

En la Villa de Madrid, a dieciséis de enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Pedro Luis, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jaime Briones Méndez, contra la Sentencia dictada el diecisiete de abril de dos mil nueve, por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número siete de Madrid declaró el concurso voluntario de Ediciones del Prado, SA por auto de ocho de mayo de dos mil seis. El concurso recibió el número 182/2006 en la tramitación.

En el referido procedimiento, el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid, por sentencia de veintisiete de junio de dos mil siete, aprobó “la propuesta de convenio presentada en el concurso de la entidad Ediciones El Prado, SA, por la entidad Banco Popular Español, SA, que fue aceptada por la junta de acreedores celebrada el día Vigésimoctava de mayo de dos mil siete” y, como consecuencia, decidió “la formación de la Sección sexta de calificación del concurso”.

Por escrito registrado el diecinueve de septiembre de dos mil siete, la administración concursal presentó un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de Ediciones del Prado, SA, con propuesta de resolución.

En dicho informe, la administración concursal alegó, en síntesis, como factores determinantes de la propuesta de calificación del concurso como culpable:

1º) la falta de revocación de una garantía prestada, sin límite de plazo y cuantía, por Ediciones del Prado, SA a favor de Rapp Collins KK, por las

deudas que asumiera la que era su filial en Japón, Del Prado Japan Co. Ltd., en su relación con la acreedora, manteniéndola en vigor pese a que la mayoría de las acciones representativas del capital de la filial pasaron a poder de terceros el diecisiete de septiembre de dos mil tres y, por tanto, pese a que la fiadora había dejado de ser dominante de la afianzada, luego declarada en quiebra;

2º) la comisión de irregularidad relevante en la contabilidad de Ediciones del Prado, SA, al no aparecer en las cuentas anuales de la misma, en los años dos mil uno y en los siguientes, la existencia de dicha garantía, que finalmente dio lugar a una condena de la sociedad al pago de las deudas de la afianzada, impuesta, a demanda de Rapp Collins KK, por un órgano judicial japonés; y

3º) la infracción por Ediciones del Prado, SA del deber de solicitar dentro de plazo la declaración judicial del concurso.

También alegó que, aunque el consejo de administración de Ediciones del Prado, SA lo integraban tres personas, era a D. Pedro Luis a quien debían ser imputados los comportamientos determinantes de la declaración de ser el concurso culpable, proponiendo, sin embargo, un tiempo mínimo de inhabilitación de dicho señor, en beneficio de la entidad concursada.

Invocó la administración concursal los artículos 164, apartados 1 y 2, ordinal primero, y 165, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y solicitó del Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid una sentencia con “los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Califique el concurso de Ediciones del Prado, SA como culpable por la falta de revocación oportuna de la garantía de doce de diciembre de dos mil uno prestada a Rapp Collins KK; por la existencia de irregularidad relevante en la contabilidad, consistente en no reflejar en las cuentas anuales la existencia de esa garantía; y por la infracción del deber legal de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que la sociedad hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia.

Segundo.- Declare como persona afectada por la calificación a D. Pedro Luis (con domicilio en Madrid (280...), calle M., número ...; y con DNI número ...), que ha sido y es presidente del Consejo de administración de Ediciones del Prado, SA y consejero delegado de la sociedad.

Tercero.- Inhabilite a la persona afectada por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo”.

SEGUNDO.- Por providencia dos de octubre de dos mil siete, el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid declaró cumplimentado el trámite previsto en el artículo 169, apartado 1, de la Ley Concursal y mandó dar traslado al Ministerio Fiscal para dictamen.

Por escrito registrado el quince de octubre de dos mil siete, el Fiscal interesó del referido Juzgado la declaración de que el concurso de Ediciones del Prado, SA era culpable y la de que eran personas afectadas por dicha declaración no sólo el administrador señalado en el informe, sino los tres miembros del consejo de la deudora, esto es, D. Pedro Luis, D. Carlos Antonio y D. Ricardo, interesando la inhabilitación de los mismos por el plazo de tres años.

