

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015

Sala de lo Civil

Rec. n.º 473/2013

SUMARIO:

Concurso. Calificación. Culpable. El régimen de responsabilidad de los administradores sociales. Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal, no es suficiente que el concurso haya sido calificado como culpable y que los bienes hayan sido insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad concursada, dado que no se trata de un régimen «automático» de responsabilidad, sino que es precisa una justificación añadida. La responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 LC y la responsabilidad societaria del art. 367 TRLSC participan de una misma naturaleza en tanto que no constituyen una responsabilidad resarcitoria, por daño, sino una responsabilidad por deuda ajena, naturaleza que no queda oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo. La reforma legal por el Real Decreto-ley 4/2014 y la Ley 17/2014 no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), art. 367.

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 164, 165.1, 172.3 y 172 bis.

PONENTE:

Don Rafael Saraza Jimena.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

Sentencia N°: 772/2014

Fecha Sentencia : 12/01/2015

CASACIÓN

Recurso N° : 473/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 15/12/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls Escrito por : MRP

Concurso de acreedores. Sección de calificación. Concurso culpable. Responsabilidad por déficit co transitorio: falta de efecto retroactivo del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por no tener cará

CASACIÓN Num.: 473/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 15/12/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena



www.civil-mercantil.com

D. Sebastián Sastre Papiol
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Xavier O' Callaghan Muñoz
D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación núm. 473/2013, interpuesto por D. Saturnino , representado ante esta Sala por el procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén y asistido por el letrado D. Iván Algás Martín, contra la sentencia núm. 241/2012, de 15 de junio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , dimanante del incidente concursal 383/2010, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de la misma localidad, en el concurso núm. 270/2009. Han sido recurridas las entidades "Jotún Ibérica, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Emilio Martínez Benítez y asistida por el letrado D. Albert Tortosa; "Pinturas Antonio Bello, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, bajo la dirección letrada de D.ª M.ª del Carmen Fernández Sánchez, así como la administración concursal de la misma. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

Primero.

A petición del deudor, "Pinturas Bello, S.A.", el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, dictó auto de 20 de octubre de 2009 , con la siguiente parte dispositiva: «[...]Se declara finalizada la fase común del presente procedimiento concursal del deudor Pinturas Antonio Bello S.A. Se abre la fase de liquidación. Fórmese la sección quinta que se encabezará con testimonio de esta resolución.

» Queden en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado, con los efectos establecidos en el Título III de la LC.

» Se declara disuelta la sociedad concursada y se ordena el cese en el ejercicio de su cargo de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal.

» Publíquese esta resolución en el tablón de anuncios de este Juzgado.

» Dentro del plazo de ocho días a contar desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará un plan de realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley.

» Fórmese la sección sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso, y en el que se incorporarán testimonios de la solicitud del concurso y de la documentación presentada por el deudor. Hágase constar en el edicto que dentro de los cinco días siguientes a la última publicación, cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo, podrá personarse en dicha sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.



www.civil-mercantil.com

» Requiérase a la administración concursal para que emita dictamen, cuantificando su importe, sobre la retribución definitiva de la fase común y de la que corresponda para las fases sucesivas.»

Segundo.

El procurador de la mercantil "Jotún Ibérica, S.A." solicitó: «[...] se acuerde calificar el concurso de la sociedad Pinturas Bello, S.A., como culpable.»

La administración concursal presentó el dictamen de calificación requerido y solicitó al Juzgado: «[...] se sirva dictar sentencia de calificación, en virtud de la cual se declare el concurso de Pinturas Antonio Bello, S.A. de concurso culpable, por concurrir las conductas descritas en el artículo 164 de la Ley Concursal en la generación y agravación de la insolvencia de la concursada, todo ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 169.1 de la Ley Concursal , con la siguiente propuesta de resolución:

- » A) Que se declare el presente concurso como culpable.
- » B) Que se declare al administrador, D. Saturnino , persona afectada por la calificación, con domicilio en AVENIDA000 NUM000 , NUM001 NUM001 de Badalona.
- » C) Que se declare la inhabilitación de D. Saturnino , como persona afectada por la calificación para administrar bienes ajenos por un periodo mínimo de dos (2) años y un máximo de cinco (5), dada la entidad económica del concurso, así como la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal frente a Pinturas Antonio Bello, S.A.
- » D) Que, dado que la sección de calificación ha sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se condene a D. Saturnino a pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa del concurso, de acuerdo con la rendición de cuentas que, al término de la referida liquidación, presente al Juzgado esta administración concursal, teniendo en cuenta que su actuación ha supuesto unos daños y perjuicios directos a los acreedores por importe de 1.217.693,83 euros derivados de la no presentación en plazo de la solicitud de concurso voluntario de acreedores.»

