



Roj: **SAP M 11655/2020 - ECLI:ES:APM:2020:11655**

Id Cendoj: **28079370282020100981**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/10/2020**

Nº de Recurso: **3459/2018**

Nº de Resolución: **498/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 4, 30-09-2016 (proc. 577/2005),
SAP M 11655/2020**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2005/0066807

Recurso de Apelación 3459/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

Autos de **Concurso** ordinario 577/2005

APELANTE: D. Higinio

PROCURADOR Dña. ALICIA MÍGUEZ PARADA

APELADO: ADMINISTRACION CONCURSAL DE TENEDISMAR, S.L.

LETRADO D. AFRODISIO CUEVAS GUERRERO

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA N° 498/2020

En Madrid, a 16 de octubre de 2020.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 3459/2018, los autos de la sección de calificación del **concurso** voluntario nº 577/2005, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Han intervenido en esta segunda instancia, D. Higinio , como apelante, y la administración concursal de TENEDISMAR SL, como apelada. Ambos han estado representados y defendidos en legal forma.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Mediante auto dictado con fecha 18 de julio de 2008 se ordenó la apertura de la sección sexta del **concurso** de la entidad TENEDISMAR SL.

SEGUNDO.- Formada la sección sexta del **concurso**, tras la expiración de los plazos para personación de interesados, la administración concursal de dicha sociedad concursada presentó informe, el 6 de noviembre de 2008, en el que proponía la calificación como culpable del **concurso** de TENEDISMAR SL, considerando personas afectadas por la calificación a D. Mateo y a D. Higinio, para los que solicitaba su inhabilitación por siete años para administrar bienes ajenos, la pérdida de sus derechos como acreedores y la condena a devolver lo indebidamente percibido y los daños y perjuicios causados, además de exigirles la cobertura del déficit patrimonial que resultase tras la liquidación de la masa activa del **concurso**.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante su dictamen, presentado el 26 de noviembre de 2008, interesó la calificación como culpable del **concurso** de la mencionada sociedad, considerando persona afectada por la calificación a D. Mateo y a D. Higinio, para los que solicitaba su inhabilitación por tres años para administrar bienes ajenos, la pérdida de sus derechos como acreedores, la condena a devolver lo indebidamente percibido y la cobertura del déficit patrimonial que resultase tras la liquidación de la masa activa del **concurso**.

TERCERO.- Tramitadas las actuaciones por su cauce correspondiente, no se planteó oposición a la calificación interesada para el **concurso** y a las responsabilidades reclamadas.

CUARTO.- Tras ello, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia, el 30 de septiembre de 2016, cuyo fallo era el siguiente:

*"Que DEBO CALIFICAR como CULPABLE el **concurso** de TENEDISMAR S.L, y en consecuencia se adoptan los siguientes pronunciamientos:*

- a) SE DETERMINA como persona afectada por la calificación del **concurso** a Don Mateo y Don Higinio .
- b) Se le INHABILITA a TRES AÑOS para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.
- c) Se ACUERDA la pérdida del derecho que como acreedor concursal tengan y la CONDENAN a abonar la suma de 2.368.353,53 euros por el déficit patrimonial causado.
- d) SE le CONDENAN a que abone a los acreedores la cantidad que no perciban en la liquidación de la masa activa. No se hace especial condena en costas."

QUINTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Higinio se interpuso recurso de apelación que, una vez admitido por el mencionado juzgado, fue tramitado en legal forma.

Completado el trámite ante el juzgado, los autos fueron enviados a la Audiencia Provincial, en cuyo registro general tuvieron entrada con fecha 10 de septiembre de 2018.

Turnado el asunto a la sección 28ª, tras recibir ésta los autos, se procedió a la formación del rollo de apelación, que se ha seguido con arreglo a los trámites previstos para los procedimientos de su clase.

