

Audiencia Provincial

de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia num. 14/2015 de 26 enero

[AC\2015\309](#)



LEY CONCURSAL 2003: CALIFICACION: CULPABLE: el hecho doloso o con culpa grave determinante de la insolvencia, cometido por quien ha sido administrador en el periodo de dos años antes de la declaración del concurso, genera culpabilidad aunque tuviera un origen temporal más allá de los dos años; PROCEDENCIA: irregularidad contable: ajuste contable de caja de mucha importancia económica y no justificada pese a haberse realizado casi 4 años antes de la declaración del concurso: salida fraudulenta de bienes: remuneraciones percibidas indebidamente por el administrador social: responsabilidad del administrador.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 463/2014

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña declara haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia, de fecha 17-07-2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de dicha localidad en autos de concurso.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00014/2015

MERCANTIL Nº 2

ROLLO 463/14

S E N T E N C I A

Nº 14/15

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En A Coruña, a veintiséis de enero de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de SECCION VI CALIFICACION CONCURSO 0000145 /2012, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000463 /2014, en los que aparece como parte demandado-apelante, Luis Carlos , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE MANUEL DEL RIO SANCHEZ, asistido por el Letrado D. MIGUEL ANGEL BOUZA LOPEZ, y como parte demandante-apelada, GROINSA, S.L., representado en primera instancia por el Procurador de los tribunales, Sr./a. DEL RIO SANCHEZ, asistido por el Letrado D. MIGUEL ANGEL BOUZA LÓPEZ y como demandada-apelada, ADMINISTRACION CONCURSAL DE GROINSA, S.L., FAX: 981- 279356, sobre CALIFICACION DEL CONCURSO DE ACREEDORES DE GROINSA, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 17-7-14. Su parte dispositiva literalmente dice: "estimo parcialmente las pretensiones formuladas por la administración concursal y el ministerio fiscal contra la concursada y contra DON Luis Carlos .

Declaro culpable el concurso de acreedores de PROMOCIONES GROINSA, S.L.

Condeno a DON Luis Carlos :

- A LA INHABILITACIÓN para administrar los bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante el plazo de dos años.

- A LA PÉRDIDA DE CUALQUIER DERECHO que tenga como acreedor concursal o de la masa.

- A LA CPBERTURA PARCIAL del 40% del déficit concursal, con un límite de 300.000 euros.

- No hago especial imposición de las costas."

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandado se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. CARLOS FUENTES CANDELAS.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada que no contradigan los siguientes.

PRIMERO

.- Como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación el Juzgado de lo Mercantil acordó también la formación de la sección sexta de calificación del concurso de acreedores de GROINSA SL, habiéndolo calificado la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal como culpable por varias causas legales, dos de las cuales fueron finalmente estimadas y las restantes desestimadas en la sentencia objeto de la presente apelación.

Más en concreto, el Juzgado desestimó las pretensiones referidas a la solicitud tardía del concurso del [artículo 165.1º](#) de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748\)](#) , por cuanto no resultaría que, en caso de haber existido ese incumplimiento, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia como requiere el precepto y la jurisprudencia.

También rechazó la sentencia la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso del artículo 164.2-5º, en cuanto a los pagos efectuados durante varios años de facturas de servicios de colaboración de otra sociedad con la que el administrador tendría vinculación; la venta de maquinaria entre ambas empresas; así como por haber malvendido a terceros la nave industrial. No resultaría demostrada la fraudulencia, al haberse prestado los servicios, vendido las máquinas con beneficio, y tener justificación el precio de

venta de la nave por la fuerte depreciación que por la crisis han experimentado los bienes inmuebles y su descenso de los del polígono en cuestión, corroborado documentalmente y con el hecho de no haberse planteado tampoco acción de reintegración.

La sentencia, por otra parte, consideró demostrada la causa del artículo 164.2-1º, por irregularidad contable en el ajuste en la partida de caja de más de 278 mil euros efectuado en diciembre de 2008, el cual no estaría justificado contablemente y que por su importancia cuantitativa y cualitativa tendría relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, sin que esta causa legal, a diferencia del ordinal 5º del mismo precepto exija que las irregularidades se cometan en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Igualmente la sentencia estimó la causa de la salida fraudulenta de bienes contemplada en el artículo 164.2-5º, la cual no exigiría clandestinidad ni especial intencionalidad, en cuanto a las remuneraciones percibidas indebidamente por el administrador social desde 2008, al no estar recogido en los estatutos de la concursada como exigiría la Ley a tal efecto por presumir sino el cargo gratuito (art. 66.1 [LRSL \(RCL 1995, 953\)](#) , hoy 217 [LSC \(RCL 2010, 1792 y 2400\)](#)), y sin que se hubiese probado la alegada relación laboral de personal de alta dirección ni que las tareas desempeñadas fuesen diferentes a las que integran de forma natural la labor de administración de la sociedad como exigiría la jurisprudencia al respecto.