Tercero.

Del contenido de la sección sexta se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien informó: «[...] procede efectivamente la calificación del concurso como culpable, de conformidad con los arts. 164.1 y 165.1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio , debiéndose acordar, de conformidad con el art. 172.2.1 º, 2 º y 3º de esta Ley la determinación de la persona del administrador, Saturnino , como afectado por dicha calificación, su inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona por un periodo de dos años, la pérdida de cualquier derecho, presente o futuro, que tenga o pudiera tener a su favor como acreedor concursal o de la masa, así como el pago de la cantidad de 1.217.693,83 euros, (diferencia entre el déficit patrimonial en la fecha de declaración del concurso el 16 de abril de 2009, de 1.430.347,14 euros, y la posición patrimonial de la concursada el 31 de diciembre de 2006, de 212.653,31 euros), importe de los perjuicios ocasionados, si no puede ser satisfecho con la liquidación de la concursada.»



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

La procuradora de la mercantil "Pinturas Antonio Bello, S.A.", D^a Carlota Pascuet Soler, formuló oposición a la calificación propuesta tanto por el acreedor "Jotun Ibérica, S.A." como por el Ministerio Fiscal y suplicó al Juzgado: «[...] acuerde:

» 1. El sobreseimiento del presente incidente de calificación a la vista del carácter insubsanable del defecto alegado en el modo de proponer la demanda.

» 2. Y para el caso que este Juzgado no estime lo anterior, se tenga por planteada oposición por parte de mi representada a la calificación propuesta por Jotun Ibérica, S.A. y el Ministerio Fiscal para, en su día, previos los trámites legales oportunos, dictar sentencia desestimando la propuesta de culpabilidad".»

Asimismo, la Sra. Pascuet, presentó escrito de oposición a la calificación propuesta por el acreedor, la administración concursal y el Ministerio Fiscal y solicitó al Juzgado: «[...] acuerde:

» 1. Se tenga por planteada oposición por parte de mi representada a la calificación propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en cuanto a la condena de D. Saturnino a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa del concurso, teniendo en cuenta que no se ha probado nexo causal entre el incumplimiento de presentar el concurso en el plazo que señala la LC y la agravación del estado de insolvencia.»

Quinto.

Tras seguirse los trámites oportunos, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, dictó la sentencia núm. 35/2011 de 8 de febrero, cuyo fallo disponía: «Que debía acordar y acordaba:

» 1º) Calificar como culpable el concurso de Pinturas Antonio Bello, S.A.

» 2º) Determinar como persona afectada por tal calificación a D. Saturnino.

» 3º) Privar a Don Saturnino de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.

» 4º) Inhabilitar a Don Saturnino para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años.

» 5º) Condenar a Don Saturnino a que pague a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no queden cubiertos por la liquidación de la masa activa, hasta el límite de 1.217.693,83 euros.

» 6º) Condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales.»

Tramitación en segunda instancia

Sexto.

La representación procesal de los demandantes apeló la sentencia dictada en primera instancia y suplicó: «[...] acuerde la remisión de los autos a la superioridad correspondiente, para que seguido el recurso por sus trámites, en su día se dicte resolución estimando el mismo



www.civil-mercantil.com

en su integridad [el presente recurso, se efectúen], revocando la Sentencia en el sentido indicado en el cuerpo de este escrito, por lo que se acuerde:

1º Se absuelva a Don Saturnino a que pague a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no queden cubiertos por la liquidación de la masa activa, hasta el límite de 1.217.693,83 euros.

2º Acumulativamente a la petición anterior se absuelva a esta parte al pago de las costas procesales.»

Séptimo.

El administrador concursal se opuso al recurso de apelación y suplicó la ratificación de la sentencia recurrida. El procurador de "Jotún Ibérica, S.A." solicitó la desestimación íntegra del mismo, con expresa imposición de costas a la recurrente.

Octavo.

La resolución del recurso de apelación a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. 38/2012 , y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 241/2012, de 15 de junio , con el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Pinturas Antonio Bello, S.A. y Saturnino contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 8 de febrero de 2011, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

Noveno.

