



Roj: **ATS 89/2022 - ECLI:ES:TS:2022:89A**

Id Cendoj: **28079110012022200006**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2022**

Nº de Recurso: **3069/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3069/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N.º 1 DE ORENSE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: AVS/RG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3069/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 12 de enero de 2022.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Las representaciones procesales de D. Jesús y D. Leonardo, presentaron, respectivamente, sendos escritos formulando recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia n.º 345/2018, de 31 de octubre de 2018, posteriormente aclarada mediante auto de 9 de abril de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 419/2017, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 451/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense, con competencias en materia mercantil.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación se tuvieron por interpuestos los recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

**TERCERO.-** La procuradora D.ª Gema Martín Hernández presentó escrito ante esta Sala, en nombre y representación de D. Jesús, personándose en calidad de parte recurrente. La procuradora D.ª Lorena Martín Hernández presentó escrito ante esta Sala, en nombre y representación de D. Leonardo, personándose en calidad de parte recurrente. Por su parte, la procuradora D.ª María de la Paz Feijoo-Montenegro Rodríguez presentó escrito ante esta Sala, en nombre y representación de D. Vicente, en su calidad de administrador concursal de Inversiones Deportivas Orensanas S.A., personándose en concepto de parte interesada. Ha sido parte igualmente el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Por providencia de 27 de octubre de 2021 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 29 de noviembre de 2021 se hace constar que las representaciones procesales de las partes recurrentes, así como el Ministerio Fiscal, han presentado alegaciones en relación con las posibles causas de inadmisión.

**SEXTO.-** Las partes recurrentes han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la medida que la sentencia que constituye objeto de los presentes recursos se dictó en un juicio tramitado por las normas del incidente concursal (art. 171.1 LC), el cauce adecuado para acceder a la casación es el contemplado en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, acreditando la existencia de interés casacional.

En cuanto a los recursos extraordinarios por infracción procesal, en tanto no se confiera a los TSJ la competencia para conocer de los mismos, procederá respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477 LEC, debiendo formularse conjuntamente con el de casación al no tratarse de ninguno de los supuestos previstos en los números 1.º -tutela judicial civil de derechos fundamentales- y 2.º -cuantía superior a 600.000 euros- del artículo 477.2 LEC.

Partiendo de estas premisas, el acuerdo de esta sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de fecha 27 de enero de 2017 -al igual que hacía el de 30 de diciembre de 2011-, contempla como causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal -cuando se formula conjuntamente con el recurso de casación- la inadmisión de este último, motivo por el que procede analizar y resolver en primer lugar la procedencia de los recursos de casación, y en caso de admitirse pasar a analizar los motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús se formula por vía adecuada y se compone de seis motivos:

El primero se encabeza: "Vulneración 164,2.4.º en relación con el 172,1, ambos de la LC, por no concurrir la causa contenida en el 164,2, 4.º para calificar el concurso como culpable y por infringir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha causa: inexistencia de alzamiento de bienes, no hay acto clandestino, no hay mala fe, negocio jurídico lícito, existencia de unas obras, pago de las mismas; existencia de unas deudas con la TGSS y pago de las mismas." Invoca las STS n.º 174/2014, de 27 de marzo y STS n.º 185/2015, de 10 de abril. Tras poner de manifiesto que la sentencia recurrida no hace referencia a esta causa de culpabilidad y sí la de primera instancia, considera que no concurre el requisito de la clandestinidad en el negocio jurídico examinado (pago de deudas de la TGSS y otras disposiciones en efectivo).

El segundo motivo se encabeza: "Vulneración 164,2.5.º en relación con el 172,1, ambos de la LC, por no concurrir la causa contenida en el 16,2,5.º para calificar el concurso como culpable y por infringir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha causa: inexistencia de salida fraudulenta de bienes, no hay mala fe, negocio jurídico lícito, existencia de unas obras, pago de las mismas; existencia de unas deudas con la TGSS y pago de las mismas". Cita las STS n.º 174/2014, de 27 de marzo y STS n.º 185/2015, de 10 de abril.



Tras poner de manifiesto que el enjuiciamiento debe limitarse a las operaciones concluidas en los dos años anteriores a la declaración de concurso, reitera los argumentos expuestos en el motivo anterior.