SEXTO.- La sesión de deliberación del asunto se realizó con el tribunal constituido al efecto en fecha 15 de octubre de 2020, respetando el orden de señalamientos establecido en este órgano judicial.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que resultan trascendentes para el enjuiciamiento que aquí nos ocupa son los siguientes:

1º) TENEDISMAR SL es una entidad mercantil, que se dedicaba a la fabricación de objetos de plástico para la industria de la automoción, que fue declarada en **concurso** con fecha 13 de febrero de 2006. En el seno del expediente concursal se señaló la insuficiencia de la masa activa para satisfacer la pasiva, lo que implicaba un significativo déficit patrimonial.

2º) D. Higinio, fue administrador solidario de TENEDISMAR SL desde el 3 de septiembre de 2002, en que se produjo su nombramiento en junta general, hasta el 30 de marzo de 2005, fecha en la que dimitió del cargo; y

3º) no ha aparecido registro alguno de contabilidad en libros oficiales de la entidad TENEDISMAR SL de los ejercicios 2001 a 2005.



En la resolución dictada en la primera instancia se calificó de culpable el **concurso** de TENEDISMAR SL, exclusivamente por razón del incumplimiento en la llevanza de la preceptiva contabilidad. Ello le ha permitido luego a la juzgadora derivar consecuencias a quienes fueron los administradores solidarios de esa entidad, el apelante, D. Higinio , y el codemandado, aquietado a lo fallado, D. Mateo , a quienes impuso la inhabilitación por tres años para administrar bienes ajenos, además de exigirles la cobertura del déficit patrimonial.

Contra esa decisión judicial únicamente se ha alzado en apelación uno de los administradores condenados, D. Higinio . Alega en su escrito de recurso que decidió no personarse durante la tramitación de la primera instancia por la confianza que tenía en que habiendo dimitido del cargo el 30 de marzo de 2005 ninguna responsabilidad le iba a poder alcanzar a él. Sostiene que debería valorarse que nunca tuvo intervención en la sociedad TENEDISMAR SL hasta su nombramiento como administrador solidario el 3 de septiembre de 2002 y que desde entonces no tomó parte en la toma de decisiones empresariales, ni tenía conocimientos contables ni fiscales, por lo que simplemente se fío de la gestión que realizaba el otro administrador, hasta que decidió dimitir, después de pedirle a este otro que presentara un procedimiento concursal. Asegura que a él solo le han resultado perjuicios dada su condición de fiador de TENEDISMAR SL ante BANCAJA. Insiste en que a él no se le ha requerido para aportar ningún documento, y que quien debería haberlos presentado era el otro administrador solidario; muestra su extrañeza por el reproche de ausencia de contabilidad, cuando él tiene constancia de que se aprobaron cuentas anuales en TENEDISMAR SL. Además, entiende que no puede ser responsabilizado por lo que ocurriese tras su cese, aparte de no haber firmado él ningún contrato ni documento con la acreedora solicitante del **concurso**. Aduce que no debería aplicarse en su contra de manera retroactiva una normativa sancionadora, como califica a la que regula la responsabilidad concursal. Considera que su conducta no ha tenido incidencia alguna en la agravación de la insolvencia de TENEDISMAR SL y se queja de que no se haya efectuado una valoración individualizada de la conducta de cada uno de los dos administradores sociales. Suplica, tras ello, que se le exonere de responsabilidad o cuando menos que se le rebaje a dos años el período de inhabilitación que le ha sido impuesto.

Significamos que resultan aplicables al presente caso, por razones temporales, las previsiones legales contenidas en Ley 22/2003 Concursal, además en su versión originaria, como luego explicaremos, pese a que durante la tramitación de la segunda instancia haya entrado en vigor el TR de la LC aprobado por RDL 1/2020.

SEGUNDO.- El recurrente pretende privar de relevancia procesal a la circunstancia de que en el presente caso se produjo su falta de oposición en la primera instancia, tanto en lo que atañe a la pretensión de calificación culpable del **concurso** como a las responsabilidades imputadas las personas afectadas.