Seguidamente, el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid dio audiencia a la deudora y mandó emplazar a las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación del concurso.

Representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Santias y Viada, Ediciones del Prado, SA contestó las imputaciones que en los mencionados escritos se le efectuaban y, en cuanto a las irregularidades contables -única de interés para la decisión de los recursos extraordinarios- alegó que en las cuentas de dos mil tres no debía haber reflejado la existencia de la garantía, dado que la misma había quedado extinguida en el año dos mil tres, al perder la mayoría en el accionariado de Del Prado Japan Co. Ltd. y que, en todo caso, al tratarse de una garantía, la omisión en las cuentas no era relevante.

En el suplico de su escrito de alegaciones interesó la representación procesal de Ediciones del Prado, SA del Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid tuviera “por evacuado el trámite de audiencia que se me confió con la formulación de las alegaciones que preceden; por opuesto a la solicitud de que se declare culpable el concurso y, tras la tramitación que corresponda de la presente sección, dicte en su día sentencia declarando fortuito el concurso de Ediciones del Prado, SA”.

Igualmente representados por el Procurador de los Tribunales D. Jaime Briones Méndez los administradores de Ediciones del Prado, SA, D. Pedro Luis, D. Carlos Antonio y D. Ricardo, formularon por escrito alegaciones respecto de las imputaciones dirigidas contra ellos, en sus respectivos casos, por la administración concursal y el Fiscal. En síntesis y en cuanto interesa para la decisión de los recursos, la representación procesal de los mencionados administradores sociales negaron la existencia de irregularidad y, en todo caso, la relevancia de la misma, así como la procedencia de aplicar retroactivamente la Ley 22/2003, de 9 de julio, es decir, a comportamientos producidos con anterioridad a la vigencia de la misma.

En el suplico de su escrito de alegaciones interesó la representación procesal de D. Pedro Luis, D. Carlos Antonio y D. Ricardo del Juzgado de lo Mercantil número siete de Madrid tuviera “por formulada oposición al informe de calificación presentado por la administración concursal y al dictamen de calificación presentado por el Ministerio Fiscal, en los términos expuestos en este escrito y, en su virtud, previos los trámites legales procedentes, dicte sentencia íntegramente desestimatoria de las propuestas de calificación del concurso como culpable, de imputación de responsabilidad y de sanción de inhabilitación realizadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, respecto de mil representados D. Pedro Luis, D. Carlos Antonio y D. Ricardo.

TERCERO.- Tramitado el incidente y celebrada la vista correspondiente, el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid dictó sentencia con fecha once de abril de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva:

“Fallo: 1º.- Debo declarar y declaro culpable el concurso de Ediciones del Prado, SA por la concurrencia de irregularidades relevantes en la contabilidad y por la infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores.

2º.- Se declara afectado por la calificación a D. Pedro Luis en su condición de administrador de la sociedad concursada.

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

4º.- Se suspende la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el periodo de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio se procederá a la remisión de la sanción impuesta.

5º.- En caso de incumplimiento del convenio se procederá al cumplimiento íntegro de la sanción de inhabilitación.

6º.- No se hace expresa condena en costas”.

CUARTO.- La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid de once de abril de dos mil ocho fue apelada por Ediciones del Prado, SA y D. Pedro Luis.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Vigésimoctava de la misma, que tramitó el recurso, con el número 369/08, y dictó sentencia el diecisiete de abril de dos mil nueve, con la siguiente parte dispositiva:

“Fallo: En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Pedro Luis y la entidad Ediciones del Prado, SA, contra la sentencia dictada el once de abril de dos mil ocho por el Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid, en el procedimiento número 182/2006, del que este rollo dimana.

2.- Revocamos la resolución recurrida exclusivamente en el extremo relativo a la mención en el fallo de la misma de “la infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores” como causa de declaración del concurso como culpable.