Sobre esa base, las sentencia declaró el concurso culpable y declaró como persona afectada por la calificación a Don Luis Carlos en su condición de ex administrador de la concursada dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, y como tal obligado a la llevanza de la contabilidad, además de persona beneficiada por la remuneración antes analizada, imponiéndosele la sanción de inhabilitación por dos años para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona, con pérdida de derechos en el concurso, y condenándole igualmente como responsable a pagar en atención a las circunstancias un 40 por ciento hasta un máximo de 300 mil euros del importe de los créditos que no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa.

SEGUNDO

- En el recurso de apelación de Don Luis Carlos se sostiene incorrecta valoración jurídica y de la prueba en relación con los ajustes contables del año 2008 y las retribuciones, además de falta de proporcionalidad entre lo solicitado y lo sentenciado.

En cuanto a la irregularidad contable se alega que no se habría explicado la razón de atribuírsela al ahora apelante (imputación subjetiva), cuando la sociedad habría sido administrada por varias personas en los últimos años, sin que tampoco se establezca la participación de cada una, y el ajuste contable sería de época anterior al nombramiento de Don Luis Carlos como administrador único. Más aún, los preceptos sobre calificación serían normas sancionadoras únicamente aplicables a aquellos comportamientos que hubiesen tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso y no más allá, como en el presente caso, según una interpretación lógica y sistemática, cual resultaría de la referencia temporal del artículo 164.1 o el 164.2-5º. Y además, los ajustes contables estarían permitidos y la Administración Concursal no habría explicado el por qué sería incorrecto o la norma contable vulnerada al hacer el ajuste en cuestión.

En el tema de las remuneraciones se insiste en el recurso que Don Luis Carlos que no las percibiría como administrador, pues hubieron otros administradores que no habrían cobrado retribución, sino que sería por su trabajo de gerente o alto directivo de la sociedad, con base en el [Real Decreto 1382/1985 \(RCL 1985, 2011 y 2156\)](#) que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, y la situación vendría del año 1994, cuando no era socio sino un simple empleado y su remuneración fijada por su capacidad y valía, teniendo que hacer frente a todos los gastos inherentes, incluidos desplazamientos, habiéndose ido actualizando su salario desde entonces con el IPC. Además, una parte de esos pagos no se materializaron al ser acreedor de la sociedad en más de 113 mil euros.

Finalmente se alega que la sentencia habría vulnerado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción más grave pese a haber logrado el apelante probar que toda una serie de

comportamientos que también se le imputaban habrían sido correctos y beneficiosos para la concursada (en especial la venta de la nave en un momento de caída en picado de los precios), como así lo aceptó el Juzgado. También con anterioridad, al retratar la cuestión de la imputación de las irregularidades contables, alegó sobre la facultad moderadora en materia de responsabilidad del déficit concursal.

Por la Administración Concursal se alegó en contra del recurso y pidió su desestimación.

TERCERO

- Por nuestra parte coincidimos con la conclusión sentenciada en primera instancia, salvo alguna concreta matización y lo referente al alcance de la responsabilidad concursal por la cobertura del déficit patrimonial, la cual debemos reducir en la medida que diremos, todo ello por las razones que exponemos en los fundamentos que siguen.

CUARTO

- Previamente conviene hacer unas consideraciones jurídicas generales que complementen las demás específicas que expondremos en cada lugar:

La responsabilidad en el concurso se funda en comportamientos activos o pasivos que por dolo o culpa grave hayan originado o agravado la insolvencia ([art. 164.1 LC \(RCL 2003, 1748\)](#) , clausula general de cierre del sistema), sirviéndose la Ley al fin examinado de determinados supuestos de responsabilidad culpable en todo caso (considerados por muchos como presunciones "iuris et de iure" al no admitir prueba alguna en contra: casos del art. 164.2), así como de presunciones "iuris tantum" de dolo o culpa grave para otros supuestos específicos (art. 165).

Según el [artículo 164.1 LC](#) 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, habiendo añadido la [Ley de reforma 38/2011 \(RCL 2011, 1847\)](#) a los apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Por su parte, el artículo 164.2 preceptúa unos casos de mayor gravedad que conllevan, en todo caso, una calificación culpable del concurso, cual las causas apreciadas en la sentencia apelada que ahora nos ocupa de irregularidades contables relevantes y de salida fraudulenta de bienes o derechos. Por lo que en estos supuestos legales "la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno - varios - de mera actividad, respecto de aquella consecuencia" ([STS de 6/10/2011 \(RJ 2012, 1084\)](#) o de [16/1 \(RJ 2012, 3649\)](#) y [21/5/2012 \(RJ 2012, 6537\)](#)).

