

En la Villa de Madrid, a trece de septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el nueve de marzo de dos mil nueve, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Uno de San Sebastián. Ante esta compareció en concepto de parte recurrente el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social. No compareció la parte recurrida, pero ha sido parte, también, el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza de calificación del concurso de Sohercon, SA, tramitado, con el número 311/06, por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián, la administración concursal, en su preceptivo informe, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, en la contabilidad de la concursada, había detectado irregularidades relevantes que disimulaban el estado de insolvencia y dificultaban la comprensión de su situación patrimonial y financiera. Que, además, había inexactitudes graves en uno de los documentos fundamentales que había acompañado a la solicitud de concurso, como son los balances de la deudora. Que también había incurrido la concursada en retraso en la solicitud del concurso.

Que, en definitiva, el concurso debía ser calificado como culpable por las causas previstas en el artículo 164, apartado 2, ordinales 1º y 2º, y 165, ordinal 1º, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Que como consecuencia de esa calificación, procedía identificar como personas afectadas por ella a los administradores D. Miguel y D. Gabriel, los cuales debían ser condenados al pago del déficit concursal.

Las actuaciones se trasladaron al Fiscal, que en su dictamen expresó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, su coincidencia con los planteamientos de la administración concursal.

Alegando su condición de acreedora con interés legítimo, Tesorería General de la Seguridad Social, se personó en las actuaciones y alegó que el concurso debía ser calificado como culpable, por irregularidades contables que dificultaban la comprensión de la situación financiera de la deudora y por retraso en la solicitud del concurso. Añadió que eran personas afectadas, los dos administradores de la concursada y que los mismos debían ser condenados al pago del déficit concursal.

La sociedad concursada mostró su oposición a la calificación de su concurso como culpable, relatando aquellas circunstancias que no habían sido tomadas en cuenta en los anteriores informes: el cambio de la persona encargada de la contabilidad, que explicaba ciertos errores objetivamente excusables; la

depresión padecida por D. Gabriel, uno de los administradores; los intentos de salvar la empresa, que justificaban el retraso en la presentación de la solicitud.

En el suplico del escrito de oposición, la representación procesal de la sociedad concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián dictara una sentencia *“calificando el concurso como fortuito”*.

SEGUNDO.- Por providencia de diez de junio de dos mil ocho, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián convocó a las partes al juicio verbal, que se celebró el veintidós de julio de dos mil ocho, y dictó sentencia con fecha tres de septiembre de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva:

*“Fallamos: Se califica como culpable el concurso de acreedores promovido por Sohercon, SA. La calificación de culpable afecta a D. Miguel y D. Gabriel. Se inhabilita a D. Miguel y D. Gabriel para administrar los bienes ajenos durante un periodo de cuatro años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. Se decreta la pérdida de D. Miguel y D. Gabriel respecto de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa. Se decreta la responsabilidad solidaria de D. Miguel y D. Gabriel respecto de los créditos asumidos por Sohercon, SA desde el uno de enero de dos mil cinco y hasta la fecha de la declaración de concurso que no hayan podido hacerse efectivos en la liquidación del concurso. No se hace pronunciamiento en costas”*.

TERCERO.- Tesorería General de la Seguridad Social recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián de tres de septiembre de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en la que se turnaron a la Sección Segunda de la misma, que tramitó el recurso con el número 2012/09, y dictó sentencia con fecha nueve de marzo de dos mil nueve y la siguientes parte dispositiva:

*“Fallamos. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el tres de septiembre de dos mil ocho por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Donostia-San Sebastián en autos número 185/08, confirmando la misma, sin que proceda efectuar pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada”*.

CUARTO.- Tesorería General de la Seguridad Social preparó e interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de nueve de marzo de dos mil nueve.

Dicho Tribunal de apelación, por providencia de nueve de junio de dos mil nueve, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de cuatro de mayo de dos mil diez, decidió:

*“Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada, el nueve de marzo de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Segunda), en el rollo número 2012/2009, dimanante del incidente concursal número 185/2008, del Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián”.*

QUINTO.- El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de nueve de marzo de dos mil nueve, se compone de un único motivo, en el que la recurrente, con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinales tercero y cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia:

Único.- La infracción de los artículos 168, apartados 1 y 2, 184 y 193, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, así como del artículo 24 de la Constitución Española.