3.- Confirmamos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida.

4.- No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación”.

QUINTO.- Contra la sentencia de la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de diecisiete de abril de dos mil nueve, preparó e interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación la representación procesal de D. Pedro Luis.

Por providencia de veintitrés de julio de dos mil nueve, dicho Tribunal mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de seis de julio de dos mil diez, decidió:

“1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Pedro Luis contra la sentencia dictada con fecha diecisiete de abril de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoctava), en el rollo de apelación número 369/2008, dimanante de los autos de concurso ordinario número 182/2006 del Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid”.

SEXTO.- El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Luis, contra la sentencia de la Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de diecisiete de abril de dos mil nueve, se compone de seis motivos, en los que la recurrente denuncia:

Primero.- Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 217, apartado 2, y 218, apartado 2, de la misma Ley.

Segundo.- Con apoyo en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Tercero.- Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 217, apartado 2, y con apoyo en el ordinal cuarto del mismo apartado y artículo de la misma Ley, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Cuarto.- Con apoyo en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Quinto.- Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley.

Sexto.- Con apoyo en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y, con apoyo en el ordinal segundo del mismo apartado y artículo, la infracción de las normas reguladoras de las sentencias.

Séptimo.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Luis, contra la sentencia de la Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de diecisiete de abril de dos mil nueve, se compone de tres motivos, en los que el recurrente, con apoyo en el artículo 477, apartados 1, 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

Primero: La infracción del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Segundo: La infracción del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Tercero: La infracción del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Octavo.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de noviembre de dos mil once si bien, por providencia de veinticinco de noviembre de dos mil once, se acordó suspender dicho señalamiento y señalar para el conocimiento del Pleno de la Sala, el día diecinueve de diciembre de dos mil ocho, en el que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un supuesto de los previstos en el ordinal primero del apartado 1 del artículo 163 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, la Audiencia Provincial desestimó, en lo sustancial, el recurso de apelación de la concursada, Ediciones del Prado, SA, y de uno de los miembros de su consejo de administración, D. Pedro Luis -identificado en la primera instancia como la persona a la que afectaba la calificación- y decidió que el concurso estaba bien calificado como culpable, tal como habían propuesto la administración concursal y declarado el Juzgado de lo Mercantil en la sentencia apelada.

La causa de tal calificación fue una de las descritas en el ordinal primero del apartado 2 del artículo 164 de la citada Ley concursal: haber cometido la sociedad deudora en su contabilidad una “irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera”.

Dicha irregularidad consistió en no figurar, en el balance ni en la memoria correspondientes a varios ejercicios, una garantía personal que Ediciones del Prado, SA había constituido, en el año dos mil uno, en beneficio de una sociedad norteamericana -Rapp Collins KK- y por la que había quedado obligada a cumplir las deudas de la que entonces era su filial en Japón -Del Prado Japan Co Ltd.- que hubieran sido causadas por un contrato que ésta había celebrado con la mencionada acreedora.

Entendió el Tribunal de apelación, como había hecho el Juzgado de lo Mercantil y, antes, la administración del concurso y el Fiscal, que esa omisión, prolongada durante todos los ejercicios en los que se mantuvo exigible la garantía, constituía una infracción de los artículos 183 y 200 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas -Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre-, entonces vigente.

Ese resumen de antecedentes debe completarse con la indicación de que, con causa en la mencionada garantía, Rapp Collins KK interpuso, en julio de dos mil cinco, demanda contra Ediciones del Prado, SA, ante un Tribunal japonés, el cual, en marzo de dos mil siete, dictó sentencia con la condena de la entonces demandada a pagar a la acreedora demandante setecientos setenta y seis mil setecientos treinta y dos yenes y los intereses correspondientes.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, según se dijo, calificó el concurso de Ediciones del Prado, SA como culpable en aplicación del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, y señaló a D. Pedro Luis como persona afectada por la calificación, interpuso este último recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Pedro Luis.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal, denuncia el recurrente, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 217, apartado 2, y 281, mismo apartado, de la propia Ley.