De manera diferente el artículo 165, especie del 164.1, presume, salvo prueba en contra, el dolo o culpa grave en una serie de supuestos que en la presente apelación ya no corresponde examinar.

QUINTO

- La cuestión de la irregularidad contable.

Según el [artículo 164.2.1º LC \(RCL 2003, 1748\)](#) se calificará el concurso como culpable 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.

En el presente caso se trataría de una irregularidad calificada en la sentencia del Juzgado de muy relevante por tratarse de un ajuste contable de Caja de mucha importancia económica y no justificada, pese a haberse realizado en diciembre de 2008 y declarado el concurso en mayo de 2012. Las cuestiones se refieren a si debe imputarse a Don Luis Carlos y no a otro administrador o persona; si se trata de una irregularidad relevante a los fines del precepto de calificación concursal indicado; y si la ley marca o no para el supuesto legal analizado, o en su caso al menos para la responsabilidad de la cobertura del déficit, un límite temporal de dos años anterior a la fecha de declaración del concurso, con la consecuencia de poderse o no tener en cuenta el ajuste realizado en 2008 o sea antes de ese plazo.

Nuestra respuesta es acorde con lo sentenciado por el Juzgado y contraria a las tesis defendidas por el apelante:

1- Los artículos 25 y siguientes del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) impone a los empresarios la llevanza de una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios, señalando una serie de libros obligatorios, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, y del deber de legalizarse oportunamente en el Registro Mercantil.

Asimismo, dispone el Código que la contabilidad sea llevada directamente por el empresario aunque permitiendo, bajo su responsabilidad, que puedan hacerlo otras personas debidamente autorizadas (art. 25.2). E igualmente les impone el deber de conservación de los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales (art. 30).

Se trata de obligaciones legales del empresario y de los administradores societarios, con las consecuentes responsabilidades, sin que quepa derivarlas a otros colaboradores o terceras personas, al socaire de problemas internos. El auto apelado respondió, aunque fuera sin explayarse en explicaciones, el porqué de la responsabilidad de Don Luis Carlos respecto del ajuste contable y su falta de justificación, considerado irregular, al imputárselo en tanto que administrador de la sociedad y sujeto obligado a la llevanza de la contabilidad, al margen de si había entonces varios administradores, lo que en principio y a falta de justificación alguna no eximiría a aquél. Y, dada la importancia del ajuste en cuestión, se hace difícil de creer que él no lo consintiera ni conociera.

Añadir, conforme a los [artículos 225 y 226 LSC \(RCL 2010, 1792 y 2400\)](#) , las obligaciones generales de los administradores en cuanto al desempeño su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal en defensa del interés social y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, correspondiendo en caso de ser varios a cada uno de ellos informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (esto último ya forma parte del deber de diligencia). Por ello el desentenderse de las obligaciones del cargo y el desconocimiento de la marcha de los negocios o las cuentas de la sociedad, resulta en principio inadmisibles para un administrador societario y podría llegar a ser revelador de una grave negligencia de su parte, si bien que cabría graduar su intensidad y alcance de la responsabilidad según el sistema de administración y el reparto personal de funciones y delegaciones en esta materia que se prueben.

2- Es importante que la información contable sea relevante y refleje la imagen fiel patrimonial, financiera y de los resultados de la empresa, pues tiene como fin proporcionar información económico y financiera de la misma a sus propios dueños, a los gestores o administradores, así como a los proveedores, acreedores, administración tributaria y clientes, para la correspondiente toma de decisiones. Concursalmente proporciona también datos valiosos de la situación, la insolvencia mayor o menor, la masa activa y pasiva, etc. En este sentido la Cuarta [Directiva CEE, de 25 de julio de 1978 \(LCEur 1978, 266\)](#) , en materia de cuentas anuales de las sociedades de capital, indica en su preámbulo entre sus objetivos proteger a los socios y a los terceros, lograr que las informaciones contenidas en las cuentas anuales sean comparables, y conseguir que estos documentos expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Y otro tanto los artículos 34 del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) y 254 de la [Ley de Sociedades de Capital \(RCL 2010, 1792\)](#) , abundando en ello y desarrollándolo las normas del Plan

General de Contabilidad, cuyo artículo 2 dice que la información es relevante cuando es útil para la toma de decisiones económicas, cuando nos ayuda a evaluar hechos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente, y mostrar adecuadamente los riesgos a los que se enfrenta la empresa; mientras que la información es fiel cuando las cuentas anuales están libres de errores y es neutral, es decir, está libre de sesgos, lo cual permite a los usuarios confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar, fiabilidad de la que deriva la integridad, que se alcanza cuando la información financiera contiene todos los datos que pueden influir en la toma de decisiones, sin ninguna omisión.

