



Roj: **STS 3924/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3924**

Id Cendoj: **28079110012019100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2019**

Nº de Recurso: **178/2017**

Nº de Resolución: **670/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 670/2019**

Fecha de sentencia: 16/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 178/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 178/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 670/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 16 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao. Es parte recurrente Bernabe , representado por el procurador Ernesto García-Lozano Martín y bajo la dirección letrada de Aitor Baranda Montejo. Es parte recurrida la entidad Troquelería del Norte S.L., representada por el procurador Esteban Manuel García Castellano (que sustituye al procurador Juan Ignacio Valverde Cánovas) y bajo la dirección letrada de Eduardo Zúñiga Villanueva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina, en nombre y representación de la entidad Troquelería del Norte S.L.U., presentó escrito en el que formulaba oposición a la calificación propuesta como culpable por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se declare el concurso como fortuito, con todos los pronunciamientos favorables para los imputados en el expediente".

2. La procuradora Paula Basterreche Arcocha, en representación de Bernabe , presentó escrito oponiéndose a la calificación formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimar parcialmente la demanda de calificación formulada por la administración concursal, calificando como culpable el concurso de Troquelería del Norte S.L.U., y acordando:

"1. Determinar como persona afectada por la calificación del concurso a D. Bernabe .

"2. Inhabilitar al Sr. Bernabe por el plazo de dos años desde la firmeza de esta resolución, 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; y siendo firme la presente resolución, líbrese mandamiento al Registro Mercantil y exhorte al Registro Civil donde conste el nacimiento del inhabilitado para hacer constar tales limitaciones a la capacidad civil.

"3. Condenar al Sr. Bernabe a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedor concursal o contra la masa;

"4. Condenar al Sr. Bernabe a que pague en su totalidad, a los acreedores concursales y contra la masa, en concepto de déficit patrimonial, la cantidad que se precise para satisfacer el total de los créditos concursales y contra la masa que no resulten satisfechos con ocasión de la liquidación de la masa activa, que se determinará en su momento oportuno en el trámite del art. 152 LC.

"5. Desestimar las demás pretensiones formuladas frente al mismo.

"6. Sin especial condena en costas".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la entidad Troquelería del Norte S.L.U. y Bernabe .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 21 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina, en representación de Troquelería del Norte S.L.U., y estimando el formulado por la procuradora Sra. María Basterreche Arcocha, en representación de D. Bernabe , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, en el Inc. concur. 171 nº 269/2014 del que el presente recurso dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada el sentido de condenar a D. Bernabe la cobertura del 40% del déficit concursal con imposición a Troquelería del Norte S.L.U. las costas causadas por su recurso y sin efectuar especial pronunciamiento respecto a las causadas por el formulado por D. Bernabe ".

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora María Basterreche Arcocha, en representación de Bernabe , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC.

"2º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC.

"3º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC.

"4º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC.

"5º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC.

"6º) Infracción por aplicación indebida del art. 217.1 en relación con el art. 217.7 y art. 218.2 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por aplicación indebida del art. 164.2.2 de la Ley Concursal en relación con el art. 164.2.1, ambos de la LC.

"2º) Infracción por aplicación indebida del art. 172 bis de la Ley Concursal".

2. Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2016, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Bernabe , representado por el procurador Ernesto García-Lozano Martín; y como parte recurrida la entidad Troquelería del Norte S.L., representada por el procurador Esteban Manuel García Castellano (que sustituye al procurador Juan Ignacio Valverde Cánovas) y bajo la dirección letrada de Eduardo Zúñiga Villanueva.

4. Esta sala dictó auto de fecha 8 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bernabe contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta) de fecha 21 de octubre de 2016, en el rollo de apelación 123/2016, dimanante de los autos de incidente concursal de oposición a la calificación 269/2014, del Juzgado de lo mercantil núm. 2 de Bilbao.

"2.º) No admitir el motivo segundo del recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal, interpuesto por la representación procesal antes mencionada.

"3.º) Sin imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. La parte recurrente que perderá el depósito constituido a estos efectos".

