



Roj: **STS 4656/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4656**

Id Cendoj: **28079110012017100656**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **2469/2015**

Nº de Resolución: **693/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2469/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 693/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 20 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia 127/2015 de 15 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de concurso ordinario núm. 297/2009, Sección Sexta, del Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo, sobre calificación del concurso.

Los recursos fueron interpuestos por D. Arturo, representado por la procuradora D.^a Alicia Álvarez Plaza y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Vivanco; por D. Fabio y D. Javier, representado por la Procuradora D.^a Adela Cano Lantero y bajo la dirección letrada de D. Joaquín de la Riva Álvarez; y por Factorías Vulcano S.A. representada por la Procuradora D.^a Elisa M.^a Bustamante García y bajo la dirección letrada de D. Edorta J. Etxaradio Herrera.

Es parte recurrida la Administración **concursal** de Factorías Juliana SAU, representada por el procurador D. Nicolás Álvarez Real y bajo la dirección letrada de D. Roberto.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Con fecha 14 de octubre de 2010 el Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo, en el Concurso Ordinario 297/2009, dictó auto que acordó dejar sin efecto la fase de convenio acordada por auto de 13 de julio de 2010, abriendo



la fase de liquidación, declarando disuelta la entidad concursada Factorías Juliana SAU, y declarando el cese de los administradores que serían sustituidos por la administración **concursal**.

2.- D. Roberto , D. Luis Andrés y D. Armando , administradores concursales de Factorías Juliana SAU formularon informe de calificación, solicitando:

«1.- Se declare culpable el concurso de Factorías Juliana SAU.

» 2.- Se declare personas afectadas por la culpabilidad a Factorías Vulcano S.A., a D. Arturo , a D. Fabio y a D. Javier .

» 3.- Se inhabilite a Factorías Vulcano S.A., a D. Arturo , a D. Fabio y a D. Javier por un plazo de 5 años.

» 4.- Se declare la pérdida de los derechos que tuviera como acreedor **concursal** o acreedor contra la masa de Factorías Vulcano S.A.

» (sic) 4.- Se condene a Factorías Vulcano S.A., a D. Arturo , a D. Fabio y a D. Javier a pagar a la masa activa del concurso, el importe de todos los créditos que resulten insatisfechos como consecuencia de la liquidación, sea cual sea su calificación **concursal** o contra la masa, hasta el límite de 58.284.983,36 Euros».

El Ministerio Fiscal presentó informe declarando el concurso de Factorías Juliana SAU como culpable.

3.- La Procuradora D.^a Pilar Montero Ordóñez en nombre y representación de Factorías Juliana, SAU presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

La Procuradora D.^a Pilar Montero Ordóñez en nombre y representación de D. Fabio y D. Javier , presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

El Procurador D. Luis Álvarez Fernández en nombre y representación de Factorías Vulcano, SA, presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

La Procuradora D.^a María Guadalupe Fernández Rodríguez en nombre y representación de D. Arturo , presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo, dictó sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Calificar como culpable el concurso de la entidad Factorías Juliana SAU, con los efectos siguientes:

» Primero.- Declarar personas afectadas por la calificación, a Factorías Vulcano SA, Arturo , Fabio y Javier ;

» Segundo.- Declarar la inhabilitación de Factorías Vulcano SA para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 5 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo;

» Tercero.- Declarar la inhabilitación de Arturo , Fabio y Javier para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 3 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

» Cuarto.- Condenar a Factorías Vulcano SA al pago de 25.000.000 de € y a la pérdida de los derechos que tuviere como acreedor **concursal** o contra la masa.

» Quinto.- Condenar a Arturo , Fabio y Javier al pago de 500.000 €, cada uno de ellos.

» Sexto.- En materia de intereses se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Octavo.

» Séptimo.- No ha lugar a la imposición de costas.

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

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Arturo , Factorías Vulcano, SA y la representación de D. Fabio y D. Javier . Los Administradores concursales de Factorías Juliana, SAU se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 261/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 127/2015 de 15 de mayo , cuya parte dispositiva dispone:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por "Factorías Vulcano, S.A.", Don Arturo , Don Fabio y Don Javier contra la Sentencia de fecha 21 noviembre 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo , debemos acordar y acordamos revocarla en el único extremo de dejar sin efecto el



pronunciamiento referido a los intereses moratorios. Se mantiene el resto de pronunciamientos. No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

» Dese el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir».

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó auto de aclaración de 22 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que debemos acordar y acordamos dar respuesta a la aclaración solicitada por "Factorías Vulcano, S.A." respecto de la Sentencia dictada por esta Sala con fecha 15 mayo 2015 (sic) conforme lo expuesto en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

» Por otra parte acordamos no haber lugar a las correcciones o aclaraciones, y subsidiariamente subsanación o complemento, solicitadas por Don Fabio y Don Javier ».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de los recursos de casación

1.- La procuradora D.^a M.^a Guadalupe Fernández Rodríguez, en representación de D. Arturo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de las normas sobre prueba: falta de práctica de pruebas admitidas tanto en instancia como en apelación. Motivo del art. 469.1.3 LEC , en relación con los arts. 281 , 282 , 385.2 y 3 y 460 LEC referente a la procedencia de la prueba en apelación, y art. 24 CE ».

«Segundo.- Error en la valoración de la prueba que conlleva a una valoración irracional, ilógica y arbitraria. Motivo del art. 469.1.4 LEC en relación con los arts. 217 LEC y 24 CE ».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Aplicación indebida del artículo 172-3 Ley **Concursal** (actual artículo 172 bis LC) al realizar una aplicación automática de la responsabilidad **concurzal** sin valorar elementos objetivos y subjetivos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni la incidencia que la conducta del Sr. Arturo hubiera podido tener en la generación o agravación de la insolvencia».