Es por tanto contradictorio con tales requisitos las omisiones o las alteraciones de la contabilidad que oculten o enmascaren la real situación de la persona física o jurídica obligada al respecto, fuera de aspectos intrascendentes. Y, lógicamente, responden de su veracidad, como así dispone el artículo 37.1 CCom ., ciertamente que en sede de cuentas anuales, pero éstas se elaboran con los datos de los libros y documentación contable, y se depositan en el Registro Mercantil, para su publicidad por terceros para adoptar decisiones de trascendencia económica con respecto a la sociedad mercantil con la que se relacione o pretenda entablar relaciones jurídicas ([arts. 279](#) y [281 LSC](#)).

No es de extrañar entonces que la Ley considere culpable el concurso cuando la contabilidad contenga irregularidades trascendentes o relevantes en los términos legales, pues en tal caso las decisiones de los operadores jurídicos no podrán ser adoptadas de forma correcta y adecuada, si parten de condicionantes fácticos inexactos, produciéndose entonces un perjuicio informativo para la comprensión de la situación real del obligado contable, no exento de consecuencias, que el legislador pretende prevenir y, en su caso, sancionar.

El carácter relevante de las irregularidades del [artículo 164.2.1º](#) LC podría conectarse con el principio contable de importancia relativa, recogido en el marco conceptual del Plan General de Contabilidad al admitir la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las Normas Técnicas de Auditoría definen la importancia relativa como la magnitud o naturaleza de un error (incluyendo una omisión) en la información financiera que, bien individualmente o en su conjunto, y a la luz de las circunstancias que le rodean hace probable que el juicio de una persona razonable, que confía en la información, se hubiera visto influenciado o su decisión afectada como consecuencia del error u omisión.

En el presente caso, el apelante sostiene que se realizó correctamente el ajuste contable, conclusión con la que, coincidiendo con el juzgador de instancia, tampoco nosotros podemos estar de acuerdo, no solo porque el administrador concursal, experto en la materia que revisó la contabilidad y documentación, diga lo contrario, sino porque en la contestación y en el recurso se viene a reconocer por parte del administrador imputado que no puede justificar el ajuste, no existiendo respaldo documental de la operación, y de hecho tampoco ha dado explicación, a lo que se añade la importancia cuantitativa y cualitativa del ajuste, más de 278 mil euros, que dejaron reducido el saldo de casi 295 mil euros de caja a unos 16.500 euros, quedando al final del mismo mes de diciembre 2008, fecha de cierre del ejercicio, algo más de 5.300. Se considera por ello una irregularidad relevante al distorsionar de manera bastante la comprensión adecuada de la situación económico-patrimonial de la sociedad en detrimento de la confianza de terceros al existir una importante diferencia entre la situación de la contabilidad y la real.

No se niega que quepan ciertos ajustes al final de los periodos contables para cuadrar el saldo real de las cuentas cuando los correspondientes libros y documentación justifiquen la existencia de desajustes, debidos por ejemplo a errores u operaciones no contabilizadas correctamente, etc, pero como advirtió el administrador concursal en relación a la concursada no de esa magnitud económica y sin respaldo o justificación.

Lo dicho basta para encajar la irregularidad contable del caso enjuiciado en el supuesto legal de concurso culpable del [artículo 164.2.1º](#) LC , independientemente de que el juzgador de instancia haya también tenido en cuenta el desconocimiento del destino de la suma a que se refiere el ajuste,

si bien que esto no significa que la hubiese percibido Don Luis Carlos ni podamos afirmar que hubiese salido fraudulentamente de la sociedad, supuestos distintos que tampoco han sido objeto de imputación y calificación.