Responde este motivo a que el Tribunal de apelación calificó el contrato que, en el año dos mil uno, celebraron Ediciones del Prado, SA y Rapp Collin KK como fuente de una garantía personal y, por ello, declaró que ésta debía haber quedado reflejada en el balance y la memoria de la primera, en todos los ejercicios durante los que estuvo vigente.

I. Alega D. Pedro Luis en este motivo que la afirmación de la irregularidad contable relevante que contenía la sentencia de segunda instancia, suponía una labor previa de calificación de la existencia de la garantía. Añade que, por voluntad expresa de quienes celebraron el contrato, éste debía ser interpretado, calificado y ejecutado de conformidad con las leyes japonesas, cuyo contenido y vigencia debían haber sido probados en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que, por su parte, presentó en momento oportuno el informe de un abogado de aquella nacionalidad, contrario a la validez de una garantía que, como la litigiosa, carecía de límites cuantitativos y temporales; y que no se practicó otra prueba sobre el referido tema.

Concluye el recurrente afirmando que ese conjunto de circunstancias debía haber impedido al Tribunal de apelación declarar probados el contenido y la vigencia de aquel ordenamiento extranjero, al efecto de calificar el contrato como fuente de una garantía y de subsumir ésta bajo las normas de los artículos 183 y 200 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas,

para afirmar la existencia de una irregularidad contable, supuesto de hecho al que el artículo 164, apartado 2, ordinal primero de la Ley 22/2003, de 9 de julio, vinculaba la presunción iuris et de iure de culpabilidad del concurso.

II. Establece el artículo 281, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en términos similares a como lo hacía el derogado apartado 6 del artículo 12 del Código Civil- que el derecho extranjero debe ser probado en su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación -sobre ello, sentencias 887/1996, de 15 de noviembre, 16/1999, de 25 de enero, 551/2000, de 5 de junio, y 722/2009, de 23 de marzo de 2010, entre otras-.

Sin embargo, no tiene en cuenta el recurrente que, al específico fin de determinar si Ediciones del Prado, SA debía haber incluido en sus balance y memoria la obligación de satisfacer el crédito de Rapp Collins KK, en el caso de que no lo hiciera la deudora principal, Del Prado Japan, Co Ltd -por exigirlo, para todas "las garantías comprometidas con terceros", los artículos 183 y 200 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas- la calificación del contrato celebrado por las dos primeras sociedades mencionadas debía efectuarse de acuerdo, no con la Ley japonesa, sino con la española, a la que correspondía establecer los criterios por los que se había de regir la información contable a fin de ofrecer una imagen veraz y objetiva sobre la situación financiera y patrimonial de la luego declarada en concurso.

Es, por otro lado, evidente que, según el ordenamiento español, garantiza quien se obliga a cumplir para el caso de que un deudor principal no realice la prestación que prometió a la acreedora.

Y si, conforme al derecho español, no hay duda de que Ediciones del Prado, SA se había constituido en garante de su filial, la calificación del contrato celebrado entre aquella y la acreedora de ésta debería ser la misma si tuviera que efectuarse conforme al derecho japonés, ya que no hay que olvidar que el órgano judicial de esta nacionalidad condenó a Ediciones del Prado, SA, en aplicación de su propio ordenamiento, a cumplir por Del Prado Japan Co Ltd. lo que ésta debía a Rapp Collins KK.

Por lo tanto, el motivo debe ser desestimado, sin necesidad de entrar en la cuestión de la carga de la prueba, a que se refiere el también invocado artículo 217, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - no sólo por lo que ha quedado expuesto sobre las normas rectoras de la calificación, sino, también, porque la Audiencia Provincial declaró probados el contenido y vigencia del derecho japonés a los fines de calificación y a la vista del contenido de la sentencia de condena de que se hizo mención.