La procuradora D.^a Pilar Montero Ordóñez, en representación de D. Fabio y D. Javier , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción por incorrecta aplicación del art. 164.1 de la Ley **Concursal** en relación a la condición de administrador del supuesto causante de la generación o agravación de la insolvencia y el título por el que lo realiza».

«Segundo.- Infracción por incorrecta aplicación del art. 172.3 de la Ley **Concursal** aplicable a la litis razione temporis».

El procurador D. Luis Álvarez Fernández, en representación de Factorías Vulcano, S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

» Infracción por aplicación indebida del artículo 164.1 de la Ley **Concursal** . Erróneo juicio valorativo sobre el elemento subjetivo (dolo o culpa grave) de las conductas por incorrecta aplicación del art. 164.1 de la Ley **Concursal** en relación a la condición de administrador del supuesto causante de la generación o agravación de la insolvencia y el título por el que lo realiza.

» Infracción por aplicación indebida del artículo 164.1 Ley **Concursal** , ausencia de juicio valorativo sobre la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia.

» Infracción por aplicación indebida del artículo 172.3 Ley **Concursal** (vigente 172 bis), incorrecta imputación subjetiva de Factorías Vulcano S.A. y su cuantificación».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de febrero



de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

3.- La recurrida Administración **concurzal** de Factorías Juliana, SAU se opuso al recurso por infracción procesal y a los recursos de casación interpuestos.

El Ministerio Fiscal emitió informe, solicitando la desestimación del tercer submotivo del recurso de casación interpuesto por la representación de Factorías Vulcano, S.A.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- En la sección de calificación del concurso voluntario de Factorías Juliana S.A.U. (en lo sucesivo, Factorías Juliana), el Juzgado Mercantil dictó una sentencia que calificó el concurso como culpable; declaró personas afectadas por la calificación a Factorías Vulcano S.A. (en lo sucesivo, Factorías Vulcano), a D. Arturo , a D. Fabio y a D. Javier , que habían sido administradores de Factorías Juliana, en distintos periodos, en los dos años anteriores a la declaración de concurso; inhabilitó a Factorías Vulcano para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona durante cinco años, y a los demás administradores, durante tres años; condenó a Factorías Vulcano a la pérdida de los derechos que tuviere como acreedor **concurzal** o contra la masa y al pago de veinticinco millones de euros como cobertura del déficit **concurzal**, con base en el art. 172.3 de la Ley **Concurzal** (en la redacción que dicho precepto tenía cuando se inició la sección de calificación); y condenó a los administradores personas físicas afectados por la calificación al pago de quinientos mil euros cada uno de ellos, por el mismo concepto.

2.- La calificación del concurso como culpable se basó en el art. 164.1 de la Ley **Concurzal** , conforme al cual «el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho».

La conducta de los administradores de Factorías Juliana que el juzgado consideró relevante para la aplicación de este precepto consistió en que a finales del año 2008, pocos meses antes de que Factorías Juliana fuera declarada en concurso mediante auto de 12 de junio de 2009, los administradores acordaron o consintieron el traslado a las instalaciones de Factorías Vulcano de los buques que Factorías Juliana estaba construyendo, por habérselos subcontratado Factorías Vulcano, como consecuencia del desistimiento de Factorías Vulcano del encargo realizado, sin que tales administradores exigieran la liquidación del contrato suscrito con Factorías Vulcano, en el que el importe de lo adeudado por Factorías Vulcano a Factorías Juliana ascendía a más de cincuenta y ocho millones de euros.

Factorías Vulcano era la socia única de Factorías Juliana.

El juzgado consideró que la actuación de los administradores de Factorías Juliana (que en los meses inmediatamente posteriores al traslado de los buques lo fueron las personas físicas condenadas, y a partir de marzo de 2009, y hasta la declaración en concurso de Factorías Juliana, lo fue la propia socia única y matriz del grupo, Factorías Vulcano, que designó como persona física para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo a D. Fabio) provocó que la matriz Factorías Vulcano despojara a su filial Factorías Juliana de unos activos sin contraprestación alguna, lo que la sentencia de primera instancia calificó como «vampirismo» de la matriz sobre la filial, a la que expolió en detrimento de los acreedores de la filial, pues para la supervivencia de la matriz se sacrificó a la filial, que no le reclamó jamás el pago de los trabajos realizados en los buques en construcción.

El juzgado consideró que tal actuación era imputable a los administradores condenados, que con su comportamiento activo u omisivo propiciaron el daño inferido a la concursada, cifrado en más de cincuenta y ocho millones de euros, al permitir el traslado de los buques sin exigir a Factorías Vulcano la liquidación económica de los contratos y el pago del saldo resultante.

Respecto del Sr. Arturo , que había alegado la afectación de sus capacidades volitivas como consecuencia de un accidente de circulación acaecido años antes, la sentencia de primera instancia consideró que si decidió permanecer en el consejo de administración, no puede exonerarse de su responsabilidad.

Dada la mayor gravedad de la conducta de la matriz, el juzgado condenó a esta a cinco años de inhabilitación, y a las personas físicas, a tres.