El tercer motivo se encabeza: "Vulneración 164,1 en relación con el 172,1, ambos de la LC, por no concurrir la causa contenida en el 164,1 para calificar el concurso como culpable y por infringir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha causa: falta de acreditación del agravamiento o generación de la insolvencia y del nexo de causalidad". Cita las STS n.º 644/2011, de 21 de marzo, STS n.º 994/2011, de 16 de enero y STS de 1 de abril de 2014, STS n.º 259/2012, de 20 de abril, STS n.º 298/2012, de 21 de mayo, STS n.º 614/2011, de 17 de noviembre y STS n.º 459/2012, de 19 de julio. Tras poner de manifiesto que esta causa de culpabilidad no fue objeto de estimación por la sentencia dictada en primera instancia, ni posteriormente apelado o impugnado, considera que no ha quedado acreditado ni el nexo causal ni la generación o agravación de la insolvencia.

El motivo cuarto se encabeza: "Vulneración 165,1 en relación con el 172, 1, ambos de la LC, por no concurrir la causa contenida en el 165,1 para calificar el concurso como culpable y por infringir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha causa: falta de acreditación del agravamiento, de la concreción del momento del retraso en la solicitud de concurso, del nexo de causalidad". Cita las STS de 27 de octubre de 2017 y la STS n.º 1 de abril de 2014. Afirma que no ha quedado acreditado el nexo causal entre la conducta y en qué medida este ha generado o agravado la insolvencia.

El motivo quinto se encabeza: "Vulneración 172, 2, 3.º la LC por infringir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la indemnización de daños y perjuicios: falta de determinación del daño, del nexo de causalidad entre el hecho causante y el daño". Cita las STS n.º 501/2012, de 16 de julio y STS n.º 74/2013, de 28 de febrero. Considera que no se identifican los daños y perjuicios que se pudieran haber causado. Añade que la sentencia no dedica una sola mención a acreditar el nexo de causalidad entre el daño causado y el hecho que genera la "generación o agravación" de la insolvencia. Afirma que ni siquiera se concreta cuál es el daño causado.

El motivo sexto se encabeza: "Vulneración del 172 bis 1 de la LC: no se acredita en qué medida las causas de culpabilidad han generado el estado de insolvencia". Cita la STS n.º 650/2016, de 3 de noviembre y el ATS de 10 de abril de 2019. Invoca, además, diversas sentencias en relación al art. 172.3 LC. Considera que la sentencia de primera instancia y la de apelación que la confirma, parten de un error, al aplicar el art. 172.3 LC, en su redacción anterior a la reforma introducida por el Real Decreto-ley núm. 4/2014 de 7 de marzo, RCL\2014\340 y no aplica el art. 172.1 bis LC, vigente al tiempo de la apertura de la sección de calificación. Afirma que no se dan los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente a los efectos de atribuir responsabilidad por déficit.

**TERCERO.-** Por su parte, el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Leonardo se formula por la vía adecuada y se estructura en siete motivos, de los cuales únicamente su motivo sexto es distinto a los formulados por D. Jesús . De este modo, los motivos primero a quinto son idénticos a los formulados por D. Jesús . Además, el motivo séptimo del recurso de D. Leonardo , es idéntico al motivo sexto de D. Jesús . En consecuencia, los recursos serán analizados de forma conjunta.

En cuanto al motivo sexto del recurso de D. Leonardo , se encabeza: "Vulneración del 172, 2, 1.º en relación con el 164, 1 de la LC por infringir la doctrina jurisprudencial del TS sobre las personas afectas a la declaración, en concreto, de los administradores de hecho: falta de la condición de administrador de hecho de D. Leonardo , falta del requisito de la continuidad, condición de administrador de hecho, en todo caso, fuera de los dos años anteriores a la declaración del concurso".

Cita las STS de 4 de diciembre de 2012 y la STS n.º 224/2016, de 8 de abril. Considera que no se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para atribuirle la condición de administrador de hecho. En particular, la existencia de una actuación sistemática y continuada en cuanto tal, con intensidad cualitativa y cuantitativa.

**CUARTO.-** Planteado en los términos expuestos, los recursos de casación interpuestos por D. Leonardo y por D. Jesús deben ser inadmitidos y ello por cuanto, en relación con sus motivos primero, segundo, cuarto y quinto, incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2.4.º LEC), por planteamiento de cuestiones que no afecten la ratio decidendi de la sentencia.

Así, los recurrentes citan como infringido en el encabezamiento del motivo primero, el art. 164.2.4.º LC, al considerar que no concurre la causa de culpabilidad contemplada en tal precepto. Ello, sin embargo, obvia que la resolución recurrida, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas consideradas como acreditadas, no contempla dicha causa de culpabilidad, sino las expresadas en los arts. 164.1 y 164.2.5.º LC. Ello determina que la fundamentación del motivo, se aleje de la ratio decidendi de la resolución recurrida .