TERCERO.- En el segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, señala D. Pedro Luis como norma infringida la del artículo 24 de la Constitución Española.

Tiene por antecedente este motivo una de las tres causas de declaración del concurso de Ediciones del Prado, SA como culpable, que había afirmado concurrente la administración concursal.

Expuso aquella administración que Ediciones del Prado, SA debía haber dejado sin efecto la garantía constituida en beneficio de la que, en la fecha del contrato, era su filial en Japón -Del prado Japan Co Ltd.-, tan pronto como perdió el control sobre ella al transmitir a terceros la mayoría de las acciones representativas de su capital. Por lo que informó que la garante, al no haberlo hecho, contribuyó a agravar su insolvencia, dando vida al tipo descrito en el apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil denegó calificar el concurso como culpable por esa causa, con el argumento de que, para que pudiera imputarse a Ediciones del Prado, SA el aumento de su insolvencia por tal omisión, hubiera sido necesario demostrar que la garantía, regida por el derecho japonés, podía ser dejada sin efecto por la unilateral decisión de quien la había prestado, lo que no se había llegado a probar en el proceso, en contra de lo que exigía el artículo 281, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

I. Afirma el recurrente en este motivo que constituye una arbitrariedad, lesiva de su derecho a obtener la efectiva tutela judicial, considerar no probado el derecho japonés en orden a entender si pudo o no dejar sin efecto la garantía mediante una denuncia unilateral y lo contrario en orden a calificar el contrato como fuente de una modalidad de fianza.

En realidad, pretende con tal argumentación que prevalezca la primera conclusión sobre la segunda, para que se niegue -por la afirmada falta de demostración del contenido y vigencia del derecho japonés- que Ediciones del Prado, SA afianzó a Del Prado Japan, Co Ltd. frente a Rapp Collins KK, y, al fin, que hubiera cometido irregularidad alguna por no reflejar en sus cuentas la subsidiaria deuda, inexistente.

II. Como se expuso, la calificación de la obligación asumida por Ediciones del Prado, SA frente a Rapp Collins KK, a los efectos de determinar la necesidad de su reflejo en las cuentas anuales de la primera, debía efectuarse de conformidad con el derecho español, según el que eran aplicables a su régimen contable los artículos 183 y 200 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas.

Basta con ello para desestimar el motivo, que, en último caso, estaría igualmente destinado al fracaso, pues en él se presenta el derecho japonés como una realidad monolítica, sin tener en cuenta que puede haberse demostrado que, según un determinado ordenamiento extranjero, un contrato es de garantía y no que, en él, la obligación del garante pueda quedar extinguida por la denuncia unilateral del fiador.

En resumen, no hay contradicción alguna y, menos, que justifique el éxito del motivo, que, por lo expuesto, debe ser desestimado.

CUARTO.- En el motivo tercero denuncia D. Pedro Luis la infracción de las normas del apartado 2 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución Española -con apoyo respectivo en los ordinales segundo y cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la primera Ley citada-.

Responde este motivo a que el recurrente alegó en la segunda instancia que, al no haber quedado reflejada en sus cuentas la garantía litigiosa, había incurrido en un simple error, no en una irregularidad contable, propiamente dicha, dado que había actuado sin intención alguna de ocultar el dato.

Dicho planteamiento fue rechazado por el Tribunal de apelación con el argumento de que a los administradores sociales se les supone una formación profesional que impide entender, a la luz de las máximas de experiencia comunes, que el recurrente no conoció -y, por tal, no quiso silenciar en la contabilidad- una garantía constituida a favor de una sociedad filial, la cual podía tener -y tuvo- graves consecuencias sobre el pasivo de la garante.