La procuradora de D. Saturnino interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, que fundamentó en el motivo que a continuación se transcribe: «Motivo único de casación.- Se interpone recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por vulneración del art. 172.3 de la Ley Concursal aplicable a la litis razione temporis. Existe interés casacional ex art. 477.3 LEC , al vulnerar la sentencia impugnada la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 172.3 Ley Concursal .»

Décimo.

La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas las mismas, se dictó auto de 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva disponía: «La Sala acuerda:

» 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Saturnino , contra la sentencia dictada, en fecha 15 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 38/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal nº383/2010, en el concurso 270/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona.

» 2.- Y, de conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC 2000 , entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos, a



www.civil-mercantil.com

la partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

Undécimo.

El procurador de "Jotún Ibérica, S.A." se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplicó a la Sala: «[...] dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso interpuesto de contrario, condenándole al pago de las costas causadas.»

El Ministerio Fiscal presentó escrito, que concluyó como sigue: «[...] En última instancia, el Fiscal se opone al recurso y cree que hay un método de cuantificación del déficit concursal, que da 1.217.693,83 euros, con los ajustes que ha hecho el administrador concursal, pues si no sería de 879.827,95 euros, pero creemos que es uno de los métodos posibles para cuantificar el déficit concursal, por lo que el Fiscal interesa la desestimación del recurso.»

Duodécimo.

Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

Decimotercero.

Se designó ponente al Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol y se acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo, señalándose el día 23 de octubre de 2014 para que éstos tuvieran lugar.

Decimocuarto.

Se acordó suspender el anterior señalamiento y someter el conocimiento del recurso al conocimiento del pleno, señalándose de nuevo la votación y fallo del mismo para el 15 de diciembre de 2014.

Decimoquinto.

Al disentir el magistrado ponente del voto de la mayoría y, por ello, manifestar su intención de emitir voto particular, se decidió asignar la ponencia al Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes

1.- En el concurso de la entidad "Pinturas Antonio Bello, S.A." (en lo sucesivo, Pinturas Antonio Bello) se abrió la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso.



www.civil-mercantil.com

Tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron que se calificara el concurso como culpable, se declarara al administrador D. Saturnino como persona afectada por la calificación, se acordara su inhabilitación por un periodo entre dos y cinco años, y se le condenara a cubrir el déficit concursal en la cantidad de 1.217.693,83 euros. Tanto la concursada como su administrador se opusieron a estas peticiones.

2.- Seguidos los trámites de la sección de calificación, el Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que calificó el concurso como culpable porque había existido una demora de más de dos años en la solicitud de la declaración de concurso pues a finales de 2006 Pinturas Antonio Bello se encontraba en situación de insolvencia, dado que durante el segundo semestre de ese año incumplió de forma generalizada las obligaciones de pago de sus obligaciones tributarias y de las cuotas de la Seguridad Social. Esta demora de más de dos años en la solicitud de concurso y el rápido y progresivo incremento del pasivo en ese periodo determinaría la responsabilidad del administrador de la sociedad concursada, pues no había sido desvirtuada la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1 de la Ley Concursal. Consideró el juzgado que concurría el nexo causal entre el retraso en solicitar la declaración de concurso y la agravación de la insolvencia, dado el deterioro patrimonial de la empresa durante ese periodo. Y condenó al administrador a la privación de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, a inhabilitación por dos años y a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no quedaran cubiertos por la liquidación de la masa activa hasta el límite de 1.217.693,83 euros.

3.- La sentencia del Juzgado Mercantil fue apelada por la concursada y su administrador social, que solicitaron su revocación con base en los siguientes argumentos, sintetizados por la Audiencia Provincial en su sentencia:

« i) La insolvencia no se produjo cuando afirma el administrador concursal, esto es, más de dos años antes de la solicitud del concurso, ya que no es cierto que fuera durante el año 2006 cuando se produjera el sobreseimiento general en los pagos. No se ha acreditado que el sobreseimiento fuera generalizado por el hecho de que se dejara de pagar a algunos acreedores.

» ii) No se ha acreditado que la insolvencia se generara o se agravara como consecuencia de la solicitud del concurso.

» iii) No se ha acreditado que exista una conducta dolosa o culposa imputable al administrador que haya determinado o agravado la insolvencia.

» iv) No existe prueba de la cuantía del agravamiento de la insolvencia. La forma a través de la cual se ha computado el déficit patrimonial resulta inadmisibles ».

