



Por el Ministerio Fiscal se emitió dictamen, interesando la declaración de culpabilidad y haciendo propios los pedimentos de condena de la administración concursal.

Por Providencia se advirtió a la administración concursal de la imposibilidad de imponer a los pretendidos cómplices la condena a la cobertura del déficit, a fin de que, en su caso, desistiera de su imputación como tales, por inane el eventual pronunciamiento mero declarativo. Por la administración concursal y, seguidamente, por el Ministerio Fiscal, se desistió de los cómplices, quedando limitado el reproche al administrador único.

Acto seguido se emplazó a la concursada y a la persona afectada por la calificación al objeto de que formularan oposición, dejando ambos precluir el plazo y siendo declarado el administrador único en situación procesal de rebeldía.

No interesada la celebración de juicio, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Informe de calificación.*

El informe de calificación de la administración concursal funda la calificación del concurso en varios motivos, a saber:

- 1.- Cláusula general del art. 164.1 LC (vigente al tiempo de los hechos);
- 2.- Inexactitud grave en el inventario (art. 164.2.2º).
- 3.- Incumplimiento del deber de solicitar el concurso en plazo (art. 165.2).
- 4.- Incumplimiento del deber de colaboración (art. 164.2.2º).
- 5.- Alzamiento de bienes (art. 164.2.4º).
- 6.- Salida fraudulenta de bienes (art. 164.2.5º).

El Ministerio Fiscal restringe la culpabilidad a las dos últimas causas, así como a la cláusula general del art. 164.1, si bien no por las conductas subsumidas en ella por la administración concursal, sino por los mismos actos de expolio del art. 164.2.4º y 5º.

En la redacción de la presente sentencia vamos a seguir la numeración de la Ley Concursal, por ser la vigente al tiempo de su tramitación. A mayores, en la expresión de las causas alegadas no existen cambios -más allá de la ubicación- en el TRLC.

SEGUNDO.- *La cláusula general.*

La regulación de las causas de calificación de un concurso como culpable en la Ley Concursal se hace de forma escalonada, de manera que cabe distinguir:

1º) La cláusula general del artículo 164.1, que exige la valoración de la conducta del concursado (del administrador en el caso de sociedades), como dolosa o gravemente culposa y la determinación de una relación de causalidad entre la misma y la generación o agravación de la insolvencia;

2º) Las conductas previstas en el artículo 164.2, las cuales, por su gravedad, son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando, por tanto, con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de las mismas y sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad.

y 3º) Las presunciones *iuris tantum* del artículo 165, que suponen comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la culpabilidad del concurso.

El escalonamiento, con todo, es imperfecto, pues el primer estadio es, a la vez, cláusula de cierre y elemento vertebrador de la insolvencia culpable; esto es, opera sólo en defecto de una presunción de culpabilidad pero, al tiempo, contiene los elementos definitorios de la culpabilidad concursal, que vienen a reproducir el esquema típico de una responsabilidad aquiliana:

a.- Una acción u omisión del deudor o de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, tanto actuales como pretéritos, mas con un límite temporal, los dos años previos a la declaración de concurso;



- b.- Un elemento subjetivo, concretado en el carácter doloso o gravemente culposo de la acción u omisión inicial;
- c.- La producción de un resultado, que se concreta en la generación o agravación de un estado de insolvencia;
- d.- Finalmente, una relación de causalidad entre la acción u omisión y la causación de daño, expresada en la fórmula "hubiera mediado".

En el caso de autos el informe de la administración concursal es tan genérico que impide su apreciación. Se alude a una inadecuada estructura de la empresa, con una carga laboral muy elevada y unos costes fijos muy superiores al sector, lo que restaba competitividad a las ofertas de adjudicación de contratos a las que la empresa optaba.

La motivación es excesivamente genérica. No se dice cuál era el grado en que la empresa estaba sobredimensionada, ni se incluye una comparativa con otras empresas del sector; tampoco se nos ilustra de cuáles eran esos costes fijos, ni de forma individual ni comparada (siquiera por medias del sector). Y de admitir que había personal excedente, debería valorarse el coste indemnizatorio de su despido, que podía ser superior al ahorro pretendido o, en todo caso, inasumible para la liquidez de la compañía. Ante la falta de más datos, no podemos apreciar la causa que se nos invoca.

TERCERO.- *Inexactitud grave.*

A continuación sanciona la Ley la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o el acompañamiento o presentación de documentos falsos (art. 164.2.2°).

La STS de 3 de noviembre de 2016 concluye que:

a. «*[L]a inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación*».

b. «*La falta de aportación de algunos documentos con la solicitud de concurso no integra la causa de culpabilidad del concurso consistente en la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso (...) porque no puede haberse cometido inexactitud en la confección de documentos inexistentes o, al menos, no aportados con la solicitud de concurso ni durante la tramitación del mismo*».

c. «*Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art. 164.2.1° de la Ley Concursal (...) [U]n mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el 164.2.1° de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2 .° (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo*».

d. «*Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio*».

e. «*[E]l juez del concurso no necesita hacer un enjuiciamiento añadido, destinado a determinar si la comisión de tal inexactitud en la presentación de esos documentos constituye un comportamiento merecedor de reproche a título de culpa grave o dolo en la presentación de tales documentos. La previsión legal contenida en el 164.2.2° de la Ley Concursal, al establecer que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en esa documentación, ya ha realizado la valoración de tal conducta como merecedora de tal reproche*».