Respecto de la responsabilidad por el déficit **concurzal**, que se rige por la redacción original del art. 172.3 de la Ley **Concurzal**, el juzgado consideró que había hechos que, por haber coadyuvado a la insolvencia de Factorías Juliana, aconsejaban rebajar la cuantía de la condena respecto del daño inferido, por lo que condenó a Factorías Vulcano a la cobertura de veinticinco millones de euros y al resto de los administradores, personas físicas, a quinientos mil euros cada uno de ellos, de forma mancomunada.

3.- La Audiencia Provincial, ante la que los condenados apelaron la sentencia de primera instancia, la confirmó salvo en un extremo accesorio, referido a la condena al pago de intereses de las cantidades objeto de la condena.

En línea con lo declarado en la sentencia de primera instancia, la Audiencia declaró que la actuación gravemente culposa que tuvo incidencia causal en la insolvencia de Factorías Juliana consistió en «no haber liquidado económicamente aquellos contratos [de construcción de buques], dejando a [Factorías] Juliana con unas pérdidas inasumibles que desembocaron finalmente en su situación de insolvencia y en la declaración de concurso voluntario». Los buques en construcción fueron trasladados a las instalaciones de Factorías Vulcano en diciembre de 2008, por lo que la liquidación de los contratos debió haber sido realizada en 2009, año en que Factorías Vulcano disponía de un fondo de maniobra con el que podía atender sus pagos a corto plazo y con ello afrontar la deuda que mantenía con Factorías Juliana, pese a lo cual se desentendió de la suerte de su filial.

Por tal razón, la Audiencia consideró que la actuación culposa de los administradores de Factorías Juliana fue «la que condujo a su situación de insolvencia, situándose la antijuridicidad de tal comportamiento en haber adoptado una decisión que se tradujo en última instancia en otorgar preferencia a la supervivencia de la matriz en detrimento de la filial, todo ello en contravención de los deberes a los que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución [deber de lealtad del administrador social]».

Respecto de las personas afectadas por la calificación de concurso, la Audiencia no consideró relevante que el Sr. Arturo fuera cesado como administrador el 5 de marzo de 2009 y los otros dos administradores personas físicas, el 25 de marzo de 2009, pues «es precisamente en ese plazo de tres meses transcurridos desde el traslado de los buques a Vigo hasta el cese de estos administradores cuando debió haberse llevado a cabo la liquidación de los contratos, pues fue esa desatención la que condujo a que Juliana fuera finalmente declarada en concurso en el mes de junio siguiente».

En lo que se refiere a la alegación del Sr. Arturo de que sus capacidades volitivas estaban anuladas, la Audiencia no solo descartó que tal alteración psíquica concurriera, sino que afirmó que, incluso de concurrir la alteración psíquica alegada por el Sr. Arturo, no podría justificar su absolución pues «aun cuando en nuestro ordenamiento existen una serie de circunstancias que exoneran de la responsabilidad civil derivada de una conducta antijurídica, entre ellas no se encuentra recogido el hecho de que el autor de la acción sea una persona declarada incapaz, y de este modo en nuestro ordenamiento civil le incumbe al tutor asumir los perjuicios causados por los incapacitados bajo su autoridad (art. 1903 C. Civil) y en el ordenamiento penal a quienes los tengan bajo su guarda legal (art. 118 C. Penal). Siendo ello así con mayor razón habremos de negar la posibilidad de que pueda verse liberado de las consecuencias generadas por su actuar ilícito quien ni siquiera ha sido declarado judicialmente como incapaz, debiendo asumir consecuentemente con su propio patrimonio la reparación de cualquier daño causado a terceros».

Por último, en lo que aquí interesa, la Audiencia Provincial confirmó los criterios utilizados por el juzgado para graduar la condena de las personas afectadas por la calificación **concurzal** a la cobertura parcial del déficit **concurzal**.

La sentencia del Juzgado Mercantil solo fue revocada en la condena al pago de intereses.

4.- D. Arturo ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en dos motivos, y recurso de casación, fundado en uno.

D. Fabio y D. Javier han interpuesto recurso de casación fundado en dos motivos.

Factorías Vulcano ha interpuesto recurso de casación. Aunque alega formular un motivo, incurre en el error de confundir la exigencia de que «el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con la imposibilidad de formular más de un motivo del recurso de casación, cuando es lo cierto que cuando se alegue más de una infracción, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto. No obstante, en el desarrollo de ese supuesto motivo único, se formulan tres «fundamentos» que, por los términos en que son expuestos, constituyen en realidad tres motivos diferentes del recurso de casación, formulados correctamente.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Arturo se encabeza así:

«Infracción de las normas sobre prueba: falta de práctica de pruebas admitidas tanto en instancia como en apelación. Motivo del art. 469.1.3 LEC, en relación con los arts. 281, 282, 385.2 y 3 y 460 LEC referente a la procedencia de la prueba en apelación, y art. 24 CE».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la falta de práctica de algunas pruebas testificales propuestas por el recurrente para probar su ausencia de capacidad volitiva ha infringido su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.

3.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se inicia con este encabezamiento:

«Error en la valoración de la prueba que conlleva a una valoración irracional, ilógica y arbitraria. Motivo del art. 469.1.4 LEC en relación con los arts. 217 LEC y 24 CE».

4.- En este motivo se mezclan alegaciones de diversa naturaleza relacionada con falta de acogimiento de la alegación de falta de capacidades volitivas realizada por el recurrente.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Falta de efecto útil del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial que se recurre, tras considerar que no está probada adecuadamente la alteración psíquica que, según alegó el recurrente, le privaría de las capacidades volitivas necesarias para adoptar las decisiones propias de su condición de administrador social, argumentó que incluso si concurriera esa alteración psíquica, no exoneraría al Sr. Arturo de su responsabilidad civil derivada de su conducta antijurídica y, por tanto, de su consideración como persona afectada por la calificación del concurso y los pronunciamientos condenatorios que tal consideración trajo aparejada, la inhabilitación y la condena a la cobertura parcial del déficit **concurzal**.