3- En cuanto al tema del límite temporal, el juzgador de instancia rechazó la tesis del ahora apelante porque el supuesto contable analizado del artículo 164.2.1º, a diferencia por ejemplo del ordinal 5º del mismo precepto, no exigiría que las irregularidades se hubiesen cometido en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Se trata de una cuestión polémica en la doctrina y tribunales, si cabe más con la introducción por la [Ley de reforma 38/2011 \(RCL 2011, 1847\)](#) de los dos años en el supuesto general residual del [artículo 164.1 LC](#) , aunque ya anteriormente existía ese plazo en el [artículo 172.3 LC](#) (ahora 172-bis) al tratar de la responsabilidad concursal de los administradores o equiparados societarios de la cobertura del déficit en la liquidación de la masa activa. Lo que ha llevado a un sector, relacionando conductas, autoría e imputabilidad, a considerar que no se trataría solo de un límite temporal subjetivo (legitimación pasiva de los administradores y equiparados susceptibles para ser sometidos al enjuiciamiento de la calificación del concurso) sino también a efectos de limitar los hechos o conductas calificables legalmente como de concurso culpable con sus consecuencias únicamente a las comprendidas dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y quedando excluidas las anteriores a ese periodo. Especialmente tras la reforma dicha, no sería preciso que los demás supuestos legales específicos incluyesen la mención al límite de dos años, pues ya lo diría el supuesto general del artículo 164.1 (claro que teniendo que salvar como error u otro motivo la incoherencia del plazo de los tres años o ejercicios del art. 165-3º). Criterio defendido, por ejemplo, por Muñoz Paredes en los comentarios correspondientes del Tratado Judicial de la Insolvencia II (Aranzadi); y se suele citar el [AAP Barcelona \(15ª\) de 21 de septiembre de 2006 \(PROV 2007, 145684\)](#) . Se argumenta en este sentido sobre la seguridad jurídica y el análisis sistemático de varias causas del artículo 164, la previsión del 172.3, el plazo del artículo 71 para las acciones rescisorias, o del 93 sobre la condición de persona especialmente relacionada a efectos de subordinación. O también se ha entendido tal límite respecto de los actos anteriores, sino para la calificación culpable u otras consecuencias (a resolver sin más limitaciones temporales de las conductas relevantes que las previstas en la propia Ley: arts. 164.2-5º y 165-3º), sí al menos a efectos de no poder la sentencia condenar a la responsabilidad concursal por déficit al impedirlo el límite de dos años del artículo 172.3, como haría la [SAP Madrid \(28ª\) de 17/9/2010 \(AC 2010, 1710\)](#) .

Otro sector, sin embargo, mantiene la postura contraria. Y así, por ejemplo, García-Villarrubia al tratar el estado de la cuestión en El Derecho-Boletín de Mercantil n.º 52/2012, cuya exposición es recogida en gran medida en la SAP León (1ª) de 25 de mayo de 2014 .

Por nuestra parte, no obstante las dudas jurídicas de que es susceptible la cuestión, consideramos correcta esta segunda postura pues no creemos que se trate de una limitación temporal objetiva de las acciones o conductas culpables sino solo subjetiva sobre los individuos de la persona jurídica en liquidación que pueden resultar afectados por tal calificación del concurso y sus consecuencias, independientemente de la época en que realizaron los hechos imputados, salvo en aquellos casos en que expresamente lo impone la Ley Concursal. Lo que no quita la posible prescripción de la acción, conforme al artículo 949 del Código de Comercio ; y, en los supuestos contables, seguramente tampoco cabría ir más allá del plazo general o en su caso del especial para el deber de conservación de los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a la empresa (art. 30 CCom). Claro que en supuestos del tipo ahora examinado por nosotros la cuestión puede complicarse cuanto más nos alejemos en el tiempo por ser necesario que la irregularidad contable sea relevante, si bien que en nuestro caso ya dijimos que sí era relevante, y también precisamos en otro lugar más arriba la jurisprudencia a partir de la [STS 644/2011 de 6-10 \(RJ 2012, 1084\)](#) en orden a las conductas descritas en el artículo 164.2 cuya sola realización "determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia".

Reseñamos a continuación los argumentos contenidos en la citada SAP León (1ª) de 25 de mayo de 2014 (concesión de un préstamo a una sociedad vinculada) al abordar el problema temporal de la calificación del concurso y el ámbito subjetivo previsto en el [artículo 164.1 LC](#) :

"Entre los múltiples aspectos polémicos que sigue planteando la sección de calificación se encuentra el que puede denominarse "problema temporal de la calificación".

Antes de la reforma introducida por la [Ley 38/2011 \(RCL 2011, 1847 y 2133\)](#) , el [artículo 164.1 LC](#) no incluía esa limitación temporal sino que se refería, sin más, a quienes tuvieran la condición de "administradores o liquidadores, de hecho o de derecho" del concursado persona jurídica. En cambio, el [artículo 172.3 LC](#) , relativo a la responsabilidad concursal, contenía una referencia temporal expresa, al disponer que la condena a la cobertura del déficit podría imponerse a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, "y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso".

La reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, ha incidido directamente en esta cuestión y, en un intento de armonizar la específica acción de responsabilidad concursal del nuevo art. 172 bis con la hipótesis general que determina el concurso como culpable del art. 164.1 , ha concretado la legitimación pasiva. Así, del mismo modo que la responsabilidad concursal sólo podía exigirse a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso, la reforma precisa que la legitimación pasiva para soportar la acción de culpabilidad en general puede extenderse al deudor, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, "apoderados generales, y de quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso".

Sin embargo, esta delimitación, que concreta los sujetos que pueden soportar la acción de culpabilidad concursal, no solventa las cuestiones que se plantean en relación con el "problema temporal " de la calificación. En concreto surge la duda sobre si los hechos imputados a los legitimados pasivos han de haber sido ejecutados también dentro del período de los dos años antes a la declaración del concurso. Una lectura de las presunciones que determinan la culpabilidad del concurso indica que en alguna de ellas el propio legislador fija un límite temporal anterior y así la referencia a la presentación de las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso ([art. 165.3º LC](#)).