I. Con ese antecedente, afirma el recurrente que, ante la falta de prueba de la concurrencia del mencionado elemento intencional, el Tribunal de apelación, aplicando desviadamente el principio de normalidad, había infringido las reglas de la carga de la prueba, con la consecuencia de dejarle indefenso en el momento de determinar las consecuencias de la falta de demostración de un dato de hecho esencial para la calificación del concurso de Ediciones del Prado, SA.

II. Es cierto que la argumentación con la que el Tribunal de apelación dio respuesta al planteamiento del recurrente contiene referencias a las reglas sobre la carga de la prueba, pero en modo alguno impiden entender que lo que, realmente, hizo dicho Tribunal fue valorar, a la luz de la sana crítica, los medios practicados en el proceso, para concluir afirmando que “tal omisión fue consciente y voluntaria, lo que queda además confirmado por el hecho de que, según se afirma en la sentencia apelada como base para la absolución de los demás miembros del consejo de administración (...), el firmante de la garantía, D. Pedro Luis, ocultó la prestación de dicha garantía a los demás miembros del consejo (...)”.

Además de que esa explicación demuestra lo forzado de la referencia en el motivo a las normas sobre la carga de la prueba, la intención de ocultar el dato contable carece de la trascendencia que en el motivo se le atribuye al fin de poder afirmar la irregularidad contable y de entender cumplido el supuesto del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003.

Nos remitimos a lo que, sobre todo ello, diremos cuando examinemos los motivos del recurso de casación, referidos a esta misma cuestión desde una perspectiva sustantiva.

QUINTO.- En el motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal afirma D. Pedro Luis producida la violación de la presunción de su inocencia y, al fin, de la norma del apartado 2 del artículo 24 de la Constitución Española.

I. Afirma el recurrente que el Tribunal de apelación había aplicado una norma, como la del artículo 164, apartado 2, de la Ley 22/2003, que tipifica infracciones a las que se aplican sanciones -las previstas en el artículo 172 de la misma Ley-, sin apoyo en un acervo probatorio suficiente -en términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2004, de 22 de abril- sobre la concurrencia del elemento intencional, que había negado él en la instancia y que considera necesario para que pueda atribuírsele una irregularidad relevante en la contabilidad de la sociedad que administraba.

II. La presunción de inocencia -cuya limitada operatividad en el ámbito civil ha sido destacada, entre otras, en nuestras sentencias 643/2002, de 28 de junio, 700/2004, de 7 de julio, 1083/2004, de 16 de noviembre, 709/2005, de 22 de septiembre, 870/2006, de 21 de septiembre, 989/2006, de 10 de octubre, y 551/2010, de 20 de diciembre- viene a significar que la carga de la prueba pesa sobre el acusador, razón por la que opera como una presunción "iuris tantum" - así lo recuerda la sentencia 808/2006, de 28 de julio-, de modo que admite prueba en contrario, la cual se ha de valorar según las reglas que son propias del proceso civil.

A la luz de toda esa doctrina el motivo debe ser desestimado, pues, además de que se proyecta sobre un componente doloso de la omisión que no es necesario para dar vida al tipo del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003 -como luego se expondrá-, no hay que olvidar que el Tribunal de apelación, tras valorar razonablemente los medios de prueba practicados en el proceso -y, en particular, el comportamiento del ahora recurrente respecto de los otros dos miembros del consejo de administración- declaró concurrente la intencionalidad de la omisión contable, como se dijo al examinar el motivo anterior.

SEXTO.- En el quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la norma que D. Pedro Luis señala como infringida es la del artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se refiere el motivo a que el Tribunal de apelación, tras destacar la relevancia que tenía el que en las cuentas anuales de Ediciones del Prado, SA no figurase la existencia de la garantía tantas veces repetida, añadió que, en los ejercicios posteriores al correspondiente al año de constitución de la misma, a la irregularidad determinante de la calificación se sumó “la ausencia en el balance de una dotación de provisión para responsabilidades probables procedentes de obligaciones pendientes de cuantía indeterminada”.