A fundar el incumplimiento y su gravedad la administración concursal dedica apenas unas líneas, exactamente las mismas que dedica al concurso de la filial SODES FABRICACIÓN S.A. (sentencia de esta misma fecha), afirmando que el inventario acompañado a la solicitud de concurso "es incompleto porque únicamente identifica el inmovilizado material de la empresa. Omite el resto de bienes y derechos integrantes



del activo." Para acto seguido añadir que "la relación de deudores es muy numerosa y existen otros activos que no han sido recogidos en el inventario presentado con la solicitud". Con semejante descripción es obvio que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales, pues no podemos valorar ni la gravedad de la omisión (ni individual ni por comparación con el inventario definitivo) ni su trascendencia informativa, ni sería admisible que fuera el juez del concurso quien supliera la falta de argumentación fáctica acudiendo al informe de la administración concursal para completar su relato.

CUARTO.- Del incumplimiento del deber de solicitar el concurso.

El art. 165.1.1º LC presume culpable el concurso, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

El contenido de esta presunción debe completarse con los arts. 2 (presupuesto objetivo), 5 (deber de solicitar la declaración de concurso) y 5 bis (comunicación de negociaciones y efectos).

Antes de comenzar con el análisis del art. 165.1º y su posible concurrencia en el caso enjuiciado, procede aclarar, por si hubiere alguna duda, la naturaleza de esta presunción. Sabido es que, tras algunas vacilaciones, el Tribunal Supremo ha concluido por afirmar el carácter omnicomprendido de la misma, de suerte que vendría a cubrir, no sólo el elemento subjetivo (dolo o culpa grave), como parecía indicar su primitiva redacción, sino también la incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia (STS, Sala 1ª, de 1 de Abril de 2014 , y las que allí cita), criterio que ha sido, incluso, asumido posteriormente por el legislador, conceptuando las presunciones débiles del art. 165 como presunciones de culpabilidad del concurso, salvo prueba en contrario

El punto de partida hemos de situarlo en la definición de la "insolvencia". La insolvencia es un concepto jurídico, la descripción legal de un "estado" económico. La dificultad no está en su definición, pues el legislador ha asumido la carga de aportar un concepto de insolvencia. Según el art. 2 LC se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Con el objeto de favorecer la temprana declaración de concurso, al lado de esta insolvencia, que ha de calificarse de actual , la ley introduce el concepto de insolvencia inminente para referirse al estado de aquel deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles, atribuyéndole la facultad, que no el deber, de acudir al expediente concursal.

Resulta frecuente la confusión entre las pérdidas cualificadas, como causa de disolución societaria, y la insolvencia, como estado que obliga al deudor a solicitar el concurso. La situación de pérdidas cualificadas es un estado contable, cuyo contenido viene determinado por la LSC, CCom, el Plan General de Contabilidad y las Resoluciones del ICAC. La insolvencia es un estado económico-financiero. La STS, Sala 1ª, de 1 de Abril de 2014 (Fundamento de derecho 13º) incide en que "en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual".

La insolvencia se caracteriza, pues, negativamente, por su independencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas, lo que no impide que, aun siendo conceptualmente distintas, puedan coincidir en una misma empresa y tiempo determinados; y, positivamente, por la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

En la tarea de averiguar qué sea la insolvencia la SJM nº 1 de palma de Mallorca de 13 de noviembre de 2013 se revela especialmente útil al descomponer la definición del art. 2 y ahondar en la interpretación de cada uno de los elementos que la componen. Dice la sentencia, en su fundamento de derecho 4º, *in fine*, que "[i]nsolvencia concursal no es iliquidez transitoria, no se identifica con desbalance, sino con la falta de capacidad de cumplir con las obligaciones exigibles, de forma regular, acudiendo a fuentes económico-financieras en condiciones normales de mercado"; el elemento objetivo del concurso "se caracteriza por los siguientes requisitos:

Imposibilidad, entendida como la situación por la que el deudor carece de medios económicos suficientes para cumplir con sus obligaciones aun cuando su voluntad no sea contraria al cumplimiento.

Cumplimiento, o satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores mediante cualquiera de las fórmulas previstas en el art. 1156 CC .



Exigibilidad, en el bien entendido que para analizar la insolvencia solo deben tenerse en cuenta aquellas obligaciones que deban satisfacerse, quedando al margen las que no se puede compeler a su cumplimiento. Es decir, que se puede accionar judicialmente frente al deudor común, en reclamación de la obligación. Y dentro de las obligaciones, deben incluirse todas las admitidas en derecho, comprendiendo las prestaciones de dar, hacer o no hacer.