Sin embargo, esa pasividad acarreó consecuencias procesales, pues el Tribunal Supremo (sentencia nº 574/2017, de 24 de octubre) considera que la previsión que se contenía en el artículo 171.2 LC (ahora en el artículo 451.2 del vigente TR de la LC aprobado por RDL 1/2020) suponía una de las excepciones a la regla de la oposición implícita a que se refiere el artículo 496.2 LEC a propósito de la situación de rebeldía, de manera que en la sección de calificación se equipara la falta de oposición a la conformidad con la pretensión de calificación. Por lo que habría precluido para el recurrente la posibilidad de hacer valer en apelación motivos de oposición que dejó de aducir en tiempo y forma. Tan sólo podría fundar su recurso en la comisión de deficiencias jurídicas por el juez del **concurso** a la hora de la apreciación de los hechos o del derecho aplicable a tenor de lo expresado en su sentencia.

TERCERO.- La única causa que sostiene la calificación culpable, y las responsabilidades derivadas de ella, en la resolución apelada es la apreciación de que se incurrió en la conducta de incumplimiento sustancial de llevanza de la contabilidad en el seno de la sociedad TENEDISMAR SL. Ello fue derivado por la juzgadora de la circunstancia de que nadie aportó los asientos contables correspondientes a los ejercicios 2001 a 2005, ni los documentos que deberían haberles servido de soporte.

Por lo tanto, ya que solo ha recurrido uno de los administradores con la vocación de resultar exonerado de responsabilidad, está fuera de lugar que él o cualquiera otra de las partes planteen en esta apelación, al margen del instrumento procesal que hubiera correspondido (una apelación paralela o un trámite de impugnación de sentencia), alegatos relacionados con otros posibles motivos de calificación que no tuvieron acogida en la sentencia del juzgado de lo mercantil. No tiene, sentido, por lo tanto, que se aluda a la eventual tardanza en acudir a solicitar el **concurso** o a la falta de colaboración con la administración concursal, pues no fueron estas eventuales conductas las causas que han soportado la calificación a tenor de la resolución pronunciada en la primera instancia.

La sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 1 de abril de 2014 señala que *"La necesidad de que la sentencia que califique el **concurso** exprese no solo que el **concurso** se considera fortuito o culpable sino también, en este segundo caso, que exprese la causa o causas en que se fundamente tal calificación , supone que la sentencia de apelación no puede añadir causas determinantes del carácter culpable del **concurso** a las expresadas en la*



sentencia de primera instancia si así no lo pide la administración concursal o el Ministerio Fiscal mediante un recurso de apelación o una impugnación de la sentencia que haya sido recurrida de contrario".

Por otro lado, la necesidad de centrarnos en esa concreta causa de calificación y en la imputación de responsabilidades derivada, precisamente, de ella, supone, como luego iremos comprobando, la irrelevancia de muchas de las circunstancias que el recurrente ha alegado y pretendido acreditar, con documentación, en su escrito de apelación. Porque en nada inciden en la constatación del motivo concreto que justifica la atribución de la responsabilidad.

CUARTO.- El recurrente no debería tratar de confundir los términos. No se le ha reprochado en la sentencia la conducta consistente en la falta de presentación de cuentas anuales correspondientes a determinados ejercicios, sino que lo que se le reprocha es que hubiera estado desempeñando el cargo de administrador social de TENEDISMAR SL durante un período de tiempo en el que se incumplió con la obligación legal de llevar la contabilidad mercantil. Lo que implicaba que resultaba preceptiva la realización de los pertinentes asientos contables de una manera ordenada en los libros correspondientes, en consonancia con los documentos que deberían servirles de soporte. Sin ello no resultaba posible comprobar la fiabilidad de las eventuales cuentas.