Con las modificaciones introducidas, no existe dificultad en establecer que la calificación de culpabilidad, en cuanto se refiere a la determinación de las personas afectadas, y sus consecuencias tienen el límite temporal referido: es necesario que la persona afectada ostente alguna de las condiciones establecidas al tiempo de la declaración de concurso o que la haya ostentado dentro del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso y no cabe establecer como personas afectadas a quienes tuvieron alguna de las condiciones establecidas, pero fuera de ese período. Y surge la duda de si esa misma limitación temporal resulta de aplicación en la determinación de los actos o conductas susceptibles de comportar la calificación de culpabilidad del concurso. Se trata de dilucidar si se pueden o no tener en cuenta actos realizados antes de los dos años previos a la declaración de concurso.

Entre las tesis que se manejan, entendemos que resulta más acertada la que no extiende con carácter general la limitación temporal de los dos años del [artículo 164.1 LC](#) a la determinación objetiva de los comportamientos susceptibles de establecer la calificación del concurso. Son varios los argumentos que se pueden invocar en apoyo de esta interpretación.

El primero resulta de atender al propio tenor literal de la norma. Es cierto que la limitación temporal se contiene en la cláusula general del [artículo 164.1 LC](#) . Pero es una limitación que, por los términos en que se encuentra formulada, se refiere sólo a la identificación de los posibles sujetos afectados por la calificación. Se vincula exclusivamente a quienes hubieren tenido una de esas "condiciones" (administrador o liquidador, de hecho o de derecho, o apoderado general) dentro de ese período. Es, por tanto, una limitación temporal de carácter subjetivo, pero no objetivo y no se extiende a la identificación de los posibles comportamientos que dan lugar a la calificación de culpabilidad. Si se hubiera querido extender la limitación temporal a este aspecto, se podría haber hecho con relativa facilidad, introduciendo una fórmula semejante a la relativa a la identificación de los actos susceptibles de rescisión pero nada de eso se ha hecho, ni en la redacción originaria de la Ley ni en

la reforma introducida por la Ley 38/2011.

El segundo argumento por el que se alcanza la misma conclusión es acudiendo a criterios de interpretación sistemática y al catálogo de presunciones establecido por el legislador en los [artículos 164.2 y 165 LC](#) . Entre los comportamientos determinantes de presunciones iuris et de iure de culpabilidad, sólo el [artículo 164.2.5 LC](#) incluye una limitación temporal, al disponer que en todo caso el concurso se calificará como culpable "cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos". El resto de presunciones iuris et de iure de culpabilidad no introducen límite temporal alguno en cuanto a la definición de los comportamientos relevantes. Y, por lo que se refiere a las presunciones de dolo o culpa grave, el [artículo 165.3º LC](#) incluye los casos en que "el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso". Si sólo se pudieran tener en cuenta comportamientos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sería imposible la aplicación de esta presunción en sus íntegros términos, que por definición va más allá de ese período y hace referencia a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. La interpretación sistemática parece, así, confirmar la resultante del texto de la norma.

El tercer argumento se obtiene al considerar la finalidad perseguida con la reforma: solucionar el problema de coordinación entre el [artículo 164.1 LC](#) y el [artículo 172 LC](#) y, dentro de éste, entre los números 2º y 3º del apartado 2 -consecuencias de la calificación de culpabilidad y el apartado 3 -responsabilidad concursal-, de manera que, a partir de la reforma, quede claro que la calificación y sus consecuencias sólo pueden afectar, en el caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, y apoderados generales, que lo sean al tiempo de la declaración de concurso o lo hubieran sido en los dos años anteriores a esa fecha. No parece que se haya querido limitar con carácter general a ese período temporal la identificación de los comportamientos determinantes de la calificación y sus consecuencias.

Los que postulan una interpretación conforme con la expuesta por el recurrente (extender con carácter general el límite temporal de los dos años también a la identificación de las conductas), tesis que como se argumenta en la página 23 del escrito recurso ha sido acogida por la [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Pontevedra de 25 de mayo de 2012 \(AC 2012, 381\)](#) , chocan con la dificultad que para esta interpretación supone la presunción del [artículo 165.3º LC](#) : "no hay encaje posible con la conducta del art. 165.3 in fine, que habla de tres ejercicios anteriores". Es imposible compatibilizar esta interpretación con el contenido de la presunción del [artículo 165.3º LC](#) .