Regularmente, refiriéndose a los medios a emplear en el cumplimiento, debiendo ajustarse a los parámetros de normalidad en el modo de financiación y que se ajuste a las condiciones de mercado. Pero siempre teniendo presente las concretas características patrimoniales del deudor concursado, en función de su actividad y las condiciones propias del mercado en el que se desarrolla su actividad".

A fin de facilitar la prueba de la insolvencia, recordemos que el art. 2.4 prevé algunos supuestos reveladores de una insolvencia cualificada, habilitantes de una solicitud de concurso necesario:

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

De estos cuatro supuestos, el que más se presta a confusión es el primero, pues en ocasiones se tiende a identificar la insolvencia con la cesación, absoluta o general, en los pagos, siendo así que el sobreseimiento general no pasa de ser un indicio o hecho revelador, un signo exterior -cualificado- de la impotencia solutoria. Del necesario deslinde entre la insolvencia, como causa, y el sobreseimiento general como su posible consecuencia, resulta expresiva la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 21 de mayo de 2013 .

La aparición de la insolvencia hace nacer en cabeza del deudor el deber de solicitar el concurso, lo que deberá verificar "dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia". Aquí radica la complejidad de esta presunción: fijar el tiempo de ese conocimiento. Para facilitar la prueba del hecho base, el art. 5.2 introduce la presunción débil de que "el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente". En estos cuatro supuestos, será suficiente que la administración concursal acredite la existencia del hecho revelador y el transcurso del plazo de 2 meses sin solicitar el concurso para que entre en juego la presunción de culpabilidad, salvo que, tratándose de deuda tributaria o con la TGSS, que el deudor haya conseguido un aplazamiento.

Este plazo de 2 meses, configurado, a modo y semejanza del societario (*cfr.* art. 363 LSC), como un plazo fatal en la Ley 22/2003, vio atenuado su rigor con la introducción en el Real-Decreto Ley 3/2009 del derogado art. 5.3 , hoy art. 5 *bis*, que concede al insolvente un plazo adicional de 4 meses para instar el concurso sujeto a determinados presupuestos.

Así como la causa de disolución por pérdidas cualificadas es una situación de desequilibrio contable, constatable con un simple visionado de las cuentas anuales, lo que permite a la jurisprudencia hacer coincidir la presunción de su conocimiento con el momento de su formulación, la insolvencia es compatible con un balance saneado, pues lo que la define es la falta de liquidez para asumir las obligaciones exigibles.

Para la determinación del *tempus* de la insolvencia suele acudir a varias vías:

- a.- Si decimos que la insolvencia consiste en una impotencia solutoria persistente, resulta muy útil -y sencillo- acudir a la lista de acreedores y comprobar cuándo se inicia la imposibilidad continuada de pago (recordemos que la ley obliga a consignar en la lista la fecha de vencimiento de cada crédito).
- b.- La administración concursal debe cerciorarse, además, de si ha concurrido alguna causa de insolvencia cualificada del art. 2.4, señaladamente alguna de las del nº 4 (impago de obligaciones tributarias, de Seguridad Social y salarios e indemnizaciones durante 3 meses).
- c.- Finalmente resulta útil aplicar a las cuentas anuales de cada ejercicio los ratios financieros y la fórmula de ALTMAN de proximidad a la insolvencia, si bien, como indica la SJM nº 3 de Pontevedra de 14 de marzo de 2014 "[e]stos parámetros, de frecuente aplicación en los informes de la Administración concursal, no



son, por sí mismos, determinantes de la situación de insolvencia en sentido concursal, único posible si se pretende examinar la tardanza en la presentación de concurso, pero sí son útiles si la Administración concursal corrobora, por otros medios probatorios, que en un determinado lapso temporal -sin necesidad de que se precise una fecha concreta, por absoluta imposibilidad en muchos de los casos-, el deudor se encontraba en situación de insolvencia actual."

La utilización, aislada o conjunta, de estos tres métodos (más otros que la administración concursal juzgue oportunos) nos permitirá concluir, con un grado de certidumbre más que aceptable, cuándo tuvo lugar la aparición de la insolvencia.

No obstante nunca debemos olvidar:

- a) Que la insolvencia es un "estado", lo que exige cierta permanencia en la iliquidez.
- b) Que de ordinario sólo es posible fijar por aproximación la fecha de la insolvencia. La SJM nº 3 de Pontevedra de 4 de Diciembre de 2014 refiere: "Puesto que la insolvencia es un estado - que se deriva de una situación de constantes impagos debidos-, es lógico que la misma no haya de referirse a un momento concreto, sino que debe obtenerse por aproximación - en este sentido, ver STS 3-7-14 ".
- c) Que a la fecha en que situemos la insolvencia luego hay que sumarle el plazo de 2 meses del art. 5 (o el de 2 meses+3+1 del art. 5 bis, en su caso).