2.- Como pone de manifiesto la administración **concurzal** en su escrito de oposición al recurso, el Sr. Arturo se ha limitado a impugnar extremos relativos a la actividad probatoria referida a su supuesta alteración psíquica; en concreto, ha impugnado la falta de práctica de algunas pruebas y la valoración de las pruebas practicadas. Pero no ha formulado recurso de casación contra las razones jurídicas por las que la sentencia justifica que, incluso si concurriera la alteración psíquica alegada por el hoy recurrente, tal circunstancia no le relevaría de su responsabilidad.

3.- Lo expuesto determina que el recurso extraordinario por infracción procesal carezca de efecto útil, puesto que aunque se llegara a considerar probada la alteración psíquica que el recurrente alega, quedarían sin impugnar las razones jurídicas por las que la Audiencia Provincial considera irrelevante la concurrencia de tal circunstancia y declara procedente la consideración del recurrente como persona afectada por la calificación incluso en el caso de que sus facultades psíquicas hubieran estado alteradas.

Recurso de casación**CUARTO.-** *Consideraciones previas sobre el carácter inadmisibles de un motivo de recurso y de parte de las alegaciones que fundamentan otro motivo*

1.- El único motivo del recurso de casación de D. Arturo denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 172.3 de la Ley **Concurzal** «al realizar una aplicación automática de la responsabilidad **concurzal** sin valorar elementos objetivos y subjetivos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni la incidencia que la conducta del Sr. Arturo hubiera podido tener en la generación o agravación de la insolvencia».

2.- Sin embargo, en el desarrollo del motivo, junto con alegaciones que se refieren efectivamente a la aplicación de la norma que regula la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit **concurzal** cuya infracción constituye el objeto del motivo, se contienen argumentos que se refieren a otra cuestión, que conceptualmente constituye un antecedente lógico de la condena a la cobertura del déficit **concurzal**, y que suponen impugnar el hecho mismo de que el recurrente haya sido considerado como persona afectada por la calificación del concurso como culpable.

3.- Estas alegaciones no pueden ser tomadas en consideración, por cuanto que no se refieren a la infracción legal denunciada en el encabezamiento del motivo (la del art. 172.3 de la Ley **Concurzal**, en su redacción originaria), sino a una cuestión diferente, relativa a la aplicación del art. 172.2.1º con relación al art. 164.1, ambos de la Ley **Concurzal**.

Por tanto, ese motivo del recurso se analizará después de resolver los relativos a la impugnación de la calificación del concurso como culpable y de la determinación de las personas afectadas por tal calificación,



y para resolverlo solo se tomarán en consideración las alegaciones que sean relevantes para considerar infringido el art. 172.3 de la Ley **Concursal**.

4.- El primer motivo del recurso de casación interpuesto por D. Fabio y D. Javier plantea que la sentencia de la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el art. 164.1 de la Ley **Concursal**, pero la argumentación expuesta en el desarrollo del motivo se circunscribe a que la actuación de Factorías Vulcano a la que se imputa la incidencia causal en la insolvencia de Factorías Juliana no es un acto realizado en calidad de administradora de esta última sociedad, sino como deudora suya.

5.- Este motivo es inadmisibles. En primer lugar, parte de una premisa errónea, como es que la única conducta que la Audiencia Provincial ha considerado determinante para la calificación del concurso como culpable fue la conducta de Factorías Vulcano, cuando la sentencia de la Audiencia Provincial consideró que las conductas que determinaron la calificación del concurso de Factorías Juliana como culpable fueron tanto la de Factorías Vulcano como las de las tres personas físicas condenadas como personas afectadas por la calificación.

6.- En segundo lugar, como pone de manifiesto la administración **concursal** en su oposición al recurso, este motivo de recurso solo serviría, de considerarse correctamente fundado, para revocar la consideración de Factorías Vulcano como persona afectada por la calificación y su consiguiente condena a inhabilitación, a la pérdida de los derechos que tuviera frente a la concursada y a la cobertura parcial del déficit **concursal**. No puede fundar la revocación de la condena de D. Fabio y D. Javier, y tampoco la calificación del concurso como culpable, puesto que no se cuestiona la consideración que hace la Audiencia Provincial de la conducta de estos como determinante de la insolvencia de Factorías Juliana.

7.- Teniendo en cuenta lo expuesto, D. Fabio y D. Javier carecen de gravamen que les legitime para formular ese motivo del recurso, porque ese gravamen solo corresponde a Factorías Vulcano, única a la que podría beneficiar la estimación del motivo. Por ello, el motivo del recurso no es admisible.

8.- Tras estas consideraciones previas, pasaremos a analizar el resto de los motivos del recurso de casación.

En primer lugar, analizaremos los motivos que impugnan la aplicación de las normas que justifican la calificación del concurso como culpable y la consideración de los condenados como personas afectadas por la calificación. A continuación, abordaremos los motivos que impugnan la condena a esas personas a la cobertura parcial del déficit **concursal** con base en el art. 172.3 de la Ley **Concursal**, en su redacción original.