Entendemos entonces que pueden investigarse conductas cometidas con anterioridad al plazo de los dos años anteriores al concurso siempre que tales conductas hayan tenido incidencia en la declaración de insolvencia del deudor, con independencia de su comisión en un momento temporal anterior. Dicho de otro modo, el hecho doloso o con culpa grave determinante de la insolvencia, cometido por quien ha sido administrador en el periodo de dos años antes de la declaración del concurso, genera culpabilidad aunque tuviera un origen temporal más allá de los dos años".

SEXTO

- La cuestión de las retribuciones del administrador.

La sentencia apelada, aceptando la tesis de la administración Concursal y del Ministerio Fiscal, calificó el concurso como culpable en aplicación del artículo 164.2-5º [LC \(RCL 2003, 1748\)](#) por la salida fraudulenta del patrimonio de la sociedad del dinero de las remuneraciones percibidas por Don Luis Carlos durante los ejercicios 2008 a 2011, las cuales serían indebidas al no demostrarse que respondan a una relación laboral de contenido verdaderamente diferenciado del cargo de administrador societario que, según la Ley en relación con el silencio de los estatutos, sería gratuito, y cuya normativa no podría burlarse, todo ello conforme a la jurisprudencia en esta materia.

Estamos aquí de acuerdo con la sentencia, aunque teniendo que excluir las percepciones anteriores al 15 de mayo de 2010 , por cuanto el propio precepto, por excepción, fija un límite

temporal al comprender solo las salidas fraudulentas realizadas durante los dos años antes de dicha declaración. La calificación concursal de la conducta es igual, pues siguen habiendo salidas dentro del periodo legal, pero ha de tenerse en cuenta al menos en orden a la graduación de la gravedad de la responsabilidad concursal por déficit.

Es verdad que consta en sus nóminas una antigüedad laboral desde años antes de acceder al cargo de administrador, pero no resulta acreditado, sino meramente alegado genéricamente, que se tratase de las mismas labores o cometidos ni que los realizados durante el periodo relevante de aquellos dos años anteriores al concurso fuesen claramente distintos de los correspondientes al cargo de administrador.

La sentencia apelada es acorde con la jurisprudencia. Nos basta ahora con reseñar las siguientes sentencias:

La [STS de 27 de marzo de 2014 \(RJ 2014, 2147\)](#) en orden a que el carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el artículo 164.1-4º LC, sino que el elemento de fraude en la salida de aquel precepto ha de relacionarse con el exigido en el [artículo 1291.3 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) para la acción rescisoria por fraude por lo que, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo ([STS de 25/3/2009 \(RJ 2009, 1662\)](#) y [25/6/2010 \(RJ 2010, 5413\)](#), y las que en ellas se citan).

Es también jurisprudencia consolidada la que, como recuerda el [ATS de 4 de febrero de 2014 \(PROV 2014, 46398\)](#), para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, de manera que al menos en teoría es posible la compatibilidad de cargos, siempre que la actividad realizada, se diferencie de la propia actividad como miembro del consejo de administración.

En este sentido la [STS de 29 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3184\)](#) razonó: que la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 [TRLSA \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) y 66 [LSRL \(RCL 1995, 953\)](#); que para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las [sentencias de 5/3/2004 \(RJ 2004, 1807\)](#) y [21/4/2005 \(RJ 2005, 4132\)](#) exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa; que la [sentencia de 24/4/2007 \(RJ 2007, 2418\)](#) precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que "admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del *fraus legis*"; que lo mismo declaró la [sentencia de 31/10/2007 \(RJ 2007, 6816\)](#), con el argumento de que, "de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos"; y que esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella -incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad- y responde, además, a los términos del artículo 1.3.c) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#).

La reciente [STS de 24 de julio de 2014 \(RJ 2014, 4590\)](#) insiste y resume la doctrina de la Sala con la [sentencia 411/2013 de 25-10 \(RJ 2013, 5188\)](#):

"Por una parte, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo viene

entendiendo que: «...en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral ...» [SSTS (4ª) de [26 de diciembre de 2.007 \(RJ 2008, 1777\)](#) (recurso 1652/2006), 9 de diciembre de 2.009 (recurso 1156/2009) y [20 de noviembre de 2012 \(RJ 2013, 1073\)](#) (recurso 3408/2011)].

Y, por otra, aunque reconocíamos que «en alguna ocasión hemos advertido que no puede negarse en todo caso la superposición de la relación societaria y de otra de carácter mercantil, respecto de la que no operarían las exigencias contenidas en el art. 130TRLSA , de constancia en los estatutos de la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador (sentencia 893/2011, de 19 de diciembre)»; advertíamos que "en la práctica es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa. Así la [sentencia 441/2007, de 24 de abril \(RJ 2007, 2418\)](#) , entiende que "para que, en tales supuestos, el artículo 130 no se aplique es necesario, sin embargo, que «las facultades y funciones que fueron atribuidas... por vía contractual rebasen «las propias de los administradores »"-, lo que tropieza con el hecho de que las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprendidas, como se desprende de la referencia al estándar de diligencia contenido en el art. 127.1TRLSA , aplicable al caso, el "de un ordenado empresario y de un representante leal" (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre). En cualquier caso, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son propias del órgano de administración de la compañía, y respecto de su retribución estaban afectadas por las exigencias del art. 130TRLSA , y en la actualidad del [art. 217 LSC \(RCL 2010, 1792 y 2400\)](#) ".