La administración concursal, que no data la insolvencia ni por aproximación, nos ilustra acerca de varias deudas objeto de reclamación judicial en 2010 y 2011. El deudor hizo la comunicación del derogado art. 5 bis (hoy art. 583) el 20 de diciembre de 2011 y solicitó el concurso el 20 de febrero de 2012. Ignoramos la fecha de incoación de los procedimientos de reclamación de cantidad de 2010, pero atendida su numeración, lo fueron avanzado el año (1219, 1576 y 1770 de 2010, todos ellos correspondientes a JJPI de Oviedo). Aun admitiendo que, presumidamente, las deudas objeto de dichas reclamaciones judiciales son, como mínimo de 2010 o incluso anteriores, lo cierto es que ignoramos datos esenciales, como el motivo de las mismas (simple impago, discrepancias en el importe de las facturas o de trabajos realizados, etc.) y la fecha de vencimiento del crédito original. Ignoramos igualmente si la concursada estaba o no al día de los créditos más sensibles, como los laborales y públicos, cuyo impago se eleva por el legislador a indicio de insolvencia cualificada. Con estos datos, situar temporalmente la aparición de la insolvencia, aun por aproximación, nos parece aventurado y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del demandado. A mayor abundamiento, existen conductas, como veremos, más que suficientes para fundar, con más criterio, la culpabilidad del concurso.

QUINTO.- Incumplimiento del deber de colaboración.

El concurso se presume asimismo culpable, salvo prueba en contrario, cuando la concursada o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores *"[h]ubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la aprobación del convenio"*.

De las tres conductas que engloba la norma, en realidad la segunda, relativa a la no facilitación de información, no es sino específica expresión del mismo deber de colaboración cuyo incumplimiento integra la primera de las conductas (SAP de Baleares, Sección 5ª, de 7 de Marzo de 2012), por lo que desde el punto de vista sustantivo nada añade. La tercera sí tiene sustantividad propia y tiene como única finalidad incentivar la presencia del deudor en la junta, pues en principio no se advierte su gravedad intrínseca y sería preferible su supresión.

Desde un punto de vista positivo, podemos destacar como elementos constitutivos de la infracción del deber de colaboración:

- a. - El incumplimiento debe ser trascendente -por afectar a elementos que dificulten, de modo igualmente grave, el normal desarrollo del concurso-, reiterado y contumaz (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 3 de Abril de 2012).
- b. - La administración concursal deberá acreditar la realidad de los requerimientos (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 19 de junio de 2011), salvo, claro está, que los mismos consten en autos; no obstante, dado el volumen de documentación de un concurso, en el informe de calificación la administración concursal deberá facilitar al juez los datos que permitan localizar los requerimientos en las actuaciones (indicando fecha, sección en que se verificaron, etc.).



c.- En cuanto posterior a la declaración de concurso difícilmente pueden contribuir a la generación de la insolvencia, aunque sí a agravarla, puesto que un déficit de información sobre el patrimonio del concursado puede impedir la concertación de un convenio o dificultar o falsear un ordenado proceso de liquidación (SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 28 de Marzo de 2008).

d.- Una aportación parcial, defectuosa o extemporánea no impide calificar la conducta como un verdadero incumplimiento siempre que la información omitida o sesgada o el tiempo de su aportación sea esencial o trascendente para que la administración concursal tenga cabal y completo conocimiento de cuantas circunstancias son precisas para el correcto desarrollo de su función.

Desde el punto de vista negativo, la STS, Sala 1ª, de 3 de noviembre de 2016 advierte que un mismo hecho no puede integrar dos causas de culpabilidad, por lo que para apreciar el incumplimiento del deber de colaboración es necesario que la conducta-base no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor (art. 164.2.1º y 2º).

Nuestros tribunales han juzgados expresivas del incumplimiento del deber de colaboración conductas tales como:

a.- No facilitar la documentación societaria y contable (SSAAPP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de Abril de 2011 ; La Coruña, Sección 4ª, de 22 de Febrero de 2012 ; Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de Diciembre de 2012), ni los contratos financieros (SAP de Alicante, Sección 8ª, de 13 de Enero de 2009).

b.- No facilitar información sobre diligencias de embargo de la TGSS ni extractos bancarios (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 30 de octubre de 2009).

c.- No asistencia a reuniones con la administración concursal (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de Febrero de 2011).

d.- Ocultación de una administración de hecho (STS, Sala 1ª, de 23 de Febrero de 2011).

e.- Administrador ilocalizable (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 26 de Diciembre de 2011), siempre que conste que se ha solicitado su colaboración o intentado su localización, pues en otro caso es irrelevante (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de Septiembre de 2011).

f. - Ocultar una querrela por delito fiscal (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 23 de Abril de 2013).

g.- No facilitar a la administración concursal datos de facturación que permitieren recuperar el IVA (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de Mayo de 2011).

h.- Proceder al cierre de hecho sin ponerlo en conocimiento del juez y de la administración concursal, prescindiendo del trámite del art. 40 LC (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de Septiembre de 2011).

i.- Omitir la readmisión de un trabajador provocando un incremento de la indemnización (SAP de Asturias, Sección 1ª, de 10 de junio de 2013).