QUINTO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación de Factorías Vulcano*

1.- Este motivo lleva el siguiente encabezamiento:

«Infracción por aplicación indebida del artículo 164.1 de la Ley **Concursal**. Erróneo juicio valorativo sobre el elemento subjetivo (dolo o culpa grave) de las conductas por incorrecta aplicación del art. 164.1 de la Ley **Concursal** en relación a la condición de administrador del supuesto causante de la generación o agravación de la insolvencia y el título por el que lo realiza».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que la falta de pago no es una acción que pueda imputarse al administrador social de Factorías Juliana, pues a esta solo sería imputable, en su caso, no haber exigido la liquidación y el pago. Y que no puede reprochársele no haber exigido en la primera mitad del año 2009 una cantidad líquida que no fue liquidada hasta el año 2010 en una sentencia del juzgado mercantil que tramitaba el concurso.

3.- La recurrente alega asimismo que el deber de lealtad supuestamente infringido por la sociedad dominante, Factorías Vulcano, no se le asigna como administrador social único sino como socio único o empresa matriz, lo que sería incorrecto.

El deber de lealtad debería entenderse, según la recurrente, como la obligación del administrador de no explotar los activos sociales en su propio interés pues debe hacerlo siempre en interés de todos los socios. Pero este deber de lealtad no es exigible cuando el administrador social es el socio único, titular de todo el capital social, puesto que el interés social de la sociedad administrada es el mismo que el del administrador, socio único, sin posibilidad de conflicto, al faltar el elemento de la ajenidad. La recurrente cuestiona que se considere desleal que el administrador haya optado por la supervivencia de la sociedad dominante a costa del quebranto patrimonial de la sociedad dominada y alega que, en todo caso, se trataría de una decisión de Factorías Vulcano como socio único y no como administrador social de Factorías Juliana.

SEXTO.- *Decisión del tribunal (I). La conducta determinante de la calificación del concurso como culpable*

1.- La Audiencia Provincial no considera que la conducta de los administradores que es relevante para calificar el concurso como culpable fuera la de no pagar la cantidad adeudada por Factorías Vulcano a Factorías



Juliana. De haber sido así, no tendría ningún sentido haber considerado como personas afectadas por la calificación a los administradores personas físicas, pues estos eran deudores de Factorías Juliana.

La conducta de los administradores que ha sido considerada como relevante para la calificación del concurso fue la de permitir que Factorías Vulcano desistiera del contrato de construcción de buques celebrado con Factorías Juliana y se llevara los barcos de Gijón a Vigo sin exigirle la liquidación del contrato y el pago de la cantidad resultante de tal liquidación.

Lógicamente, una vez que Factorías Vulcano pasó a ser administradora única de Factorías Juliana, la obligación de administración diligente consistente en exigir esa liquidación y pago se veía facilitada al concurrir en una misma persona la cualidad de deudor y la de administrador de la sociedad acreedora.

2.- Las consideraciones de la Audiencia Provincial sobre la capacidad económica de Factorías Vulcano en aquellas fechas no responden a que la conducta considerada relevante sea la de la falta de pago de lo adeudado, sino que van destinadas a rebatir el argumento consistente en que la conducta de los administradores sociales no fue dolosa ni gravemente culpable pues no se procedió a exigir esa liquidación y pago porque Factorías Vulcano no tenía capacidad de afrontarlo y, por tanto, carecía de sentido exigirlo.

3.- La alegación de Factorías Vulcano de que no puede reprochársele, como administrador social de Factorías Juliana, no haber exigido en la primera mitad del año 2009 el importe de las obras de construcción de los buques realizadas por Factorías Juliana porque no fue liquidada hasta que fue fijada en una sentencia del año 2010, carece de fundamento.

La conducta que la Audiencia Provincial consideró relevante fue la omisión de la exigencia de liquidación del contrato, y esta liquidación no tenía que ser necesariamente judicial. Además, una vez que Factorías Vulcano fue nombrado administrador único, se hacía mucho más fácil liquidar el contrato puesto que todos los datos necesarios para realizar esa liquidación se encontraban en manos de una misma persona, que ostentaba la cualidad de deudora y de administradora de la acreedora. Esa mayor facilidad para el administrador en lograr la satisfacción del crédito social no puede convertirse en una excusa que justifique la inaplicación del art. 164.1 de la Ley **Concursal**, con base en el argumento de que no se está enjuiciando su conducta como administrador sino como acreedor.

4.- Si la liquidación hubo de realizarse en una sentencia judicial con posterioridad a la declaración en concurso de Factorías Juliana fue justamente porque los administradores de esta se abstuvieron de promoverla antes de tal declaración de concurso. Esa sentencia no era constitutiva, la obligación de Factorías Vulcano de pagar la cantidad adeudada por la ejecución del contrato de construcción de barcos por parte de Factorías Juliana no nació de esa sentencia judicial, sino que esa obligación era preexistente y la sentencia se limitó a declarar la existencia del crédito por una cantidad concreta.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal (II). La antijuridicidad de la conducta de Factorías Vulcano como administrador social de Factorías Juliana*

1.- Factorías Vulcano alega que no ha podido vulnerar el deber de lealtad, como administrador de Factorías Juliana, porque al ser su socio único, no existe el elemento de ajenidad necesario para que al administrador social le sea exigible el deber de lealtad con la sociedad administrada. No es posible el conflicto de intereses entre administrador y administrada, concluye la recurrente.

2.- Factorías Vulcano es la sociedad matriz del grupo de sociedades en el que Factorías Juliana estaba integrada como filial, y es titular del 100% del capital social de Factorías Juliana, que es una sociedad unipersonal.

En nuestra sentencia 695/2015, de 11 de diciembre, afirmamos que el deber de lealtad del administrador de la sociedad filial viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo; en concreto, no viene referido al interés de la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés del grupo».