I. Con ese antecedente afirma el recurrente que la referencia a la ausencia de provisiones en las cuentas anuales, durante los ejercicios posteriores al de constitución de la obligación subsidiaria -de grado distinto y posterior a la de la deudora principal- y a la probabilidad de que su exigibilidad pudiera suponer - como finalmente supuso con la condena impuesta por un órgano judicial japonés- una disminución de los recursos de la empresa, constituía un cambio de la causa petendi, en el sentido de fundamento fáctico de la acción, que se dice modificado por el Tribunal de apelación sin apoyo alguno en datos introducidos oportunamente en el proceso, en detrimento de sus derechos de defensa.

II. Rechaza el artículo 218, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el Tribunal se pueda separar de la causa de pedir para atender a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hubieran querido hacer valer. Por ello, como declaró la sentencia 19/2011, de 11 de febrero, es incongruente aquella cuya parte dispositiva se apoye en hechos relevantes o fundamentales no introducidos válidamente en el proceso por las partes en apoyo de su acción o excepción en sentido propio, de conformidad con la regla “iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientiam” -sentencia 1329/2007, de 14 de diciembre-.

Ello sentado, es cierto que la concursada y sus administradores organizaron su defensa frente a la acusación de la administración concursal de que no hicieron figurar en las cuentas anuales la existencia de una garantía comprometida con un tercero, referida, además, a una sociedad del propio grupo -mientras lo fue la afianzada- y que no pudieron defenderse, porque nadie lo sostuvo, de la imputación de no haber efectuado provisiones que hubieran permitido reaccionar ante las consecuencias futuras de la temida reclamación de la acreedora.

Sin embargo, el Tribunal de apelación no basó la calificación del concurso en la falta de tales provisiones, sino en la misma omisión que había sido denunciada en el informe de la administración concursal.

Lo realmente sucedido es que dicho Tribunal, tras afirmar que “(e)n el periodo anterior a la formulación de la reclamación por parte de Rapp Collins, la irregularidad contable consistió exclusivamente en el no reflejo en la memoria de la prestación de la garantía... (y) en el periodo posterior (...) en la persistencia de la ausencia de reflejo (...)”, añadió que a tal irregularidad se adicionaba “(...) la ausencia en el balance de una dotación de provisión para responsabilidades probables procedentes de obligaciones pendientes (...)”, pero dejando expresa constancia de que ésta no significaba que aquella hubiera “perdido trascendencia”.

En conclusión, no incurrió la sentencia recurrida en el vicio que se denuncia en el motivo, pues, calificando el concurso con apoyo en los mismos hechos relevantes que fueron oportunamente aportados al proceso, el Tribunal de apelación se limitó a utilizar un argumento de refuerzo del que podemos prescindir sin que la calificación sufra modificación alguna.

SÉPTIMO.- En el sexto y último de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia D. Pedro Luis, con apoyo en los ordinales segundo y cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas de los artículos 218, apartado 2, de la misma Ley y 24 de la Constitución Española.

Responde este motivo a que la Audiencia Provincial, al enjuiciar la relevancia de la irregularidad contable, quitó trascendencia al hecho de que en los informes de auditoría no se hubiera hecho mención alguna a ella, afirmando que ese silencio pudo deberse a que la constitución de la garantía “fue ocultada al auditor”, a que éste no lograra descubrir la existencia del contrato o a que hubiera sido “extremadamente benévolo con la sociedad auditada al emitir el informe de auditoría”.

I. Entiende el recurrente que la afirmación del Tribunal de apelación de que, en concreto, ocultó al auditor la existencia de la garantía, carecía de apoyo alguno

en la prueba practicada en el proceso y constituía ejemplo de arbitrariedad en la fijación de los hechos relevantes.

II. El motivo carece del necesario fundamento, por lo que no debería haber sido admitido. Se basa en una de las distintas posibilidades que la Audiencia Provincial tomó en consideración para explicar la escasa significación del dato esgrimido por el ahora recurrente para negar la relevancia de la irregularidad.

