concursal se dio traslado al Fiscal para que emitiera su dictamen, lo que hizo en el sentido de interesar del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante, de acuerdo con la documentación aportada y con el informe del Administrador Concursal, así como con el artículo 164.2-1º de Ley Concursal EDL 2003/29207, que el concurso fuera calificado "como culpable en la medida en que la mercantil deudora ha cometido en la contabilidad una irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. en el presente supuesto se ha dejado de contabilizar una partida de doscientos cuarenta y un mil doscientos treinta y un euros con treinta y seis céntimos (241.231,36Eur.) procedentes de las liquidaciones de Hacienda, y se han contabilizado indebidamente unas partidas de activo por importe de ciento veintidós mil diecisiete euros con ochenta y un céntimos (121.017,81Eur.), que se refieren a créditos comerciales impagados, que no se han provisionado, pese a tratarse de créditos de imposible o muy dudoso cobro. De todo ello se desprende que la contabilidad de la empresa no refleja su verdadera situación patrimonial y financiera".

A la calificación propuesta por la administración concursal se opuso, en el trámite previsto para ello, la representación procesal de Tándem Industrial Sebese, SL, alegando, en síntesis y en lo que interesa para la decisión del conflicto, que no era bastante con la comisión de cualquier irregularidad contable para calificar su concurso como culpable, sino que la misma debería ser relevante.

Que, ello supuesto, no era relevante no provisionar o no informar de las liquidaciones correspondientes a los impuestos sobre el valor añadido y de sociedades, que constaban en unas actas de la inspección de la Agencia Tributaria, que firmó en disconformidad y que jamás consideró constituyeran un riesgo previsible o una pérdida. Que, además, rechazaba expresamente la aplicación de alguno de los principios de contabilidad afirmados por la administración concursal, deficientemente entendidos, afirmando la procedencia de estar a la regla de empresa en funcionamiento. Que negaba la culpabilidad, la afectación a personas y los daños y perjuicios. Que, al fin, las cuentas reflejaban con fidelidad la que era su situación patrimonial. Y que, como el concurso no era culpable, no podía haber personas afectadas ni daños imputables.

En el suplico del correspondiente escrito, la representación procesal de la concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno que " admitiendo el presente escrito se me tenga por opuesto a la calificación del concurso como culpable, debiéndose sustanciarse la presente oposición por los trámites del correspondiente incidente concursal ".

SEGUNDO.- Seguido el incidente concursal, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante dictó sentencia con fecha quince de mayo 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 Tándem Industrial Sebese, SL es culpable; (b) que el administrador de Tándem Industrial Sebese, SL, Mateo tiene la condición de persona afectada por la calificación. Y debo condenar y condenado a Mateo a: (a) dos años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo; (b) a abonar a los acreedores concursales el veinticinco por ciento de las cantidades que no perciban la liquidación de la masa activa, una vez satisfechos los créditos contra la masa. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ".

TERCERO.- La representación procesal de Tándem Industrial Sebese, SL y don Mateo recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante de quince de mayo de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual tramitó el recurso de apelación con el número 477/2008 y dictó sentencia con fecha dieciocho de septiembre de dos mil ocho EDJ 2008/334999 , con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos. Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Tándem Industrial Sebese, SL y don Mateo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante, de fecha quince de mayo de dos mil ocho, en los autos de procedimiento concursal abreviado número 519/2005, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada ".

CUARTO.- Las representaciones procesales de Tándem Industrial Sebese, SL y de don Mateo prepararon e interpusieron recursos de casación contra la sentencia de dieciocho de septiembre de dos mil ocho de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante EDJ 2008/334999 .

Dicho Tribunal, por providencia de once de febrero de dos mil once, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de nueve de marzo de dos mil diez, decidió: " 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Mateo y de Tándem Industrial Sebese, SL, contra la sentencia dictada, en fecha dieciocho de diciembre de dos mil ocho, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava) en el rollo número 447/2008, dimanante del incidente de calificación número 519/2005 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante ".

QUINTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Tándem Industrial Sebese, SL contra la sentencia de dieciocho de septiembre de dos mil ocho de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante EDJ 2008/334999 se compone de un único motivo, en el que la recurrente, con apoyo en el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , denuncia:

UNICO. La infracción de la norma del artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio EDL 2003/29207 , concursal.

SEXTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Mateo contra la sentencia de dieciocho de septiembre de dos mil ocho de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante se compone de un único motivo, en el que la recurrente, con apoyo en el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , denuncia:

UNICO. La infracción de la norma del artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio EDL 2003/29207 , concursal.

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la parte recurrente no se personó ante esta Sala.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal de apelación, al igual que había hecho en la primera instancia el Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de Tándem Industrial Sebese, SL, calificó el mismo como culpable, en aplicación de la norma del ordinal primero del apartado 2 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio EDL 2003/29207 . Esto es, como consecuencia de que la deudora, obligada a la llevanza de contabilidad, hubiera cometido en ella irregularidades relevantes para permitir la comprensión de su situación patrimonial.

Además, identificó como persona afectada por tal calificación a don Mateo, administrador único de la concursada, y, 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 EDL 2011/222123

-, tras valorar las circunstancias concurrentes, condenó al mismo a pagar a los acreedores el veinticinco por ciento del importe que de sus créditos no percibieran en la liquidación de la masa activa.

Contra la sentencia de apelación EDJ 2008/334999 interpusieron sendos recursos de casación la sociedad concursada y su administrador, por un mismo motivo: la infracción del artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, con el argumento de que, al establecer dicha norma una responsabilidad de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria y no meramente sancionadora, era improcedente imponer al administrador la cobertura parcial del déficit concursal cuando no se había probado que la conducta que le había sido imputada - como se ha dicho, haber incurrido en las irregularidades contables a que se refiere la norma del ordinal primero del apartado 2 del artículo 164 de la misma Ley - hubiera generado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada.

SEGUNDO.- La sentencia 644/2011, de 6 de octubre EDJ 2011/242185 , precisó que la Ley 22/2.003 seguía 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 (...) supuestos " y ello no puede sino significar 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 hubiera 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 994/2011, de 16 de enero EDJ 2012/8424 , reiteramos esa interpretación. Y en la 614/2011, de 17 de noviembre EDJ 2011/242185 , precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos que han quedado indicados, sino " una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ".

En relación con el apartado 3 del artículo 172 - cuya aplicación al caso litigioso ha sido impugnada por la concursada y su administrador -, expusimos en la citada sentencia 644/2011, de 6 de octubre EDJ 2011/242185 , 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 norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Razón por la que para pronunciar la condena a la 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 aquella conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador o 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, determinó la calificación del concurso como culpable. Es decir, el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, o, como sucede en el caso enjuiciado, el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo.

Expusimos, y reiteramos ahora, que no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que resulta ajeno a la descripción del tipo imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad -, que fue el que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Esto último es lo que pretenden los recurrentes, pues les han sido atribuidas irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada - en aplicación del artículo 164, apartado 2, ordinal primero - e impugnan la condena prevista en el apartado 3 del artículo 172 con el argumento de que no se ha demostrado en el proceso que aquellas hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad - lo que exige el artículo citado, en su apartado 1, pero no en el 2 -.

Y no contradice lo expuesto el que, en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre EDJ 2011/242185 - con el único fin de derivar de la calificación alguna consecuencia de interés para la decisión del respectivo recurso y no con el de terciar en una polémica de esencia dogmática, muy actual pero de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos concernidos - hayamos atribuido a la responsabilidad de los administradores que regula el apartado 3 del artículo 172 una función no sancionadora, en sentido estricto, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores - que, al fin, verán ampliado el número de personas a las que pueden reclamar el pago de la deuda -, para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, no en otros.

TERCERO.- Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

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

## FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Tándem Industrial Sebese, SL y don Mateo, contra la sentencia dictada, con fecha dieciocho de diciembre de dos mil ocho, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante EDJ 2008/334999 .

Las costas de los recursos quedan a cargo de los respectivos 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.- Juan Antonio Xiol Rios.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012012100234