La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus particulares objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado.

El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal



administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo.

3.- Puede afirmarse también que el hecho de que la decisión del administrador beneficie a la mayoría social, incluida la sociedad matriz cuando esta es titular de la mayoría del capital social, no excluye la posibilidad de que haya infringido el interés social y, por tanto, su deber de lealtad.

Debe recordarse que la normativa societaria prevé como una de las causas de impugnación de los acuerdos sociales la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (anterior art. 115.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, actual art. 204.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Teniendo en cuenta que los acuerdos sociales han de adoptarse por mayoría que, en el caso de los acuerdos de la junta de socios, será la mayoría del capital social, y en ocasiones se exige incluso una mayoría cualificada para la aprobación del acuerdo, el hecho de que pueda considerarse contrario al interés social un acuerdo adoptado por la mayoría del capital social muestra que el interés social no es necesariamente el interés de la mayoría del capital social.

4.- Ahora bien, el supuesto de sociedad unipersonal en la que el socio único es la sociedad matriz del grupo y el administrador es también la propia sociedad matriz-socio único, es realmente singular en lo que respecta a la configuración del deber de lealtad del administrador.

La situación del administrador socio único se compagina de manera problemática con el entendimiento de los deberes del administrador social como deberes «fiduciarios», concreciones de una obligación básica o genérica que le incumbe como gestor de intereses ajenos y que consiste en realizar el interés social o, siguiendo la dicción del actual art. 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, obrar «en el mejor interés de la sociedad».

5.- También es difícil compaginar esta situación con el hecho de que la evitación del conflicto de intereses sea una de las principales concreciones del deber de lealtad, que en unos casos se traduce en un deber de abstención del administrador en situación de conflicto y en otros en un deber de información a la sociedad sobre la existencia de tal deber de conflicto.

No debe olvidarse tampoco que, frente a lo previsto con carácter general en el actual art. 229.1.a del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que exige al administrador social que se abstenga de realizar transacciones con la sociedad, el art. 16 de dicho texto legal autoriza la celebración de contratos entre la sociedad y el socio único, sometidos a un deber específico de publicidad y de responsabilidad del socio único por las ventajas obtenidas en perjuicio de la sociedad, y es frecuente que en estos supuestos, el administrador de la sociedad unipersonal sea el propio socio único.

6.- No parece, por tanto, que el supuesto de sociedad unipersonal en que el administrador es el socio único sea el más adecuado para delimitar conceptualmente el deber de lealtad del administrador social, entendido como deber de obrar en el mejor interés de la sociedad, evitando intervenir en situaciones de conflicto e informando al resto de administradores o a la junta general de la existencia del conflicto de intereses.

Menos aún para resolver la controversia entre la concepción contractualista y la institucionalista del interés social que determina el deber de lealtad del administrador social, que esta sala en sus últimas sentencias ha abordado con cautela (sentencias 873/2011, de 10 de noviembre, y 991/2011, de 17 de enero de 2012).

7.- Pero para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del art. 164.1 de la Ley **Concursal** (que cause o agrave la insolvencia de la sociedad) no es indispensable que vulnere el deber de fidelidad que le imponía el art. 127.bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente cuando sucedieron los hechos y que actualmente le impone, con la denominación de deber de lealtad, el art. 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como deber de desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad, deber que viene referido fundamentalmente al ámbito interno de la sociedad.

Lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el art. 164.1 de la Ley **Concursal**, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable.

8.- Ciertamente, la insolvencia del deudor es un riesgo propio de las relaciones comerciales, pero cuando esta insolvencia es buscada de propósito por el administrador social o, al menos, consentida, para beneficiar



a los socios o a terceros, no puede pretender que su conducta carezca de consecuencias en la sección de calificación del concurso si encaja en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable.

Por regla general, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta del administrador dolosa o gravemente culposa supone una infracción de sus deberes de administración diligente y leal. Pero incluso si se considerara que una conducta deliberada de no exigir la liquidación del contrato de ejecución de los buques y el pago de la obra ejecutada no supusiera una infracción del deber de lealtad de Factorías Vulcano, como administrador de Factorías Juliana, por inexistencia del elemento de ajenidad entre administrador y administrada y por imposibilidad de que se produzca un conflicto de intereses entre el socio único administrador y la sociedad unipersonal administrada, ello no supondría la ausencia del elemento de antijuridicidad en la conducta del administrador, porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.

9.- Por tal razón, aunque no se consideraran correctas las consideraciones que la sentencia recurrida hace con relación a la infracción del deber de lealtad por parte de Factorías Vulcano, como administrador de Factorías Juliana, tal incorrección resultaría irrelevante, en tanto que persiste la antijuridicidad de su conducta derivada de haber generado o agravado deliberadamente la insolvencia de Factorías Juliana al no haber liquidado el contrato de construcción de buques del que había desistido la propia Factorías Vulcano ni, consiguientemente, haber exigido el pago del importe adeudado, con lo que sacrificó la solvencia de la sociedad filial para posibilitar la pervivencia de la sociedad matriz, en perjuicio de los acreedores de aquella.

OCTAVO.- *Formulación del segundo motivo del recurso de casación de Factorías Vulcano*

1.- El encabezamiento del segundo motivo del recurso de casación formulado por Factorías Vulcano se encabeza con este epígrafe:

«Infracción por aplicación indebida del artículo 164.1 Ley **Concursal**, ausencia de juicio valorativo sobre la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia».