En el caso enjuiciado la colaboración, existente y con reuniones de periodicidad mensual al principio, desapareció con el avance del concurso, hasta el punto de hallarse el administrador en paradero desconocido, impidiendo el normal desenvolvimiento del concurso y retrasando su tramitación por las dificultades sobrevenidas para su emplazamiento en esta sección y en los incidentes de reintegración, motivos suficientes para estimar concurrente la conducta descrita en la presunción.

SEXTO.- Alzamiento de bienes y salida fraudulenta.

Los números 4º y 5º del art. 164.2 contemplan dos presunciones de naturaleza similar, el alzamiento y la salida fraudulenta de bienes.

La STS, Sala 1ª, de 10 de abril de 2015 maneja un concepto amplio de "salida patrimonial", en armonía con nuestro derecho histórico:

"La conducta fraudulenta (un reparto de dividendos) constituye un hecho base de presunción iuris et de iure de concurso culpable, que fue contemplada en nuestros antecedentes históricos y sancionada civil y penalmente (art. 890.13º del CC de 1885), calificada como quiebra fraudulenta, aunque el supuesto expresamente contemplado en aquella norma hiciera referencia al "pago anticipado en perjuicio de los acreedores". Tal conducta crea una verdadera desigualdad entre los acreedores, rompiendo la par conditio creditorum, pues los beneficiarios cobran en moneda corriente lo que, en el futuro, el resto de acreedores cobrará en moneda de quiebra (...) Y es que el pago que preveía la vieja norma abarcaba no solo el pago en metálico sino también otras operaciones tales como la compensación convencional, la permuta, cambio o renuncia de derechos, actos todos ellos que, aparentemente tutelados por el ordenamiento jurídico, causan, como resultado final,



un perjuicio para el resto de los acreedores, sea buscado de propósito por el deudor (dolo) sea porque debió preverlo el administrador, consciente o inconscientemente por falta de una diligencia exigible (culpa grave), debida al incumplimiento de deberes que le son propios a un administrador.

(...)

4. Este es el caso que estamos examinando, pese a que el recurrente no comparta, como probados en la instancia, los elementos subjetivo y objetivo que configuren el supuesto previsto en el art. 164.2.5 LC .

(...) Como acertadamente señala la sentencia recurrida (por referencia a la SAP de Alicante, Sección 8ª, de 28 de Febrero de 2013) "la salida de bienes o derechos a que se refiere el precepto no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento".

En cuanto al elemento subjetivo, lo determinante para concluir la existencia de fraude no es que el deudor haya tenido el propósito de dañar a los acreedores, sino la mera conciencia de que con el acto que se realiza no le quedarán bienes suficientes para atender los derechos de sus acreedores (SAP de Navarra, Sección 3ª, de 8 de febrero de 2010 ; SJM nº 2 de Barcelona de 9 de mayo de 2006 SJM nº 1 de Pamplona de 18 de mayo de 2007 y 18 de junio de 2014 ; SJM nº 1 de Pontevedra de 21 de julio de 2010 y nº 3 de 17 de septiembre de 2013 y 14 de marzo de 2014 ; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 14 de junio de 2013 ; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de abril de 2014 ; SAP de Madrid, Sección 28ª, de 17 de marzo de 2014).

El Tribunal Supremo, a medio de la sentencia 27 de marzo de 2014 , abunda en los rasgos del *animus fraudandi* que caracteriza la segunda presunción:

1º. - El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º.

2º.- El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

3º.- La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de la sala núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan).

4º.- Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

La prueba de la fraudulencia corresponde a quien la alega [SAP de Navarra, Sección 3ª, de 8 de Febrero de 2010], pero la prueba directa es altamente difícil, por lo que en el común de los casos a la misma podrá llegarse por la vía indirecta de las presunciones judiciales, como la estrecha vinculación entre la sociedad y su administrador y socio único [SAP de Barcelona, sección 15ª, de 27 de abril de 2007], el escaso lapso temporal de los pagos respecto a la solicitud de concurso, lo que permite deducir claramente la intención de privilegiar de forma indebida a determinados acreedores de cara a un concurso que se revelaba muy próximo (SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 15 de diciembre de 2009 ; SAP de León de 20 de Septiembre de 2010) o la venta por un precio vil o irrisorio, siendo irrelevante a estos efectos la correcta contabilización de la operación (SAP de Pontevedra de 14 de Abril de 2011).

Administración concursal y Ministerio Fiscal ponen su mayor atención en dos operaciones que solo podemos calificar de groseras, tanto en su ideación, como en su ejecución.