Introducido el alegato de la omisión en la ordenada y preceptiva llevanza de la contabilidad en los respectivos informes de la administración concursal y del fiscal, a quien correspondía demostrar que los apuntes hubieran existido, como tal acontecer de signo positivo, así como la llevanza de la contabilidad en legal forma durante el período en cuestión, era a la entidad concursada y a quienes tuvieron bajo su responsabilidad en cada momento la gestión de esta sociedad. Tal es la lógica consecuencia de la aplicación de las reglas contenidas en los números 3 y 7 del artículo 217 de la LEC. Sin embargo, ninguno de ellos lo han intentado siquiera acreditar, ni tampoco han proporcionado un justificado descargo para tal incumplimiento en materia contable. El apelante no puede escudarse en que él no se encargaba de esta tarea, pues lo que sí estaba a su alcance, y ni tan siquiera ha tratado de hacerlo, era haber aprovechado el trámite de oposición, correspondiente a la primera instancia, para, viendo que se le pretendía imputar responsabilidad por ese motivo, aportar entonces la documentación que estuviera a su disposición o al menos para requerir de quien la tuviera la correspondiente exhibición documental. Su indolencia a este respecto no puede considerarse justificada, pues implica el incumplimiento de una carga procesal que a él correspondía atender. No puede quejarse ahora del perjuicio que ello le haya deparado en el seno de la sección de calificación.

La falta de llevanza de la contabilidad social, que es lo que debe considerarse probado en consecuencia, supone la comisión de una conducta omisiva que, sea considerada dolosa o meramente negligente (porque no se podía desconocer lo que constituía una obligación legal - artículo 25 del C. de Comercio), tiene adecuado encaje en el incumplimiento previsto en el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal como circunstancia que justifica la calificación culpable del **concurso**.

Las conductas previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, con independencia de la concurrencia o no de cualquier otra circunstancia, son consideradas por la ley como suficientes para determinar, por sí mismas, el carácter culpable del **concurso**. Basta, por lo tanto, con constatar la concurrencia de un comportamiento subsumible en alguna de las presunciones "iuris et de iure" previstas en dicho precepto legal para que ello deba conllevar la declaración como culpable del **concurso**, 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. Esto se debe a que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que considera necesario garantizar (en especial la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico), ha decidido que si se aprecia la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte del deudor o, si es una persona jurídica, de quien gestione ésta, el **concurso** habrá de ser calificado, de manera inexorable, como culpable. Por esa razón no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, sólo el de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal, ni que se pruebe la relación de causalidad entre ella y la insolvencia, puesto que se trata de "...supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza..." (según el apartado VIII de la exposición de motivos de la Ley Concursal) y en los que, como ha declarado el Tribunal Supremo, la calificación sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguno de los comportamientos descritos en la propia norma (que constituyen tipos de mera actividad - sentencias de la Sala 1ª de 6 de octubre de 2011, de 17 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012, entre otras), de modo que la realización de los que, ya sean positivos o negativos, se describen en los seis ordinales de la misma, resulta determinante de aquella calificación por sí sola, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado. Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del **concurso** si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la



negligencia grave distinta de la propia conducta tipificada en el art. 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable.

La apreciación en el caso que aquí nos ocupa de las circunstancias previstas en el apartado 1º del nº 2 del artículo 164 de la LEC releva al tribunal del esfuerzo de tener que analizar su incidencia causal en la insolvencia, ya que su mera existencia es suficiente para justificar la calificación de culpabilidad.

QUINTO.- El recurrente, D. Higinio, fue administrador solidario de TENEDISMAR SL desde el 3 de septiembre de 2002, en que se produjo su nombramiento en junta general, hasta el 30 de marzo de 2005, fecha en la que dimitió del cargo, por lo tanto, a lo largo de un período significativo de tiempo (dos años y medio) durante el que se ha apreciado que concurría la causa que ha motivado la calificación culpable del **concurso**. Durante su mandato era el corresponsable de la llevanza por la empresa administrada de la contabilidad (artículo 25 del C. de Comercio) y de que ello se hiciese, además, de forma correcta y con arreglo a las prevenciones legales (lo que exigía atenerse a lo previsto en la normativa especial, como señala el texto del nº 1 del precepto legal que acabamos de citar). El administrador social, con independencia de que se pudiera servir para su llevanza diaria de un asesor o de personal de la empresa, es el responsable último de que la contabilidad se llevase del modo legalmente procedente para poder cumplir la finalidad de control y transparencia que le viene asignada.