Por otro lado, ningún exceso cabe advertir en el criticado enjuiciamiento, cuando el mismo partió de un hecho que no ha sido discutido, cual es el consistente en que el recurrente ocultó la garantía a los otros miembros del consejo de administración de Ediciones del Prado, SA.

El motivo se desestima.

Recurso de casación de D. Pedro Luis.

OCTAVO.- En los tres motivos de su recurso de casación denuncia D. Pedro Luis la infracción del mismo artículo de la Ley 22/2003, de 9 de julio: el 164, apartado 2, ordinal primero, a cuyo tenor el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara.

No obstante, pese a la identidad de la norma que se dice infringida, en cada uno de los motivos se refiere el recurrente a un distinto aspecto del supuesto de hecho descrito en aquella como determinante de la calificación.

En el motivo primero sostiene que, en técnica contable, una cosa es el error y otra distinta la irregularidad, pues, para la existencia de aquel, a diferencia de lo que sucede para la de éste, no es precisa la intención de ocultar el dato.

Con tal argumentación, negando la intencionalidad, rechaza la irregularidad y, al fin, la calificación del concurso de Ediciones del Prado, SA como culpable.

En el motivo segundo afirma que el Tribunal de apelación, al referir la irregularidad a las cuentas de distintos ejercicios anuales y no sólo a las correspondientes al año en que celebró el contrato de garantía, había interpretado incorrectamente la norma del artículo 164, apartado 2, primer ordinal.

Señala que en la sentencia recurrida se había atribuido un efecto expansivo, en el tiempo, a la irregularidad -lo que había privado de fundamento a su alegación en la segunda instancia de que la Ley 22/2003 no podía aplicarse para enjuiciar conductas anteriores a su entrada en vigor-.

En el motivo tercero alega que la irregularidad que se le atribuía no merecía ser calificada como relevante. Conclusión a la que llega por razón de venir obligada a formular cuentas anuales consolidadas, como titular de la mayoría de acciones de Del Prado Japan Co Ltd. y figurar en la contabilidad de ésta la deuda a favor de Rapp Collins KK; por la ausencia de mención alguna a la garantía en el informe de los auditores; por el contenido del informe de la administración concursal; y por el comportamiento poco beligerante de los acreedores ante la calificación del concurso.

NOVENO.- Precisamos en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre, que la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable y que, conforme al segundo, previsto en el apartado 2 del artículo 164, la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, “ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma” (...), de modo que “la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia”, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos “de simple actividad”. Y en la sentencia de 614/2011, de 17 de noviembre, que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164 - apartados 1 y 2-, “sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1”.

Hay que añadir a ello que, por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad.

Por otro lado, dando respuesta al segundo de los motivos, aunque las cuentas anuales están referidas a momentos y periodos de tiempo distintos, la regla de uniformidad que garantiza la razonable continuidad de los registros contables, imponía dar información bastante en ellas de la vigencia de una garantía comprometida con tercero en un ejercicio anterior, tanto más si era probable - como el tiempo se encargó de demostrar- que se podía traducir en el cumplimiento efectivo de una obligación.

Por último, en el motivo tercero de su recurso de casación, D. Pedro Luis niega la corrección del juicio de relevancia, importancia o significación aplicado por el Tribunal de apelación a la irregularidad. Pero lo hace atendiendo a criterios distintos del que tomó en consideración el legislador, que exigió la necesidad de que la irregularidad fuera relevante para comprender la "situación patrimonial o financiera" de la sociedad concursada.

Lo que la Audiencia Provincial declaró probado, en términos que, en su proyección fáctica, han de ser respetados en casación.

DÉCIMO.- Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo del recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Pedro Luis, contra la sentencia dictada, con fecha diecisiete de abril de dos mil nueve, por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid.

Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo del recurrente.

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 Ríos.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz 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.