La primera de ellas es la compraventa de acciones de SODES S.A. por parte de todos sus socios (Tomás , Raúl , Victoriano y Rubén) a la mercantil ECO GENERATION CORP. S.A. por un precio, no abonado, coincidente con las deudas que dichos socios tenían para con su sociedad, por importe conjunto y aproximado de 3 millones de euros. La particularidad de la operación, amén de lo explicado, es que el administrador único fue el único otorgante de la escritura de 21 de junio de 2011, en un papel trino, pues comparece por la concursada, por los vendedores (que luego ratificarían la misma) y por la compradora, una sociedad domiciliada en Panamá, paraíso fiscal, sin bienes conocidos y sin exigir garantía alguna de pago. Esa venta supuso la subrogación



de la adquirente en las deudas con los socios frente a SODES S.A. (que a su vez procedían del pago por ésta, en clara contravención de la prohibición de asistencia financiera, de los préstamos por ellos solicitados para adquirir las acciones), con inmediata liberación de los vendedores. Así, sin abonar ni un solo euro, ECO GENERATION CORP. S.A. se hace con las acciones y los socios se liberan de sus deudas respectivas, en claro perjuicio para los acreedores, que ven cómo se produce una novación subjetiva en favor de un insolvente domiciliado en un paraíso fiscal.

La segunda operación no es menos burda, pues ECO GENERATION CORP. S.A., ya como socia única de SODES S.A., vende las acciones que ésta poseía de SODES MÉXICO S.A. de C.V., a medio de documento privado de fecha 25 de julio de 2011 (con la prevención del art. 1227 CC), a la mercantil VYDRA CORPORATION, por un precio pagadero en 10 años de 3.272.000 euros. En dicho contrato, en que el pago del precio se aplaza sin justificación ni garantías, de nuevo el administrador único aparece en forma trina. Obvia decir que la compradora no ha satisfecho cantidad alguna.

Ya calificuemos tales operaciones como alzamientos o salidas fraudulentas de bienes, lo cierto es que determinan, por sí solas y en conjunto, la calificación culpable del concurso.

SÉPTIMO.- Determinación de las personas afectadas y condenas personales y patrimoniales.

Limitados a las conductas que han determinado la calificación culpable del concurso, resta efectuar el juicio de imputación y graduar sus consecuencias, circunscritas al administrador único.

Con respecto a la inhabilitación, la administración concursal interesa un plazo de 5 años, que, atendida la gravedad objetiva de las conductas definitivamente imputadas se estima ajustado, atendidos el número, naturaleza y gravedad de las conductas que han determinado la calificación culpable del concurso.

No procede la condena a la pérdida de créditos, por falta de concreción.

Resta la fijación de la cuantía de la responsabilidad por el déficit concursal. Sabido es, con respecto a la naturaleza del art. 172.3, que las primeras sentencias en las que el TS (a través del mismo ponente, Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel) se pronunció sobre el particular lo hizo incidentalmente, al tratar el tema de su aplicabilidad con efectos retroactivos. Se trata de las sentencias de 23 de febrero de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 6 de octubre de 2011.

En la primera de ellas se dice que el art. 172.3, y por extensión, el actual art. 172 bis, «carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable -por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores (...) en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas (...).»

A la luz de esta sentencia tal parecía que el TS parecía decantarse por la tesis culpabilística. Sin embargo la sentencia de 6 de octubre de 2011 explica que esta condena «no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Ello sentado, para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado (...). No se contradice lo expuesto con la negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto - sentencias 56/2011, de 23 de febrero, y 615/2011, de 12 de septiembre - dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- que la misma establece cumple una función de resarcimiento del «daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa».



Las sentencias posteriores de 20 de abril de 2012 y 26 de abril de 2012 no ofrecen elementos interpretativos a favor de una u otra tesis. Sí en cambio la de 16 de julio de 2012 (Pte. Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos), que atribuye al art. 172 bis la naturaleza de una responsabilidad por deuda ajena.

En realidad el TS no se separaba en exceso de sus últimas resoluciones en materia de responsabilidad del antiguo art. 262.5 LSA, en las que, abandonando el rigor inicial (*«basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al administrador social para que se desencadene el efecto sancionador»*, SSTS de 29 de abril de 1999, 20 de julio de 2001 o 23 de febrero de 2004), incluye matices culpabilísticos o de imputación objetiva. Así, la STS de 12 de febrero de 2010, que recuerda la última doctrina de la Sala, que *«viene admitiendo la posibilidad de excluir la responsabilidad de los administradores en supuesto de desequilibrio patrimonial cuando por los mismos se adoptaron medidas para restablecer el equilibrio entre el patrimonio contable y el capital social o reflotar la empresa, sin que el simple hecho de resultar las mismas infructuosas sea razón suficiente para declarar la responsabilidad de los arts. 105.5 LSRL y 262.5 LSA (entre otras, SS. 20 de julio de 2.001 y 4 de febrero de 2.009). Pero en el caso de resultado negativo la jurisprudencia ha venido exigiendo para poder exonerar la demostración de una acción significativa para evitar el daño (SS. 28 de abril de 2.006, 20 de noviembre de 2.008, 1 de junio de 2.009, entre otras).» Entre los problemas de imputación objetiva la jurisprudencia sitúa asimismo el conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito, declarando que el perfecto conocimiento de la situación de infracapitalización de la deudora excluye la responsabilidad del administrador, pues no en vano «la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA tiene su ratio en que la conducta omisiva de los administradores ha inducido a error a un determinado tercero contratante, haciéndole creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde los puntos de vista económico y financiero.»*

Estos matices de imputación objetiva, como atenuadores del rigor de una responsabilidad-sanción, objetiva o *ex lege* no dejaban de estar presentes en la exégesis mayoritaria del art. 172.3 (actual art. 172 bis), como acredita que la AP de Madrid, Sección 28ª, tilde de «necesaria» una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales para que opere la responsabilidad prevista en dicho precepto. Como señala la SAP de Granada, Sección 3ª, de 5 de junio de 2009 el juicio de valoración en orden a la imputación, no obstante aquella objetivación, no excluye, sino que exige, el examen sobre la participación personal para justificar motivadamente la exoneración o la condena y la extensión de la misma en proporción a la responsabilidad incurrida.