Por su parte, en el segundo motivo, los recurrentes afirman infringido el art. 164.2.5.º LC en lo relativo a la retirada de 45.000 euros, cuando, como decimos, la sentencia recurrida incardina este comportamiento dentro de la causa de culpabilidad contemplada en el art. 164.1 LC.



En cuanto al motivo cuarto, se afirma la no concurrencia de la causa contenida en el art. 165.1 LC, sin que se haya acreditado el agravamiento, la concreción del retraso y el neo de causalidad. Ello no tiene en cuenta que la sentencia discutida contempla dicha circunstancia, a mayor abundamiento, sin anudarla a comportamiento alguno de los recurrentes, por lo que no forma parte de su razón de decidir.

Finalmente, en el motivo quinto se afirma por los recurrentes la vulneración del art. 172.2.3.º LC, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios causados, al entender que no se ha acreditado ni el daño, ni el nexo de causalidad entre el daño y el hecho causante. Mas ello soslaya que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre dichos daños y perjuicios, sino sobre la responsabilidad concursal.

En relación con dichas circunstancias, como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 julio, "[...] tiene declarado la Sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan "ratio decidendi" (autos 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos "obiter", a "mayor abundamiento" o "de refuerzo" ( SSTS número 362/2011, de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya " ratio decidendi" ( sentencias 238/2007, de 27 de noviembre; 1348/2007, de 12 de diciembre; 53/2008, de 25 de enero; 58/2008, de 25 de enero; 597/2008, de 20 de junio, entre otras [...]).

Por otro lado, el motivo segundo de ambos recursos incurre, además, en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2.4.º LEC) por alteración de la base fáctica de la sentencia.

Así, los recurrentes afirman que la cantidad de 5.280 euros se corresponde con dos pagos efectuados por el administrador a la Tesorería General de la Seguridad Social, mientras que la sentencia impugnada considera que no se ha justificado debidamente su destino.

Por su parte, el motivo tercero formulado por los recurrentes incurre igualmente en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2.4.º LEC) por alteración de la base fáctica de la sentencia. Así, afirma la recurrente que la sentencia impugnada no justifica la acreditación de la generación o agravación de la insolvencia, además de acreditar el nexo causal, sin que exista en la sentencia impugnada una sola mención sobre el particular.

Ello elude que la sentencia recurrida dedica el fundamento de derecho segundo a exponer la relación de la concursada con la mercantil Inversiones Deportivas, S.A., también condenada, detallando las actuaciones consistentes en la cesión en bloque de todos sus trabajadores, así como el arrendamiento simulado de sus instalaciones deportivas, lo que generó un importante quebrantamiento patrimonial. En palabras de la sentencia (Fundamento de Derecho Segundo):

"[...] Dedicándose ambas mercantiles a la misma actividad deportiva y utilizando las mismas instalaciones, sin embargo, se transfiere su uso a la sociedad concursada mediante un arrendamiento por el que nunca se abonó la renta, ni medió reclamación alguna por parte de su propietaria (Inversiones Deportivas S.A.) dirigida por el consejero delegado de esta última (D. Leonardo ) quien a su vez actuaba como administrador de hecho de la concursada.

Se transfieren en bloque los trabajadores, eludiendo así el pago de los salarios y las consecuencias derivadas de la extinción y liquidación de los contratos de trabajo y de los despidos realizados mediante un ERE Extintivo. Deudas laborales que dieron lugar a diversas reclamaciones de los trabajadores ante los juzgados de lo social, con el consiguiente pronunciamiento de condena por el impago de salarios frente a la sociedad concursada y el consiguiente gravamen para su patrimonio.

Así, la concursada resultó condenada al pago de los salarios de los trabajadores transferidos por Inversiones Deportivas Orensanas S.A., mediante sentencias dictadas en 16 de diciembre a de 2013, 17 de enero 2014, 8 de mayo 2014 y 4 de febrero de 2014 por impago de salarios correspondientes al mes de mayo de 2013 y sucesivos, en cuyas resoluciones judiciales, se dejaba establecido, en un pronunciamiento vinculante, que existía unidad y confusión de dirección y patrimonio entre la mercantil concursada y la sociedad inversiones Deportivas Orensanas S.A., argumentándose, "para evidenciar que entre las tres codemandadas se articula un conglomerado empresarial en los que existe unidad y confusión de dirección y patrimonio, participado por personas coincidentes y en que los trabajadores son formalmente transferidos de uno a otro empresario formal, subyaciendo el mismo sustrato empresarial conformado por sociedades que gestionan y de las que forman parte sustancialmente las mismas personas físicas, de modo que, como fue precedentemente declarado ya respecto de dos de ellas existe a efectos laborales el grupo de empresas que implica la responsabilidad solidaria de todas ellas, de conformidad con jurisprudencia que por conocida excusa de cita concreta". De modo que la inferencia de que la sociedad concursada fue constituida para facilitar que la segunda eludiese sus responsabilidades para con sus acreedores, resulta una inferencia lógica.