Advertimos que las conductas que han determinado la calificación culpable del **concurso** resultan imputables al apelante en su condición de administrador de la concursada dentro del período comprendido en los dos años anteriores a la declaración de **concurso**. Se trata de actuaciones que incumben al ámbito de competencias propias del administrador social.

SEXTO.- Hemos de tener presente que la sección de calificación del **concurso** de TENEDISMAR SL se abrió por resolución de fecha 23 de julio de 2008. Eso significa que, en lo que atañe a la exigencia de responsabilidad concursal por déficit, resulta de aplicación la redacción del artículo 172.3 de la Ley Concursal vigente antes de la reforma operada en la Ley concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que introdujo el nuevo artículo 172 bis, modificado luego, a su vez, por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial), todo ello de acuerdo con la disposición transitoria décima de la Ley 38/2011.

Somos conscientes de las reformas operadas en esta materia (en la que se ha incluido en 2014, como requisito novedoso, antes inexistente, la mención "*en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado agravado la insolvencia*"). Pero en sede de este procedimiento debemos atender a la versión anterior de la norma, así como, lógicamente, a la jurisprudencia que había venido interpretándola (en este sentido se inclina también la sentencia de la Sala 1ª del TS de 12 de enero de 2015). No son aplicables a este caso, para enjuiciar sobre la responsabilidad concursal, ni la nueva redacción de lo que pasó a ser el artículo 172 bis por reforma introducida por Ley 38/2011 (que sólo resulta aplicable, según su disposición transitoria 10ª, a los procedimientos concursales en tramitación en los que todavía no se hubiese acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de su entrada en vigor, lo cual no es el caso), ni tampoco la derivada del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que implican, pero con efectos a futuro, no en relación con lo anterior, un importante cambio en la materia de responsabilidad concursal. Como precisa el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015 esta modificación no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad, porque: a) la normativa que regula la responsabilidad concursal no es sancionadora por lo que no son aplicables las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las más favorables (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 y 14 de noviembre de 2012), sino que se trata de un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales; y b) la reforma legal tampoco tiene la retroactividad propia de las normas interpretativas sino que ha introducido un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa.

En concreto, con relación al texto que aquí resulta aplicable por razones temporales, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 6 de octubre de 2011, 17 de noviembre de 2011 y 16 de julio de 2012, entre otras, ha rechazado que la generación o agravación de la insolvencia sea presupuesto de la condena a la cobertura del déficit cuando la calificación del **concurso** como culpable se fundamenta en los tipos de mera actividad previstos en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y considerado que ello no contradice la negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto, como había declarado en las sentencias 56/2011, de 23 de febrero, y 615/2011, de 12 de septiembre, dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales 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.

Es cierto, no obstante, que la responsabilidad concursal de las personas afectadas por la calificación no supone una consecuencia automática que deba recaer de modo ineludible sobre todo administrador o liquidador social que haya sido considerado persona afectada por la calificación. Sólo debe ser impuesta a aquellos administradores, liquidadores o apoderados generales a quienes puedan atribuirse los hechos que hubiese determinado la calificación del **concurso** como culpable. Para ello habrá que realizar una labor de imputación objetiva (emitiendo un juicio de valor para determinar si un daño es objetivamente atribuible a un sujeto, atendiendo a su conducta, a las obligaciones correspondientes a su actividad, a la posibilidad del resultado dañoso con arreglo a las máximas de experiencia, al riesgo permitido, a los riesgos generales de la vida, etc) y subjetiva (valorando las circunstancias concretas del afectado por la calificación) a cada administrador o liquidador de la conducta determinante de la calificación del **concurso** como culpable, teniendo en cuenta que la imposición de tal responsabilidad puede ser por el todo o por parte del déficit concursal.