5. Dado traslado, el Ministerio Fiscal presentó informe en relación con el auto de esta sala de 8 de mayo de 2019. La representación de la parte recurrida no presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. En la sección de calificación del concurso de acreedores de Troquelería del Norte S.L.U., el juzgado dictó sentencia que calificó el concurso de culpable al apreciar las siguientes causas.

i) Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad y comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera de la empresa (164.2.1º LC) por: no depositar las cuentas anuales de 2011 en el Registro Mercantil; no legalizar los libros oficiales de ese ejercicio; no efectuar la integración contable de las sociedades fusionadas (Industrial de Estampación y Componentes S.L.U., y Troquelería del Norte S.L.U); no contabilizar el deterioro de cuentas a cobrar con la sociedad del grupo GIW mbH, por importe de 642.000 euros; no justificar en forma documental una salida de bienes del inmovilizado



material por un valor neto de 1.639.000 de euros en julio de 2012; y la omisión de diversas transacciones realizadas por la sociedad en el periodo transcurrido entre el 1 enero y 28 febrero 2013.

ii) Inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso (164.2.2º LC). En la solicitud de concurso, en el balance a fecha 28 de febrero de 2013, el activo era de 9.716.002 euros, el patrimonio neto de 1.446.414 euros y las pérdidas de 701.382 euros; y la administración concursal advierte que dos meses más tarde, el 5 de abril de 2013, el activo era de 5.892.377 euros (había una diferencia de 3.823.625 euros), el patrimonio neto era de -7.423.981 euros (había una diferencia de 5.977.567 euros) y las pérdidas eran de 5.717.372 euros (había una diferencia de -5.015.990 euros).

iii) Alzamiento de bienes (164.2.4º LC) y salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso (164.5ºLC), al constatar una salida injustificada de 10.000 euros y la desaparición de 24 máquinas valoradas contablemente en 1.639.000 euros.

Además, la sentencia declaró persona afectada por la calificación a Bernabe , administrador de la sociedad concursada, a quien impuso la siguiente condena: dos años de inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa; devolver los bienes y derechos que hubiera obtenido del patrimonio de la concursada; y a la cobertura de la totalidad del déficit concursal.

2. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Troquelería del Norte S.L.U. y por Bernabe . La sentencia de apelación desestimó el recurso de Troquelería del Norte S.L.U. y estimó en parte el de Bernabe . La Audiencia confirmó la calificación culpable del concurso, la declaración de Bernabe como persona afectada por la calificación, y todos los pronunciamientos de condena, salvo el relativo a la cobertura del déficit, pues redujo la condena a la cobertura del déficit concursal, al 40%.

3. Frente a la sentencia de apelación, Bernabe interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de seis motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos. Han sido inadmitidos el recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo segundo de casación, por lo que la controversia se centra en torno al motivo primero de casación.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción del art. 164.2.2º LC en relación con el art. 164.2.1º LC, y la jurisprudencia que los interpreta, en concreto las sentencias 650/2016, de 3 de noviembre, y 298/2012, de 21 de mayo.

En el desarrollo del motivo, argumenta que, conforme a esta jurisprudencia, para poder apreciar la concurrencia de la causa del ordinal 2º del art. 164.2 LC, inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud de concurso, es necesario que la inexactitud denunciada "no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud del concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera y ha determinado la específica causa de culpabilidad del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal". Y en la sentencia recurrida, el mismo documento (el balance de situación de la compañía deudora, integrado en las cuentas anuales de la sociedad) es el que ha servido para declarar culpable el concurso tanto al amparo del art. 164.2.1º como del art. 164.2.2º LC.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* El art. 164.2 LC enuncia seis comportamientos que, sin necesidad de acreditar la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, ni el dolo o la culpa grave, merecen cada uno de ellos la calificación culpable del concurso. Nos corresponde ahora centrarnos en los dos primeros, cuya dicción literal es la siguiente:

"2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

"1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

"2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos".