4.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Respecto del momento en que se produjo la insolvencia, consideró que no era necesario que se probase el sobreseimiento general en los pagos, y que habiéndose dejado de pagar las obligaciones tributarias y de Seguridad Social exigibles desde mediados de 2006, ello constituía un indicio cualificado de insolvencia que no había sido enervado mediante la prueba de que en la fecha de esos impagos no existía la incapacidad de atender de forma regular las obligaciones exigibles. Existiría por tanto insolvencia con una antelación de al menos dos meses antes de finalizar el ejercicio 2006, que se cerró con fuertes pérdidas, lo que requirió que el administrador aportara patrimonio personal a la sociedad para permitir la continuación de su actividad. Según la Audiencia, esto acreditaría que no se venía pagando con recursos generados por la sociedad en el desarrollo de su actividad.



www.civil-mercantil.com

En relación a los presupuestos de la responsabilidad por déficit concursal, la Audiencia consideró que la jurisprudencia ha configurado esa responsabilidad como una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado por la sociedad, para cuya aplicación el juez debe valorar los criterios normativos incluidos en la norma con fundamento en la cual la culpabilidad se ha declarado. Si para declarar culpable el concurso es preciso que la demora en la solicitud sea relevante desde la perspectiva de la generación o el agravamiento de la insolvencia, la entidad en que se haya traducido tal agravación debe ser factor determinante para hacer la imputación de responsabilidad por el déficit generado.

Para la Audiencia, se trata de una responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados sino plurales y abiertos, y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso, razón por la cual se deja al juez que en cada caso precise el alcance de la cobertura del déficit de que se responsabiliza al administrador o liquidador social. Para fijar ese alcance hay que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso.

La norma del art. 172.3 (posteriormente, 172 bis) de la Ley Concursal no sería estrictamente resarcitoria, sino de distribución o atribución del riesgo de insolvencia, que dejaría de pesar sobre los acreedores para recaer sobre el administrador social cuando incurre en las conductas que permiten considerar el concurso como culpable, siendo por tanto de la misma naturaleza que la responsabilidad del art. 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

La conexión legal de imputación objetiva entre la conducta determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales puede romperse mediante la constatación de hechos justificativos de la actuación que se ha seguido en cada caso, que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo o incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales, lo que es tanto como afirmar el uso ponderado y razonable de la norma sobre responsabilidad.

Es exigible que la demora no resulte irrelevante desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, pero es quien pretenda lo contrario quien debe acreditar que la generación o agravamiento no son imputables al hecho determinante de la declaración de culpabilidad, pues tanto el dolo o culpa grave como su incidencia causal en el agravamiento de la insolvencia quedan amparados por la presunción legal del art. 165.1 de la Ley Concursal.

Por último, y en cuanto a la cuantificación del déficit, reconoce la Audiencia Provincial que la cifra de 1.217.693,83 no responde estrictamente a pérdidas acumuladas durante el periodo de demora sino que incluyen correcciones por hechos contables tales como la amortización y la provisión por morosidad, pero considera que para que sea fiable el resultado de la comparación de las dos "radiografías" de la situación patrimonial de la concursada (la correspondiente al momento en que debió solicitar la declaración de concurso y la correspondiente al momento en que el concurso fue solicitado) hay que seguir un criterio fiable, que no es otro que el que ofrecen los criterios de contabilidad al uso.

5.- D. Saturnino ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en un solo motivo, que ha sido admitido a trámite.

Segundo. Formulación del recurso

1.- El único motivo del recurso lleva el siguiente título: « Se interpone recurso de casación al amparo de lo dispuesto en art. 477.1 de la LEC, por vulneración del art. 172.3 de la



www.civil-mercantil.com

Ley Concursal aplicable a la litis razione temporis. Existe interés casacional ex art. 477.3 LEC , al vulnerar la sentencia impugnada la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 172.3 LC ... ».