Ahora bien, a tenor del criterio jurisprudencial al que aquí hemos de atenernos, la responsabilidad por déficit concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere (sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de julio de 2012 y 28 de febrero de 2013): a) la calificación del **concurso** como culpable ; b) la apertura de la fase de liquidación; c) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal; d) haber ostentado la condición de administrador, liquidador o apoderado general; y e) tener la condición de "persona afectada". De manera que, aun siendo necesaria una imputación no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a los mismos de la conducta determinante de la calificación del **concurso** como culpable, ni que se pruebe, al menos en la redacción legal que aquí estamos aplicando, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda. Por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del **concurso** como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación jurídica de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales. Como se señala en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de julio de 2012, de 28 de febrero de 2013 y de 12 de enero de 2015, no se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, pues eso ya está previsto en otro precepto de la LC.

El juez del **concurso** puede, además, graduar en su sentencia la responsabilidad, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del **concurso**, el grado de la participación de cada administrador o liquidador en la misma (habida cuenta la posibilidad de intervención de una pluralidad de intervinientes, en forma simultánea o sucesiva), etc, lo que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores. Hemos de recordar que confiar tal función al prudente criterio moderador del juzgador no resulta algo extravagante en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1103 y 1889 del Código Civil o artículo 65.3 de la propia Ley Concursal).

Pues bien, partiendo de los presupuestos jurídicos que hemos expuesto, consideramos preciso hacer notar que todo empresario debe llevar la contabilidad ordenada por la ley (artículos 25 y 26 del C de Comercio), lo que se aplica incluso con mayor rigor, si cabe, en materia de sociedades (artículo 171 del TRLSA - artículo 254 del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). La deficiente dinámica de llevanza por la empresa de la contabilidad no solo tiene importancia de orden interno sino también en el tráfico mercantil, pues incide en la posibilidad de que pueda comprenderse cuál era la verdadera situación patrimonial o financiera de una entidad que, no se olvide, ha acabado en situación de **concurso**.

En el caso que aquí enjuiciamos la condición de administrador del apelante (con independencia de que no fuera socio, lo cual no resulta relevante a estos efectos) durante un período relevante supone considerarle también como el responsable último del control de la llevanza por la empresa administrada de la contabilidad y por lo tanto que de los incumplimientos e irregularidades relevantes cometidos en esta materia sea, en principio, civilmente responsable. Consideramos, por lo tanto, correcta la imputación de responsabilidad concursal efectuada en la sentencia. En nada incide que el apelante no firmase contratos, ni documentación mercantil de la empresa, porque eso pudiera hacerlo el otro administrador. Porque de lo que no podía desentenderse era de la obligación legal que a él también le atañía de tener que preocuparse del cumplimiento por la sociedad administrada de las obligaciones que la ley imponía a ésta en materia contable.



La completa inhibición en el ejercicio de sus atribuciones, lejos de exonerar de responsabilidad al recurrente, refuerza su imputación, sobre todo cuando lo que se le está reprochando es la incursión en conductas omisivas que implicaban desentenderse del cumplimiento de una obligación legal. Si nada hizo cuando debería haber obrado, es merecedor de reproche y de imputación de responsabilidades derivadas de una conducta falta de la diligencia debida, cuando lo que se debía hacer era actuar en determinada forma en lugar de limitarse a abstenerse de hacerlo. Si el apelante no tenía conocimientos contables pudo exigir del otro administrador que llevara él la contabilidad, teniendo que cerciorarse además de ello, o que se adoptaran las medidas precisas para hacerlo, como recabar el asesoramiento de un tercero (gestor, economista etc) para que la obligación legal fuera cumplida. Lo que no es disculpable es la mera inhibición al respecto.

En cuanto a la determinación del total del quantum indemnizatorio nada significativo se aduce en el recurso, por lo que no tenemos nada que mencionar al respecto al amparo del principio de congruencia procesal que vincula al tribunal (artículos 218.1, 456.1 y 465.5 de la LEC).