Y esta es la línea que acogió el art. 172 bis en su redacción tras la Ley 38/2011 al consagrar que en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Cuando parecía pacífico que la condena no tenía por qué coincidir necesariamente con el daño inferido, sino que habían de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso, el Real Decreto-Ley 4/2014 y, posteriormente, la Ley 17/2014, remueven los cimientos de una cada vez más asentada jurisprudencia para, acogiendo la postura minoritaria reflejada en el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Sancho Gargallo en la STS de 21-5-2012, añadir el art. 172 bis. 1 un último inciso a cuyo tenor la condena a la cobertura del déficit habrá de serlo en la medida en que la conducta determinante de la calificación culpable del concurso haya contribuido a generar o agravar la insolvencia. Sin embargo la STS de 12-1-2015 ha aclarado que no estamos ante una norma meramente interpretativa, sino ante una genuina reforma que no resulta de aplicación retroactiva, por lo que, abierta la presente pieza de calificación el 16 de octubre de 2013, no resulta aplicable la redacción del art. 172 bis (actual art. 456 TRLC) y sí la original, debiendo operar con los parámetros de condena que ha ido conformando el Alto Tribunal para tal versión normativa, que inciden en la gravedad abstracta de las conductas, si bien bajo la general precisión de que la condena del art. 172 bis (o 172.3) no es una consecuencia necesaria y requiere una justificación añadida.

Ante la carencia inicial de criterios de imputación y cuantificación de la condena, la evolución jurisprudencial y legal, circulando a veces en sentidos opuestos, ha ido suministrando a los jueces pautas para una correcta individualización, cuestión, ésta, de capital importancia habida cuenta de la férrea doctrina del TS acerca de la admisibilidad del control de la cuantía de la condena en casación. La STS de 21 de mayo de 2012 recuerda que el control de la cuantía de la cobertura no puede ser objeto de recurso de casación, *«salvo en casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el Juzgador de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta (en este sentido, sentencias 213/2006, de 27 de febrero y 721/2011, de 26 de octubre)»*.

De cara a fijar el importe de condena conviene traer a la memoria los criterios facilitados por el Alto Tribunal:

a.- En la sentencia de 6 de Septiembre de 2011 se nos dice que este precepto:



"carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable - por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa".

b.- La sentencia de 6 de octubre de 2011 añade que:

"la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2.003 , no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida, de modo que para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable".

c.- La sentencia de 16 de Julio de 2012 [RJ 2012, 9330] cambia el tercio y comienza la deriva hacia la responsabilidad por deuda ajena:

"No se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal -, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847, 2133), no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

35. No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos.

2.3. La cuantía de la condena.

36. Como hemos indicado, la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. En este sentido, la 644/2011, de 6 de octubre, reiterada en la 614/2011 de 17 noviembre de 2012, afirma que "es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable". También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172.bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

La repetida STS de 26 de Julio de 2015 nos aclara, tras las sucesivas reformas sufridas por la responsabilidad concursal, cuáles con los criterios interpretativos con los que hemos de operar para fijar su procedencia e importe:

"13 Jurisprudencia sobre los elementos caracterizadores de la responsabilidad por déficit. La jurisprudencia que interpretó el art. 172.3 LC , en su redacción originaria, desde la Sentencia núm. 644/2011, de 6 de



octubre , ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit giraba en torno a tres consideraciones:

i) "La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (...) no es, según la letra de la norma (art. 172.3 LC), una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".

ii) "Para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo - haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... -.

iii) "Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable".

La exigencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique. Esta, según aquella jurisprudencia, no necesariamente tenía que ser la generación o agravación de la insolvencia, pero, obviamente podía serlo, en la medida en que formara parte de los elementos objetivos y subjetivos de alguna de las conductas que habían motivado la calificación culpable".

El criterio de la "participación" poco añade, ya que es evidente que la condena sólo puede recaer sobre quien haya cometido la conducta determinante de la calificación culpable. Queda, pues, el criterio de la "gravedad objetiva" de la conducta , entendida como gravedad "abstracta" y no como su "concreto" reflejo en la generación o agravación de la insolvencia.