En nuestro caso, la sentencia recurrida, que ratifica en este extremo la de primera instancia, funda la calificación culpable del concurso entre otras causas, en: el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera de la empresa (164.2.1º LC); así como en inexactitudes graves en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso (164.2.2º LC). En este último caso, las inexactitudes graves se contienen en la información contable aportada con la solicitud de concurso.

Esta sala en relación con la apreciación de esta causa de culpabilidad del art. 164.2.2º LC, en su sentencia 650/2016, de 3 de noviembre, advirtió lo siguiente:

"Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art. 164.2.1º de la Ley Concursal".

En aplicación de esta doctrina, en aquel caso concluimos del siguiente modo:

"la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo".

**3.** Conviene advertir que una misma realidad, por ejemplo la desaparición de unos activos y su no inclusión en el inventario aportado con la solicitud de concurso, podría ser tomada en consideración de diversa forma para la aplicación de distintas causas de calificación culpable, siempre que cada una de ellas contemple un desvalor distinto. Así, la omisión de ese activo en el inventario, en caso de merecer esta inexactitud la consideración de grave, podría justificar la calificación culpable al amparo del art. 164.2.2º LC; y, si se constata que ese activo salió del patrimonio del deudor sin justificación o causa alguna, cabría también calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.4º LC. En este ejemplo, el desvalor no es el mismo: en un caso se sanciona el suministro de información, en este caso contable, inexacta al solicitar el concurso; y en otro se sanciona el alzamiento o la desaparición de unos bienes o activos de la concursada. Tendría sentido que se calificara culpable el concurso al amparo de ambas causas porque, además de que el desvalor es distinto en cada caso, las consecuencias de la calificación pueden variar: en caso de apreciarse el alzamiento de bienes, podría haber una condena a su restitución ( art. 172.2.3º LC), lo que no ocurriría si sólo se calificara el concurso culpable por inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso.

**4.** En nuestro caso, la inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso se refiere al balance de situación, que formaba parte de la información contable que la sociedad concursada debía suministrar.

En el apartado 2 del art. 6 LC, se enumeran los documentos que con carácter general deben acompañar a la solicitud de concurso voluntario: un poder especial para pedir el concurso; la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; un inventario de bienes y derechos; la relación de acreedores; la plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere. Y en el apartado 3 se añade que si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, debe acompañar además lo siguiente:

"1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoria correspondientes a los tres últimos ejercicios.

"2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

"3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

"4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas



cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período".

La falta de aportación de documentación contable podría incardinarse tanto en el ordinal 1º como en el ordinal 2º del art. 164.2 LC, pero al encerrar el mismo desvalor, podría calificarse culpable el concurso por cualquier de ellas pero no por las dos al mismo tiempo. Del mismo modo, en el presente caso, una vez que se ha calificado culpable el concurso por irregularidades relevantes en la contabilidad aportada que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la concursada ( art. 164.2.1º LC), no cabe apoyarse en alguna de estas irregularidades contables para fundar la calificación culpable de concurso en la inexactitud grave de uno de los documentos contables aportados (en este caso, el balance de situación).

5. No obstante lo anterior, aunque tiene razón el recurrente, no resulta procedente la estimación del recurso de casación por falta de efecto útil, ya que la infracción legal denunciada carece de relevancia en el presente caso, en cuanto que no altera ninguno de los pronunciamientos del tribunal de instancia: no impide calificar culpable el concurso por el resto de las causas apreciadas; no afecta a la declaración del Sr. Bernabe como persona afectada por la calificación; tampoco afecta a la inhabilitación, entre otras razones porque se impuso por el periodo de tiempo mínimo (dos años), que resultaría de aplicación en atención a la calificación culpable por el resto de las causas apreciadas; ni al resto de los pronunciamientos de condena, justificados por las demás causas apreciadas.

#### **TERCERO.** Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos al recurrente las costas de su recurso ( art. 398.1 LEC).

#### **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 de casación interpuesto por Bernabe contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª) de 21 de octubre de 2016 (rollo 123/2016), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 17 de julio de 2015 (incidente concursal 269/2014).

2.º Imponer al recurrente las costas generadas por su recurso de casación con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.