2.- Los razonamientos en los que el recurrente basa la impugnación de la infracción legal alegada son, resumidamente, que según la reciente jurisprudencia, para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal, identificar a los administradores obligados y la parte de deuda a que aquella alcanza, es necesario que el órgano judicial valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores. Sin embargo, la sentencia impugnada aplica la condena con un automatismo total, llegando a asimilar el art. 172.3 de la Ley Concursal con el art. 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Los elementos subjetivos y objetivos que habrían quedado sin valorar son los siguientes: (i) el administrador aportó patrimonio personal a la sociedad para permitir la continuación de la sociedad, lo que no se tuvo en cuenta para cuantificar la condena; (ii) la concursada solicitó aplazamientos de pago ante la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, con la finalidad de atender a pagos más apremiantes que permitieran la continuación de la actividad empresarial, por lo que es irrazonable computar como fecha inicial, a efectos de comparar los fondos propios, la de enero de 2007 en consideración a que en esa fecha se adeudaban cuotas a la Agencia Tributaria; (iii) la sentencia prescinde de que las dotaciones por provisiones y amortizaciones en ningún caso determinan un incremento del déficit concursal real, no siendo imputable al administrador la pérdida de valor de sus activos por obsolescencia natural; (iv) también prescinde la sentencia de valorar los elevadísimos impagos de clientes, extremo ajeno a la actuación y voluntad del administrador; (v) y los ajustes en la plantilla laboral que dieron lugar a sentencias que fijaron indemnizaciones elevadísimas, imprevisibles.

El recurrente alega que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha tomado en cuenta estas circunstancias ni ninguna otra, por lo que incurre en un automatismo injustificado, derivado de la equiparación del régimen del art. 172.3 de la Ley Concursal con el del art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas .

Tercero. Decisión de la Sala. El régimen de responsabilidad del art.172.3 de la Ley Concursal

1.- Como cuestión previa, el recurrente incurre en dos planteamientos incompatibles con las exigencias del recurso de casación.

En primer lugar, incurre en el defecto de la petición de principio o de hacer supuesto de la cuestión, al erigir la denuncia casacional sobre presupuestos distintos de los establecidos en la sentencia impugnada. El recurrente no combate adecuadamente la base sobre la que se asienta la sentencia, pues no se ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal en que se haya denunciado incongruencia omisiva por haber dejado de tratar cuestiones planteadas en el recurso de apelación (y de la lectura del apartado 2 de la sentencia de la Audiencia Provincial, que resume acertadamente el recurso de apelación, se observa que la mayoría de las cuestiones planteadas en casación no lo fueron en apelación) o error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba. Por ello, no puede modificarse la base sobre la que se asienta la sentencia de la Audiencia Provincial.

En segundo lugar, está vedado plantear en casación, "per saltum", cuestiones no planteadas adecuadamente en el recurso de apelación, pues el recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al



www.civil-mercantil.com

resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación.

Así, en cuanto a los aplazamientos solicitados a la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, la referencia puntual que a los mismos se hace en el recurso de apelación lo fue a los efectos de impugnar la fecha en que se había producido la insolvencia, pero no como elemento relevante para decidir sobre la responsabilidad concursal del administrador, cuestión que ahora se plantea "ex novo". Y la referencia también puntual que el recurso de apelación hace a las indemnizaciones por despidos no contiene ninguna referencia a su carácter excesivo o imprevisible, como ahora se pretende.

Como consecuencia de lo expuesto, no procede siquiera entrar a considerar cuestiones tales como los aplazamientos de pago que se dicen solicitados a la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, los impagos de clientes que se califican de "elevadísimos", o las "imprevisibles" indemnizaciones por los ajustes en la plantilla laboral, pues constituyen cuestiones ajenas a las fijadas en la sentencia de la Audiencia Provincial como base sobre la que resolver el litigio, y el recurrente las plantea en casación con carácter novedoso como elementos objetivos que debieron tomarse en consideración, en relación a los criterios normativos de la causa de culpabilidad aplicada, para excluir o limitar la responsabilidad concursal del administrador social.

Por otra parte, y a efectos de agotar el razonamiento, si la situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada le impedía cumplir regularmente con sus obligaciones, la solicitud de aplazamiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social que permitiera a la sociedad seguir funcionando y contrayendo obligaciones, cuando la situación patrimonial se estaba deteriorando de un modo tan evidente y persistió durante más de dos años, mostrando que la empresa era incapaz de generar recursos para afrontar las deudas, solo redundaba en un aumento del déficit patrimonial que de forma tan considerable se produjo durante ese largo periodo de demora, por lo que no podía ser un elemento objetivo para excluir o aminorar la responsabilidad del administrador conforme al criterio normativo expresado en el art. 165.1 de la Ley Concursal.

En cuanto a los impagos de clientes, estos son un elemento usual en el tráfico mercantil y, como se ha dicho, la Audiencia no ha fijado como base fáctica para resolver el recurso la existencia de impagos que tuvieran una proporción excesiva y una naturaleza imprevisible. Otro tanto ocurre con las indemnizaciones que los Juzgados de lo Social fijaron al resolver sobre las demandas por despido de trabajadores de la sociedad deudora.