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia no razona, con criterios inspirados en la lógica y la experiencia, cómo la falta de reclamación de los más de cincuenta y ocho millones de euros a Factorías Vulcano constituyó un antecedente causal de la insolvencia de Factorías Juliana, y por qué ha pesado más que otras causas, como el impago de otras deudas.

NOVENO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- Los argumentos que sirven de apoyo a este motivo persiguen, en buena parte, modificar la base fáctica sobre la que se asienta la sentencia recurrida, lo que no es posible realizar en casación.

La recurrente hace también mención a cómo deberían haberse aplicado las reglas de la carga de la prueba, lo cual es también una cuestión ajena al recurso de casación, puesto que de haberse infringido alguna de las reglas que la regulan en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cauce adecuado para denunciar la infracción era el del recurso extraordinario por infracción procesal, no el del recurso de casación.

2.- Por otra parte, en el recurso de casación se pueden impugnar las consideraciones de la sentencia que afectan a la relación de causalidad únicamente en lo relativo al aspecto jurídico, en especial en lo referente a los criterios de imputación objetiva, con base en los cuales, algunas conductas que desde el punto de vista fáctico pueden considerarse causales, pueden no serlo desde el punto de vista jurídico por diversas razones.

3.- La impugnación que Factorías Vulcano formula en este motivo no afecta a la existencia de criterios propios de la imputación objetiva, excluyentes de la causalidad jurídica, que no hubieran sido tomados en consideración por la Audiencia Provincial. La recurrente se limita a negar la existencia de una argumentación sobre la existencia de la relación de causalidad, argumentación que sí existe, o pretende que se argumente lo que es obvio, esto es, que la falta de exigencia de satisfacción de un crédito por un importe muy elevado (más de cincuenta y ocho millones de euros) tiene incidencia causal en la insolvencia de la sociedad acreedora, que fue declarada en concurso pocos meses después de que Factorías Vulcano desistiera del contrato de construcción de los buques y se los llevara a sus astilleros, sin que los administradores de Factorías Juliana exigieran la liquidación del contrato y el pago del importe de lo ejecutado por Factorías Juliana.

4.- Que existan otras causas que también coadyuvaron a la insolvencia de la concursada, cuya existencia reconoce la Audiencia Provincial puesto que las tiene en cuenta para moderar la responsabilidad **concursal**, no es óbice para que la conducta de los administradores se encuadre en el art. 164.1 de la Ley **Concursal**, ya que



no es necesario que se trate de la causa única de la insolvencia, puesto que puede tratarse de una concausa de la insolvencia, que la hubiera provocado junto con otras causas o simplemente la hubiera agravado.

DÉCIMO.- *Formulación del único motivo de casación formulado por D. Arturo , del segundo motivo formulado por D. Fabio y D. Javier y del tercer motivo formulado por Factorías Vulcano*

1.- El único motivo de casación del recurso de D. Arturo se formula bajo el siguiente epígrafe:

«Aplicación indebida del artículo 172-3 Ley **Concursal** (actual artículo 172 bis LC) al realizar una aplicación automática de la responsabilidad **concursal** sin valorar elementos objetivos y subjetivos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni la incidencia que la conducta del Sr. Arturo hubiera podido tener en la generación o agravación de la insolvencia».

2.- En el desarrollo del motivo, junto con otros argumentos que ya hemos declarado inatendibles, se alega que la sentencia recurrida no razona cuál fue la participación del Sr. Arturo en la conducta determinante de la calificación culpable del concurso, por lo que no existe imputación subjetiva al mismo.

El recurrente alega también que en un consejo de administración, el recurrente contestó, a preguntas de un representante sindical, que con el traslado de los buques a Vigo, también se marcharían las pérdidas, por lo que el recurrente actuó en beneficio de la concursada.

También se alega que una reclamación de tal magnitud no podía realizarse en pocos días, y el recurrente cesó el 5 de marzo de 2009.

3.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso de casación de D. Fabio y D. Javier tiene el siguiente tenor literal:

«Infracción por incorrecta aplicación del art. 172.3 de la Ley **Concursal** aplicable a la litis racione temporis».

4.- En el desarrollo del motivo se alega que en la sentencia de la Audiencia Provincial se recogen los criterios empleados para minorar la condena solicitada por la administración **concursal**, pero no la justificación añadida para la imposición de la condena.

Y que el cese de los recurrentes, a menos de tres meses del traslado de los barcos a Vigo, supone que su capacidad de maniobra para una eventual reclamación fue exigua.

5.- El tercer motivo del recurso de casación de Factorías Vulcano se encabeza así:

«Infracción por aplicación indebida del artículo 172.3 Ley **Concursal** (vigente 172 bis), incorrecta imputación subjetiva de Factorías Vulcano S.A. y su cuantificación».

6.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que se ha hurtado la imputación a la recurrente y la ponderación de su actuación con relación a la de los otros condenados y que no existe criterio alguno por el que pueda asignarse mayor gravedad en la conducta imputada a Factorías Vulcano que a los otros condenados.

7.- La estrecha relación existente entre estos motivos aconsejan su resolución conjunta.

UNDÉCIMO.- *La justificación de la condena a responder del déficit **concursal**, a la cuantía de la condena y a su individualización entre las personas afectadas por la calificación*

1.- La jurisprudencia que interpreta el art. 172.3 de la Ley **Concursal** , en su redacción originaria, que es la aplicable en este caso, ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit regulada en la redacción original de este precepto gira 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 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, etc.).