Según el informe de la Administración Concursal, la maniobrabilidad de la concursada fue nula desde su constitución prácticamente, y con especial incidencia en los años 2013 y 2014. Hace también constar la A. C. en su análisis, que las pérdidas en el ejercicio 2012, "son 48 veces superiores al ejercicio anterior" y que los gastos ordinarios de la empresa, como nóminas de los trabajadores, seguridad social, suministros e impuestos, hacían inviable la actividad de la concursada desde el instante mismo de su constitución.

Constituye, asimismo, una conducta agravatoria del estado de insolvencia de la concursada, la realización de una conducta concreta por parte del administrador legal de la concursada, como lo fue, la retirada de la cantidad de 45.000 €, a través de la cuenta de socio, durante el ejercicio 2011, sin justificación debida. Ya que la razón alegada, de abonar las obras de acondicionamiento del local, como destino del numerario, no es aceptable, al ser facturadas dos años después de la retirada de fondos, en el año 2013, y por la empresa constructora Elite Gyun S.L., perteneciente al grupo "Gervaesport" administrada también por el administrador de hecho de la concursada, D. Leonardo, dueño de las instalaciones deportivas, en cuyo beneficio repercutían, tanto las obras, como el numerario, por lo que no cabe sino calificarlo como un acto dispositivo en perjuicio de la concursada, plenamente incardinable en el artículo 164.1 LC [...]."

Es por ello que el recurso parte de premisas fácticas falsas, incurriendo en el vicio de inadmisión de petición de principio.

En consecuencia, los recursos en estos dos motivos señalados, se apartan de la base fáctica que contempla la sentencia recurrida y debe recordarse la doctrina de esta sala, representada en la STS n.º 484/2018, de 11 de septiembre, que explica la razón por la que la alteración de la base fáctica determina la inadmisión del recurso:

"[...] Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión [...])."

Finalmente, tanto el motivo sexto del recurso de casación interpuesto por D. Jesús, como el motivo séptimo del recurso de casación de D. Leonardo, al ser idénticos, incurren en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento por inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º LEC), al ajustarse la resolución combatida a la doctrina de la sala, si se respetan los hechos probados y la ratio decidendi [razón de decidir].

En relación a la interpretación del art. 172 bis LC, tras la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, hemos dicho en nuestra STS 279/2019, de 22 de mayo:

"[...] Esta reforma, en lo que ahora interesa, modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el art. 172 bis LC, al especificar en su apartado 1 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". Así lo interpretamos en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, al resaltar su naturaleza resarcitoria: "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 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".

En esta sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, entendimos que el nuevo régimen de responsabilidad sólo es aplicable a los casos en que la sección de calificación haya sido abierta después de la entrada en vigor del RDL 4/2014, de 7 de marzo, como ocurre en el presente caso. Por esta razón, hasta ahora no habíamos tenido oportunidad de pronunciarnos sobre su correcta interpretación y aplicación.

**3.** De este modo, bajo el actual art. 172 bis.1 LC, aplicable al caso, la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas, que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron 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 han 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 el presente caso, existe una sola conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso: irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado ( art. 164.2.1.º LC), al haberse incluido en el balance del ejercicio 2012 unos créditos por "deudores varios" por un importe de 1.606.000 euros, que en el balance de situación del año siguiente (2013) quedaron reducidos a 440.000 euros, sin que conste justificación de estos créditos.

Tiene razón el tribunal de instancia cuando razona que esta irregularidad en la contabilidad es relevante para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, pues muestra una solvencia de la que carece. Por esta razón estaba justificada la inculparción de la conducta en el tipo previsto en el art. 164.2.1.º LC, cuya concurrencia conlleva en todo caso la calificación culpable del concurso. Es cierto que para esta calificación culpable resulta irrelevante la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia.

Lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Como hemos visto, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las reseñadas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit.

Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el art. 164.2 LC, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado; para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia.

Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación.

Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del art. 164.2 LC, las que guardan relación con la ausencia o falseo de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insistimos, no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia [...].