2.- El planteamiento general del recurso radica en que la Audiencia Provincial ha realizado una aplicación "automática" de la responsabilidad por déficit concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, en la redacción vigente cuando se inició la sección de calificación, pues no ha valorado, conforme a criterios normativos, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador.

Es correcta la mención que se hace en el recurso a la jurisprudencia de esta Sala. Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal, la Sala ha declarado que no es suficiente que el concurso haya sido calificado como culpable y que los bienes hayan sido insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad concursada, dado que no se trata de un régimen "automático" de responsabilidad, sino que es precisa esa "justificación añadida" a que hace referencia el recurrente.

Pero, en contra de lo afirmado en el recurso de casación, la sentencia de la Audiencia Provincial realiza esa valoración, puesto que, en el plano subjetivo, determina que el único administrador de la sociedad, y por tanto la persona responsable de la conducta consistente en



www.civil-mercantil.com

no haber solicitado la declaración de concurso, era el hoy recurrente. Y en el plano objetivo, valora la gravedad de la conducta teniendo en cuenta los criterios normativos de la causa de calificación del concurso como culpable, que consisten en la relevancia que para la generación o agravamiento de la insolvencia haya tenido la demora en la solicitud de la declaración de concurso.

La causa de culpabilidad aplicada por la sentencia fue la del art. 165.1 de la Ley Concursal, esto es, el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, puesto debió ser solicitada a más tardar el 1 de enero de 2007 y sin embargo lo fue en abril de 2009, esto es, con más de dos años de retraso.

Y durante ese periodo, hubo un agravamiento de la insolvencia y un incremento muy importante del déficit patrimonial como consecuencia de la continuación de la actividad mercantil de la sociedad ahora en concurso, incremento que fue fijado en la cantidad de 1.217.693,83 euros.

Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

3.- La sentencia de la Audiencia no hace por tanto una aplicación automática de la responsabilidad del administrador por el déficit concursal, como si de aplicar el art. 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se tratara. Lo que afirma es que la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal y la responsabilidad societaria del art. 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital participan de una misma naturaleza en tanto que no constituyen una responsabilidad resarcitoria, por daño, sino una responsabilidad por deuda ajena. Al hacerlo así, la Audiencia no se aparta de la jurisprudencia de la Sala, puesto que las sentencias núm. 501/2012, de 16 de julio, 669/2012, de 14 noviembre, y 74/2013, de 28 de febrero, afirmaron que la responsabilidad prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, naturaleza que no queda oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo.

Pero, a diferencia del régimen "automático" del art. 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Audiencia no se limita a constatar que se trata del concurso de una persona jurídica, que la persona a la que se exige la responsabilidad reúne la condición de administrador de hecho o de derecho o liquidador dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, que el concurso ha sido calificado como culpable, que se ha abierto la fase de liquidación y que existe déficit concursal. También ha valorado los elementos subjetivos y objetivos relevantes para apreciar la gravedad de la conducta y la entidad de la participación en tal conducta del administrador, desde el punto de vista del criterio normativo a que responde la causa por la que el concurso ha sido calificado como culpable, y con base en esta valoración ha confirmado la condena al administrador social a cubrir en parte el déficit concursal, concretamente hasta el importe de la cantidad en que aumentó el desbalance patrimonial entre el momento en que la declaración de concurso debió haber sido solicitada, y el momento en que efectivamente lo fue, pues esta había sido la condena realizada por el



www.civil-mercantil.com

Juzgado Mercantil que había sido recurrida exclusivamente por el administrador social y la concursada.

La consecuencia de lo expuesto es que la sentencia recurrida no infringe el art. 172.3 de la Ley Concursal en la interpretación del mismo que ha hecho la jurisprudencia de esta Sala pues no ha realizado una aplicación automática de la responsabilidad concursal sino que ha hecho la valoración de elementos objetivos y subjetivos en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia.

4.- La aportación de patrimonio personal del administrador a la sociedad en el periodo a que se contrae la demora en la solicitud de concurso, que según el recurrente es uno de los elementos que debió tenerse en cuenta para reducir o aminorar la responsabilidad concursal del administrador, no puede tener la eficacia que se pretende. Al no haberse hecho desaparecer la situación que determinó la obligación de solicitar la declaración de concurso, una aportación patrimonial puntual del administrador a la sociedad que solo sirve para cubrir los gastos indispensables para que esta siga activa en el tráfico mercantil y siga contrayendo obligaciones y aumentando el déficit patrimonial, no es un elemento objetivo que conforme al criterio normativo expresado en el art. 165.1 de la Ley Concursal, aminore la responsabilidad del administrador social, pues solo ha servido para que continúe funcionando en el tráfico mercantil una sociedad que debió ser declarada en concurso, agravando su insolvencia y aumentando su déficit patrimonial, como lo demuestran los hechos constatados por la Audiencia.