SÉPTIMO.- En el escrito de recurso de apelación se reprocha a la sentencia apelada el no haber individualizado el tratamiento dispensado a cada uno de administradores.

Lo cierto es que aun siendo aplicable el originario artículo 172.3 de la Ley 22/2003 Concursal, la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 644/2011, de 6 de octubre y 574/2017, de 24 de octubre) consideraba, en relación con esa norma, que el denominado requisito de la existencia de una justificación añadida que era precisa para imputar la responsabilidad concursal exigía que el juez valorase, con criterios normativos y con la finalidad 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.

Ocurre, sin embargo, que de los incumplimientos e irregularidades relevantes cometidos en esta materia son, en principio, civilmente corresponsables, salvo que concurriesen circunstancias cualificadas que pudieran justificar la exención de alguno de ellos, todos los miembros del órgano de administración de la persona jurídica concursada, pues todos ellos deberían haberse preocupado del cumplimiento por la sociedad de sus obligaciones contables.

En el caso que aquí enjuiciamos la condición de administrador solidario del apelante durante un período considerado relevante por la normativa concursal permite identificarle como el corresponsable último en esa época de ejercicio de su cargo del control de la llevanza por la empresa administrada de la contabilidad (artículo 25 del C. de Comercio) y de que ello se hiciese, además, de forma correcta y con arreglo a las prevenciones legales (lo que exige atenerse a lo previsto en la normativa especial, como señala el texto del nº 1 del precepto legal que acabamos de citar). Los administradores sociales, con independencia de que se sirvan para su llevanza diaria de los correspondientes departamentos y asesores de la empresa, son los responsables últimos de que la contabilidad se llevase del modo legalmente procedente para poder cumplir la finalidad de control y transparencia que le viene asignada

El recurrente es una persona afectada por la calificación a la que se le atribuye una implicación personal en el comportamiento que ha determinado la calificación como culpable y tal conducta merece un singular juicio de rechazo desde el punto de vista de lo que debe ser la actuación esperable en un sujeto que ostenta facultades de administración social. Ni la inhibición en el ejercicio de las propias competencias ni la demostración de complacencia con la actuación ajena sirven para la exoneración de responsabilidad con la excusa de que quién obró mal fue otro y no el propio implicado, cuando con una conducta diligente por parte de cada uno de los apelantes las cosas podrían haberse hecho de otro modo.

Las razones que han sido aducidas por el apelante no son suficientes para eximirle de las consecuencias que derivan de la regla que acabamos de enunciar. Que se inhibiese en el desempeño de las labores de gestión (que es a lo que apuntan sus alegatos y al documentación acompañada a su escrito de recurso) no le relevaba de las obligaciones que conllevaba la asunción del cargo de miembro del órgano social de administración, ni del despliegue del grado de diligencia que deberían haber demostrado en lógica consonancia con ello. Cuando se acepta asumir el desempeño de un cargo de esa índole, algo que es voluntario, se asumen responsabilidades, no sólo ante los propios socios sino también frente terceros con los que la entidad administrada opera en el tráfico mercantil (y que son los principales afectados en una situación concursal), de las que no se puede hacer dejación.

Por otro lado, el apelante permaneció un tiempo significativo en el cargo y la situación de opacidad contable en la que fue partícipe impide, precisamente, que pueda deslindarse adecuadamente, por carencia de apuntes y soportes contables, cuál era la situación real en cada momento concreto. De ahí que debamos considerar justificado que se le haya responsabilizado en la misma medida que al otro administrador solidario, pues



tan corresponsable es el uno como el otro de que no pueda comprobarse, con un mínimo de rigor jurídico y económico, cuál fue la verdadera evolución de la sociedad que se ha visto luego implicada en la declaración de **concurso**.

OCTAVO.-Carece de justificación el alegato de que se estaría incurriendo en el caso del recurrente en una aplicación retroactiva de una normativa sancionatoria. No hay en este caso una vulneración del artículo 2.3 del C. Civil, como seguidamente vamos a explicar.