En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, como hemos señalado, tras la revisión conjunta de la prueba practicada y haberse pronunciado sobre las distintas conductas que en el caso han conducido a la declaración de culpabilidad del concurso, dedica su fundamento de derecho segundo a exponer las razones por las que considera que dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, estableciéndose la responsabilidad concursal en atención a dicha circunstancia. Es por ello que no cabe entender vulnerado dicho precepto.

**QUINTO.-** Por su parte, el motivo sexto del recurso de casación interpuesto por D. Leonardo , incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional ( art. 483.2.3.º LEC) por ajustarse a la doctrina jurisprudencial (por no oponerse a la doctrina de la Sala), si se respetan los hechos probados y la ratio decidendi [razón de decidir].

En relación con la figura del administrador de hecho, tenemos dicho en nuestra STS n.º 224/2016, de 8 de abril, que:

"[...] 1.- La única definición que existe en nuestro Derecho positivo sobre la figura del administrador de hecho se recoge, a efectos de extensión de la responsabilidad societaria, en el art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual:

"tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad".

Aunque dicho precepto no sea de aplicación directa al caso, nos puede servir de orientación para delimitar los perfiles de esta figura.



2.- La sentencia de esta Sala núm. 421/2015, de 22 de julio, con remisión a la sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, resume la jurisprudencia en la materia, al decir:

"Esta Sala ha declarado que lo son [administradores de hecho] "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" ( sentencias 261/2007, de 14 de marzo; 55/2008, de 8 de febrero; 79/2009, de 4 de febrero; 240/2009, de 14 de abril; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general".

Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad [...]."

La sentencia recurrida, sin desconocer la anterior doctrina, la aplica, concluyendo, tras la apreciación conjunta de la prueba (Fundamento de Derecho Tercero) que:

"[...] D. Leonardo , actuando como administrador de hecho, como resulta del conjunto de la prueba practicada. El cual continuó en la gestión del mismo negocio, que antes desarrollaba la empresa "Inversiones Deportivas S.A." (de la que era consejero delegado, en las mismas instalaciones deportivas) luego formalmente explotada por la concursada, utilizando las mismas y dedicada a la misma actividad. Tal como ya determinaron las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social antes citadas "subyaciendo el mismo sustrato empresarial conformado por sociedades que gestionan las mismas personas físicas". Adoptando, dicho codemandado, en la empresa concursada, decisiones empresariales relevantes, tales como, la adquisición de material deportivo (bicicletas Spinning) dando órdenes expresas sobre la forma de facturarla, tal como se acredita mediante el documento obrante al f. 80 de los autos, en el que se hace constar, expresamente, que la asesoría seguía las instrucciones sobre la contabilidad, proporcionadas por dicho codemandado "siguiendo el guión marcado por este último". Mediante una confusa operación en la que la sociedad concursada, Fitness Orense S.L." emitía un presupuesto, y la sociedad "Gervaspor S.L." era la compradora, mientras que la transferencia se realizaba a favor de Sinkcan Internacional por la concursada, diseñada por dicho administrador de hecho. Por lo que, en este aspecto, también debe mantenerse la valoración probatoria realizada por la sentencia apelada [...]."

En consecuencia, no cabe afirmar vulnerada la doctrina jurisprudencial expuesta, al ser correctamente aplicada teniendo en cuenta las circunstancias fácticas declaradas como probadas.

**SEXTO.-** La inadmisión de los recursos de casación interpuestos por ambas partes, determina igualmente que deban inadmitirse los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos, ya que la viabilidad de estos últimos recursos está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, de la LEC.

**SÉPTIMO.-** Consecuentemente, y a pesar de las alegaciones efectuadas por las recurrentes en el trámite de audiencia previa a esta resolución, que no desvirtúan los anteriores argumentos, procede declarar inadmisibles los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado los arts. 473.3 y 483.5 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.

**OCTAVO.-** La inadmisión de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

**NOVENO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión contemplado en los arts. 483.3 y 473.2 LEC, y no habiendo efectuado alegaciones ante esta Sala la parte recurrida, no procede pronunciamiento sobre costas.

## PARTE DISPOSITIVA



**LA SALA ACUERDA:**

1.º) Inadmitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Leonardo , de un lado, y la de D. Jesús , de otro, contra la sentencia n.º 345/2018, de 31 de octubre de 2018, posteriormente aclarada mediante auto de 9 de abril de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 419/2017, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 451/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense, con competencias en materia mercantil.

2.º) Declarar firme dicha sentencia, con pérdida de los depósitos constituidos.

3.º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