5.- Tampoco puede aceptarse la impugnación que cuestiona que el déficit patrimonial generado tras el momento en que debió solicitarse la declaración de concurso haya sido fijado conforme a criterios contables. Las reglas contables son las que el ordenamiento jurídico considera adecuadas para fijar la situación patrimonial y financiera de una empresa, por lo que no puede prescindirse de ellas para cuantificar el déficit patrimonial de la sociedad concursada.

Al haber demorado durante más de dos años la solicitud de declaración de concurso, los activos de la sociedad se han depreciado por el deterioro y la obsolescencia propios del paso del tiempo, y se han producido una serie de impagos por parte de sus deudores. Tales elementos inciden en la cuantificación del déficit patrimonial generado por esa demora y por tanto han de ser tomados en consideración, utilizando los criterios establecidos en las normas contables para fijar su importe.

Por otra parte, que se haya tomado el 1 de enero de 2007 como fecha inicial del periodo en que se concreta la demora relevante en la solicitud de declaración de concurso y, por tanto, en la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial, no se debe a que en esa fecha se adeudaran determinadas cuotas a la Agencia Tributaria, sino a que en esa fecha debió haberse solicitado la declaración de concurso por haber transcurrido más de dos meses desde que la sociedad deudora no podía cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, cuestión esta última que no ha sido adecuadamente combatida.

Cuarto. Trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo

1.- El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el art. 172.3, sino el art. 172.bis de la Ley Concursal.

Con dicha modificación, la redacción del art. 172.bis.1 es la siguiente:



www.civil-mercantil.com

« Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia » (en negrita el inciso final añadido por las normas del año 2014 citadas, relevante para la cuestión que se examina).

2.- Dicha modificación no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, como es el caso objeto del recurso, por varias razones.

La primera es que, como ya declararon las sentencias núm. 56/2011, de 23 de febrero, y 669/2012, de 14 de noviembre, la norma que regula la responsabilidad concursal no es una norma sancionadora por lo que no son aplicables las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables. No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales.

La segunda razón es que ni siquiera puede considerarse que la reforma legal tenga la retroactividad que esta Sala ha atribuido a lo que ha denominado como "normas interpretativas o aclaratorias" (sentencias núm. 725/2009 de 18 de noviembre, 469/2010, de 27 de julio, y las en ellas citadas). El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta "ex lege" de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada en alguna de las sentencias de esta Sala entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.

Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia), la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al



www.civil-mercantil.com

administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal « en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia ».

Como se ha indicado anteriormente, este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva.

3.- Por otra parte, el Juzgado Mercantil, que había adoptado el criterio de la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad concursal, también dictó una sentencia condenatoria del administrador social en la que le imponía la cobertura del déficit concursal en la cantidad en la que se había incrementado el déficit patrimonial de la sociedad concursada durante la demora en solicitar la declaración de concurso, porque consideró que concurría el nexo causal entre la conducta antijurídica del administrador social y el agravamiento de la insolvencia de la sociedad. Por ello, la solución habría sido la misma con el nuevo régimen legal.

Quinto. Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1. - Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Saturnino contra la sentencia núm. 241/2012, de 15 de junio, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá JimenaSebastián Sastre Papiol Eduardo Baena RuizXavier O' Callaghan Muñoz José Luis Calvo Cabello



www.civil-mercantil.com

VOTO CONCURRENTE que formulan el EXCMO. SR. D. IGNACIO SANCHO GARGALLO y el EXCMO. SR. D. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL a la Sentencia de Pleno núm.772/2014, de 12 de enero (recurso núm. 473/2013).

1. Nuestra disidencia no afecta a la decisión, pues entendemos que procede la desestimación del recurso de casación, sino a su fundamentación, y en concreto a la interpretación del originario art. 172.3 LC y del posterior art. 172 bis LC , en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sobre todo tras la modificación sufrida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo.