Ya desde las primeras sentencias dictadas en este juzgado en 2007 afirmamos que lo procedente, ya fuere la responsabilidad subjetiva u objetiva, sería recurrir a un porcentaje en función de la gravedad de la conducta o conductas que hubieren dado pie a la calificación culpable del concurso. Solemos combinar a este respecto dos criterios subsidiarios:

a.- Valorar de forma concreta la gravedad de la conducta en orden a modular el importe de la condena;

b.- En aquellos casos en que fuere imposible determinar qué influencia ha tenido la conducta del deudor en la generación o agravación de la insolvencia (y así es en aquellas conductas que el TS califica de «mera actividad», como la sancionada), optamos por dividir las conductas detalladas en las presunciones de los arts. 164 y 165 en tres grupos en orden a su gravedad abstracta, a saber:

1º. En un primer grupo se situarían aquellas conductas de gravedad extrema, como la llevanza de doble contabilidad, la inexactitud grave o la falsedad en la documental aportada al concurso, el alzamiento de bienes, los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes o los actos de simulación. En estos supuestos entiendo que la condena debería fijarse entre un 75% y un 100% del desbalance patrimonial, incluidos los créditos contra la masa;

2º. En un segundo grupo situaría el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, la irregularidad relevante contable, la apertura de liquidación por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado y los supuestos relativos a las cuentas anuales del 165.3º. En estas hipótesis el porcentaje de condena oscilaría entre un 30 y un 75%;

3º. En un último grupo quedarían situadas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el incumplimiento del deber de colaboración e información y la falta de asistencia a la Junta de acreedores, supuestos en los que la condena no debería superar el 30% (SJM nº 1 Oviedo de 2 de junio de 2007).

Esta gradación, aun sin asignación de porcentajes preestablecidos, ha sido común en el foro ante la falta de criterios legales para la ponderación de la condena. La SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de Enero de 2013 , coincide en que "evidentemente no todas las conductas tipificadas en los preceptos legales presentan el



mismo desvalor a estos efectos, pues claramente no será lo mismo llevar una doble contabilidad, o no llevarla en absoluto, que haber incumplido el deber de colaboración o el no haber asistido a la junta de acreedores, o no haber solicitado tempestivamente el concurso; del mismo modo que no será lo mismo incurrir en una sola de estas causas o en varias." Por ello cada tribunal iba estableciendo sus propios criterios, con vocación de aplicación pro futuro, como la AP León, Sección 1ª, sentencias de 20 de Septiembre [JUR 2010, 354810] y 17 de Noviembre de 2010 [AC 2010, 2160]]

«[C]uando las irregularidades contables son relevantes pero se refieren a datos concretos que no impiden conocer y distinguir los demás recogidos en la contabilidad, el porcentaje de los créditos que deben asumir los administradores no debería llegar a la mitad, con la moderación correspondiente según el caso, pero cuando concurre con inactividad de los administradores que no solicitan el concurso el porcentaje se debe de situar en torno a la mitad, sin perjuicio de la moderación correspondiente según los casos. Un porcentaje que se apartara sensiblemente del 50% sólo podría corresponder a conductas dolosas o culpa muy grave en detrimento de la marcha de la sociedad y/o con extraordinaria alteración de la contabilidad.»

En el caso de autos, atendiendo a los criterios de cuantificación referidos, parece incluso moderada la petición de la administración concursal, a la que debemos atenernos por imperativo del principio de congruencia, fijando la condena en un 50% del déficit concursal, incluidos los créditos contra la masa.

OCTAVO.- Costas.

En la demanda dirigida contra la concursada, la condena en costas se extingue por confusión. La parcial estimación de la demanda de calificación deducida contra el administrador dispensa de la condena en costas (art. 394.2 LEC).

En virtud de lo expuesto,

FALLO

Calificar como culpable el concurso de la entidad SODES S.A., con los efectos siguientes:

- 1.- Se declara persona afectada por la calificación a Saturnino .
- 2.- Se declara la inhabilitación de Saturnino para administrar los bienes ajenos durante 5 años, así como para representar o administrar a cualquier persona, plazo que contará desde la firmeza de esta sentencia.
- 3.- Se condena a Saturnino a pagar a la masa activa del concurso el 50% del déficit concursal, incluidos los créditos contra la masa, cantidad que, una vez hecha efectiva, se integrará en la masa del concurso para satisfacer los créditos por el orden legal.
- 4.- En materia de costas se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Octavo.

Una vez firme esta sentencia, librese mandamiento al Registro Mercantil de Asturias para la inscripción de la sanción de inhabilitación.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Para interponer el recurso al que se refiere el párrafo anterior, es necesario constituir un depósito de 50 euros que se consignará en la siguiente cuenta de este juzgado, si el ingreso se efectuase en "ventanilla": 2274 0000 52 0346 11.

Se debe indicar, en el campo "concepto" que se trata de un ingreso para interponer un recurso de apelación.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el número de cuenta será: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, y en "concepto" además de lo expuesto en el párrafo que antecede se añadirá, "Juzgado Mercantil (2274 0000 52 0346 11)".

El ingreso también se podrá realizar a través de Cajeros Automáticos, indicando los siguientes datos:

Número de cuenta expediente (la indicada para ventanilla).

Datos de la persona obligada al ingreso: Apellidos y nombre, Tipo y número de documento y Teléfono.

Importe en cifra.

Así lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.