En primer lugar, la jurisprudencia ha señalado que la norma que se contenía en el apartado 3 del artículo 172 no merecía ser considerada como sancionadora (sentencias de la Sala 1ª del TS nº 56/2011, de 23 de febrero, y 615/2011, de 12 de septiembre), puesto que lo que establece es una responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales en 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.

En segundo término, nunca podría hablarse en este caso de la aplicación retroactiva del régimen de la responsabilidad concursal por déficit, pues bajo la vigencia de la ley que estableció esa clase de responsabilidad también se produjo la conducta que se reprocha al apelante (en 2004 y 2005 persistía la omisión de llevanza de contabilidad y el recurrente era entonces administrador social, al menos hasta la terminación del primer trimestre de este último año). Durante la vigencia de la Ley Concursal incurrió el apelante en conductas que resultaban relevantes para la calificación y para la imputación de la responsabilidad concursal establecida en ella.

Téngase presente, por otro lado, que el tipo de conducta en la que fue partícipe el recurrente es, como venimos reiterando, de las que generan opacidad sobre cuál era la situación económica del deudor en cada momento e impide, por lo tanto, que pueda discernirse, con el necesario rigor, entre lo que corresponda a uno u otro momento temporal y eso en ningún caso puede operar en su beneficio, ni en contra de los acreedores sociales.

Por último, como explícitamente señala la sentencia de la Sala 1ª del TS nº 615/2011, de 12 de septiembre "(...) lo que, a estos efectos, identifica las deudas sociales objeto de la posible condena, total o parcial, que contempla el apartado 3 del artículo 172 de la repetida Ley, no es la fecha de su nacimiento, sino el hecho de que sigan siendo exigibles, por no haber sido satisfechas, al liquidarse la masa activa del **concurso**".

NOVENO.- El pronunciamiento sobre la inhabilitación temporal de las personas afectadas por la calificación culpable del **concurso**, para poder administrar bienes ajenos o para hacerse cargo de la representación de otro, forma parte del contenido necesario de la sentencia de calificación. Ello se deduce de los imperativos términos del artículo 172.2.2ª de la Ley Concursal y tiene sentido que así sea, porque lo que subyace es la defensa del interés público, a modo de reacción preventiva para evitar que quien no se comportó con arreglo a la exigible diligencia empresarial vuelva a incidir en el tráfico mercantil durante un periodo de cuarentena, lo que obliga al juez del **concurso** a fallar al respecto.

Lo que el juez tiene que hacer es aquilatar el factor temporal de tal pronunciamiento, ya que la ley señala una horquilla amplia que comprende desde los dos hasta los quince años de inhabilitación.

En la resolución apelada se obra con corrección al imponer una sanción de inhabilitación que resultaba preceptiva. Lo único que puede resultar discutible es la duración temporal de la misma. En ella se señala que, ante la gravedad de los hechos que motivaban la calificación y el evidente perjuicio patrimonial causado a los acreedores, consideraba el juez adecuado imponerla en tres años.

El apelante considera que debería limitarse a dos. Sin embargo, constatamos que la conducta imputada al recurrente resulta grave por la alteración que conlleva para la recta y ordenada gestión de la empresa y para la seguridad del tráfico mercantil. Por lo que la imposición de una sanción de tres años, que se sitúa en la franja baja del tiempo de inhabilitación que señala la ley, en modo alguno podemos considerarla desorbitada para esa clase de comportamiento.

DÉCIMO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición al apelante de las costas derivadas de esta segunda instancia, a tenor de la regla prevista en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Higinio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en el seno de la sección de calificación del **concurso** nº 577/2005.



2º.- Imponemos al apelante las costas generadas en la segunda instancia.

Decretamos la pérdida del depósito que hubiera tenido que constituir el recurrente, a cuyo importe deberá dársele el destino legal correspondiente.

Hacemos saber a las partes que tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, contra la presente sentencia, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal. Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 25- 06- 2010 (rec. 2160/2005)

FONDO DOCUMENTAL CENDOS