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 dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

2.- 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, en la redacción original del precepto, no tenía que ser necesariamente 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. Así ocurrió en los casos objeto de las sentencias 29/2013, de 12 de febrero , y 421/2015, de 22 julio , en que las conductas que habían justificado primero la calificación culpable y luego la condena a la cobertura del déficit, cumplían los presupuestos normativos del art. 164.1 de la Ley **Concursal** , pues habían generado la insolvencia de la sociedad concursada, con culpa grave de su administrador. Se declaró en estas sentencias:

«Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es la tipificada en el art. 164.1 LC , y , más en concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el art. 172 bis LC , la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos».

3.- La sentencia recurrida, que confirma en este extremo la de primera instancia, se adecúa a esta doctrina. La condena a la cobertura parcial del déficit se funda en que la conducta de los administradores condenados impidió que se hiciera efectivo el crédito que la sociedad tenía frente a Factorías Vulcano, al permitir que los buques fueran trasladados desde el astillero de Factorías Juliana al de Factorías Vulcano tras el desistimiento del contrato por parte de esta última, sin promover la liquidación del contrato en base al cual la sociedad que administraban, Factorías Juliana, tenía derecho a hacer efectivo un crédito contra Factorías Vulcano por más de cincuenta y ocho millones de euros. La insolvencia de Factorías Juliana se habría generado o, por lo menos, agravado, como consecuencia de esta conducta omisiva de los administradores sociales.

La justificación añadida radica en la correlación que puede establecerse entre esta conducta y lo que no llegaron a cobrar los acreedores concursales con la liquidación **concursal** de la masa activa. Guarda relación con la generación o el agravamiento de la insolvencia que esta conducta provocó y es consistente pues los elementos normativos de la conducta tipificada como culpable inciden en la agravación de la insolvencia. Es justamente por eso que la sentencia modera la responsabilidad **concursal** de los administradores respecto del total del déficit **concursal**, tanto por considerar que existieron otras causas que coadyuvaron a que Factorías Juliana entrara en una situación de insolvencia, como por la distinta gravedad y reprochabilidad que observa en la conducta de los diversos administradores.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial, tanto por lo que afirma expresamente como porque asume la sentencia de primera instancia, concreta la conducta de las personas afectadas por la calificación que determina su consideración como tales y su condena parcial a la cobertura del déficit **concursal**. Tal conducta consistió en la omisión de cualquier iniciativa para la liquidación del contrato de construcción de buques en cuyo cumplimiento se había generado un crédito a favor de Factorías Juliana por una cantidad muy importante (más de cincuenta y ocho millones de euros), y para la exigencia de pago de tal crédito.

Se trata de una conducta llevada a cabo por todos los administradores sociales condenados, pues todos ellos omitieron exigir la liquidación del contrato de construcción de buques cuando se produjo el desistimiento del comitente y el traslado de los buques y el pago de la cantidad que resultara de tal liquidación.

5.- Asimismo, la sentencia recurrida individualiza la gravedad de la conducta de las personas afectadas de la calificación. Lo hace, en primer lugar, para no imponerles la cobertura total del déficit **concursal**, por considerar que no fueron las únicas culpables de la insolvencia de Factorías Juliana. Y, en segundo lugar, para graduarla entre las distintas personas afectadas por la calificación, al considerar que la responsabilidad de las personas físicas era mucho menor que la de Factorías Vulcano, puesto que esta se benefició directamente de esa conducta, pues era la obligada a pagar la cantidad que no fue liquidada ni exigida.

6.- La alegación del recurso del Sr. Arturo , relativa a que en un consejo de administración, el recurrente contestó, a preguntas de un representante sindical, que con el traslado de los buques a Vigo, también se



marcharían las pérdidas, no solo no sirve para estimar su impugnación sino que, por el contrario, confirma que era consciente del perjuicio que suponía para la sociedad administrada que los buques en construcción se trasladaran al astillero de Factorías Vulcano, una vez que esta desistió del contrato de construcción, sin que liquidara las cantidades adeudadas por la construcción de tales buques, de modo que las deudas en que Factorías Juliana había incurrido para acometer la construcción de los buques «se quedaron» en Gijón mientras que los buques «se marcharon» a Vigo, por usar los términos que se emplearon en esa discusión.

7.- Por último, respecto del escaso tiempo en que los recurrentes ostentaron el cargo de administrador de Factorías Juliana entre el desistimiento del contrato por parte de Factorías Vulcano, con el consiguiente traslado de los buques en construcción, y la declaración en concurso de Factorías Juliana, se trata de una circunstancia que tampoco obsta la exigencia de responsabilidad **concurral** a los recurrentes.

Los administradores personas físicas no realizaron actuación alguna dirigida a la liquidación de los contratos y consiguiente cobro del importante crédito generado por la construcción de los buques. Tenían a su disposición importantes instrumentos para exigir tal liquidación y el pago de la cantidad que resultara de ella, inclusive el derecho de retención que en aquel entonces les reconocía el art. 1600 del Código Civil, actualmente reconocido en el art. 139 de la Ley de Navegación Marítima .

El administrador persona jurídica no realizó tampoco actuación alguna tendente a liquidar el contrato y a exigir el pago, pese a la facilidad que para conseguir el éxito de tales actuaciones suponía la confusión en una misma persona del administrador social de Factorías Juliana y del comitente de la obra y deudor en virtud de lo previsto en el art. 1594 del Código Civil .

8.- Por estas razones, estos motivos del recurso también deben ser desestimados.

DUODÉCIMO .- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Arturo y los recursos de casación interpuestos por D. Arturo , por D. Fabio y D. Javier , y por Factorías Vulcano S.A. contra la sentencia 127/2015, de 15 de mayo, dictada por Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 261/2014 .

2.º- Imponer a los recurrentes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.