2. En el voto particular de la Sentencia 298/2012, de 21 de mayo, ya se expusieron las razones por las que la justificación o ratio iuris de la responsabilidad por déficit prevista en aquellos preceptos (el originario art. 172.3 LC y el posterior art. 172 bis LC) radica en la contribución, de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos. El déficit, que impide puedan ser pagados todos los créditos, es el resultado de la insolvencia. Es lógico que quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, respondan de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.

Como apunta aquél voto particular, esta interpretación es más acorde con la institución de derecho comparado en que se inspiró, la denominada " action en comblement de passif "), que actualmente se regula en el art. L651-2 del Código de Comercio francés. Para el caso en que la liquidación concursal de un deudor persona jurídica ponga en evidencia la insuficiencia del activo, este precepto del ordenamiento francés prevé que el juez puede condenar a los administradores o directores legales o de hecho a soportar todo o parte del déficit, aunque supeditado a que hayan contribuido a dicha insuficiencia de activo (en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif) .

3. A nuestro juicio, esta interpretación queda ratificada con la reforma del art. 172 bis LC , introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo. Con la mención a que la condena " a la cobertura, total o parcial, del déficit " lo será " en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia ", ya no existe duda de que la reseñada responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta o conductas tuvieron sobre la generación o la agravación de la insolvencia. De tal forma que la reforma viene a explicitar lo que estaba implícito, y por ello a ilustrar cómo debía ser interpretada aquella normativa anterior, y sin que con ello se pretenda una aplicación retroactiva del nuevo precepto.

El déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos, lo que está en consonancia con la naturaleza de la responsabilidad preconizada en las primeras sentencias de esta Sala (Sentencias 56/2011, de 23 de febrero , y 615/2011, de 12 de septiembre), y que fue mantenida en otras posteriores, aunque entraran en contradicción lógica con la determinación de los elementos configuradores de esta responsabilidad, al no apreciar que la "justificación añadida" guardaba relación con la incidencia que la conducta había tenido en la generación o



www.civil-mercantil.com

agravación de la insolvencia (Sentencias 644/2011, de 6 de octubre; 614/2011, de 17 de noviembre; 142/2012, de 21 de marzo; 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo).

En cualquier caso, bajo la nueva regulación, que aclara la anterior, cabe extraer dos consecuencias lógicas que afectan al concreto enjuiciamiento:

i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales (y ahora a los socios que se hayan negado sin causa justificada a la capitalización de créditos), a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no ha contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia.

ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación.

4. En supuestos como el presente, en que se ha justificado la calificación culpable del concurso del deudor persona jurídica porque en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o los apoderados generales (art. 164.1 LC), aunque sea apoyándose en la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1º LC , la responsabilidad ex art. 172 bis LC de quienes hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación no deja de ser una prolongación del primer juicio de calificación culpable, y está en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la agravación o generación de la insolvencia.

5. De acuerdo con lo anterior, participamos del parecer de la mayoría respecto de la desestimación del recurso porque, en este caso concreto, la responsabilidad por el déficit vino motivada por la agravación de la insolvencia que provocó el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1º LC , en relación con el art. 164.1 LC), sin perjuicio de que en la sentencia de instancia se contengan razonamientos, irrelevantes para la identificación de la regla jurídica aplicada, sobre una equiparación entre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por déficit del art. 172 bis LC y la responsabilidad prevista en el art. 367 LC . Al margen de que esta equiparación nos parezca errónea, por las razones expuestas en el voto particular a la Sentencia 669/2012, de 14 de noviembre , en la práctica la justificación de la responsabilidad por la cobertura del déficit radicó en el agravamiento de la insolvencia provocado por el retraso en la declaración de concurso (más de dos años), que era imputable a los administradores de la sociedad, sobre los que recaía el deber de instar el concurso conforme al art. 3 LC , y, además, la cuantía de la condena se fijó en la suma en que, según se acreditó en la instancia, se había agravado la insolvencia.

6. De este modo, nuestro voto es concurrente porque, pareciéndonos bien el resultado alcanzado, no estamos de acuerdo con la interpretación legal que se contiene en la sentencia de la mayoría acerca de la interpretación de la responsabilidad por déficit contenida en el originario art. 172.3 LC (así como en el posterior art. 172 bis LC , en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), sobre todo tras la reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, que explicita lo que estaba implícito.

Ignacio Sancho Gargallo Sebastián Sastre Papiol

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia así como el voto particular por el EXCMO. SR. D. Rafael Sarazá Jimena , ponente que ha sido en el trámite de los



www.civil-mercantil.com

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.