SEXTO.- El recurso de casación interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de nueve de marzo de dos mil nueve, se compone de un único motivo, en el que la recurrente, con apoyo en el artículo 477, apartados 2, ordinal tercero, y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia:

Único.- La infracción de los artículos 168, apartados 1 y 2, 170, apartado 3, 172, apartado 4, y 193 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, 10 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido al respecto, la parte recurrente no ha comparecido, presentando escrito el Ministerio Fiscal en el que interesa se case la sentencia recurrida.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el doce de abril de dos mil doce, por la Sala se acuerda someter el conocimiento del mismo al Pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose para ello el dieciséis de julio de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Breve resumen de antecedentes.

La sentencia de apelación negó a Tesorería General de la Seguridad Social - que, como acreedora de Sohercom, SA, se había personado, durante la tramitación de la primera instancia, en la sección sexta del concurso de dicha sociedad- legitimación para recurrir la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que -de conformidad con lo pretendido por la administración concursal y el Fiscal-, había calificado dicho concurso como culpable, identificado como

personas afectadas por la calificación a los administradores de la concursada y condenado a los mismos a cubrir el déficit concursal, si bien sólo el generado por las deudas que hubieran nacido a partir de determinada fecha.

Cuando la Audiencia Provincial dictó su sentencia estaba en vigor el artículo 168, apartado 1, de la Ley 22/2003, en su redacción originaria -a cuyo tenor, en determinado plazo, *“cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*- y no en la posteriormente reformada por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo - conforme a la que el acreedor o la persona que acredite interés legítimo podrá, además de personarse, *“ser parte en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*-.

Basó su decisión el Tribunal de apelación en la primera redacción del artículo 168, además de en el sentido de la norma del apartado 1 del 170 de la misma Ley -según la que *“si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno”*-.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso Tesorería General de la Seguridad Social recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal de Tesorería General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Enunciado y fundamentos del único motivo.

Tesorería General de la Seguridad Social denuncia -con apoyo en las normas de los ordinales tercero y cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- la infracción del artículo 168, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en relación, con los artículos 184 y 193, apartado 2, de la misma Ley, así como la del artículo 24 de la Constitución Española.

Alega que de ese conjunto de normas de la Ley 22/2003, no dándose el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 170 de la misma, resultaba su legitimación para recurrir en apelación uno de los pronunciamientos complementarios de la calificación del concurso de su deudora como culpable - el relativo a las deudas incluidas en el déficit concursal a cargo de los administradores-, dado que su interés legítimo era evidente.

Añade que negarle legitimación para apelar, habiendo sido admitida por el Juzgado de lo Mercantil la personación en el incidente, lesionaba su derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Razones que determinan la estimación del motivo.

La redacción dada al artículo 168, apartado 1, de la Ley 22/2003, por el Real Decreto Ley 3/2009, no era la aplicable al litigio, por la fecha en que entró en

vigor y lo establecido en el ordinal cuarto de la disposición transitoria octava del mismo texto.

Sin embargo, ello no significa que la interpretación dada por el Tribunal de apelación a la norma del artículo 168, en su primitiva redacción, fuera la correcta, teniendo en cuenta que estaba en cuestión un derecho fundamental - Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2012, de 13 de febrero, y las que en ella se citan-.

Procede en consecuencia anular la sentencia recurrida y, sin necesidad de entrar en el examen del recurso de casación, devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, reconociendo legitimación para apelar a Tesorería General de la Seguridad Social, de respuesta al recurso de apelación interpuesto por la misma.

CUARTO.- Régimen de las costas.

No procede pronunciar condena en costas del recurso que estimamos.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en fecha nueve de marzo de dos mil nueve, la cual anulamos y, en su lugar, mandamos devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, reconociendo legitimación a dicha entidad, se pronuncie sobre el recurso de apelación interpuesto por la misma contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián.

No procede formular pronunciamiento sobre las costas del recurso que estimamos.

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.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- 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.