Si añadimos a lo anterior, que en la instancia no ha quedado acreditado que el administrador Sr. Romeo hubiera realizado otros servicios, distintos de las funciones propias de su condición de administrador, que hubieran justificado aquellos pagos, debemos concluir que la sentencia recurrida no infringe la normativa y la jurisprudencia citada cuando concluye que ambos pagos no eran debidos porque no se había cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para que naciera el derecho a su percepción.

10. Al margen de si, como pretende el recurrente, la actuación de los accionistas que durante años no formularon objeciones a las cuentas que recogían la remuneración del administrador Don. Romeo , sin que se cumpliera el presupuesto previsto en los estatutos para justificar el derecho a la remuneración, pueda considerarse un consentimiento a esta retribución y, en cuanto tal, un acto propio que les vincula a ellos y a la sociedad para seguir abonando estas retribuciones en el futuro, en cualquier caso esta actuación permisiva de los accionistas no puede oponerse frente a terceros, cuyos intereses se han visto perjudicados, al haberse mermado injustificadamente la masa activa del concurso de la sociedad. Frente a ellos no cabe oponer los supuestos actos propios de los accionistas, que no pueden convertir en debidos unos pagos que de acuerdo con las normas legales y estatutarias no lo eran".

SÉPTIMO

.- La cuestión de la gravedad de la responsabilidad.

Conforme a todo lo expuesto, siendo correcta la calificación del concurso como culpable por la irregularidad contable del artículo 164.2-1º y la salida fraudulenta del 164.2-5º [LC \(RCL 2003, 1748\)](#) , la inhabilitación y la pérdida de derechos en el concurso, según el artículo 172, son consecuencias legales respecto de la persona afectada por la misma y la duración de aquélla acorde al mínimo legal.

La condena añadida de la cobertura en todo o en parte del déficit patrimonial en la liquidación

deriva de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 anterior, 172-bis actual. Pero no tiene que ser automática, pues como indicó la [STS de 6 de octubre de 2011 \(RJ 2012, 1084\)](#) y otras a partir de ella, cual la de 21 de mayo 2012, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Al respecto, la [STS de 28 de febrero de 2013 \(RJ 2013, 2279\)](#), con cita de las de 16/7 y 14/11/2012, señala que, si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros resulta adecuado el que, prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, habida cuenta de la posible pluralidad de varios intervinientes (especialmente en el caso de consejo de administración y posibles delegaciones internas), la duración del cargo, etc. Y en este sentido, en las sentencias de 6 de octubre y [17 de noviembre de 2011 \(RJ 2012, 3368\)](#), se afirma que es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable.

En el presente caso está justificada, si bien que debe ser de menor entidad que la establecida en la sentencia, habida cuenta de las circunstancias del caso que resultan de todo lo razonado hasta aquí y que, si bien no sirven para eximir de responsabilidad al administrador societario imputado, sí pueden y deben ser valoradas a efectos de su graduación, y en especial: por haber desestimado la sentencia otras causas de imputación de culpabilidad de importancia económica; que la fecha de la irregularidad contable es más lejana que cercana a la declaración del concurso; que no se demostró que Don Luis Carlos se hubiera quedado con el dinero del ajuste de caja y ni siquiera se le imputó; no siendo tampoco entonces el único administrador; que las retribuciones, aunque indebidas y por ello constitutivas de salida fraudulenta de dinero de la sociedad, fue por no estar reconocidas en los estatutos, si bien que nadie había impugnado antes esta situación, y Don Luis Carlos trabajaba para la empresa previamente a ser administrador aunque no sepamos en qué labores exactamente; además de tenerse que limitar la aplicación de esta causa legal solo a las remuneraciones de los dos años anteriores a la declaración del concurso; y de que lo percibido personalmente por él sería el neto y no los importes brutos a que se refiere la Administración Concursal y la sentencia; aparte de que según parece la sociedad también le debía otras cantidades y que va a perder en el concurso por la condena que nos ocupa. El Tribunal considera por todo ello más ajustado al caso fijar una responsabilidad del 25% del déficit que resulte de la liquidación hasta un máximo de 40 mil euros.

OCTAVO

- Lo dicho es suficiente para la estimación parcial del recurso de apelación en la medida expuesta, lo que conlleva no hacer mención de las costas de la alzada ([art. 398 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)) y la devolución del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#)).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que, con estimación parcial del recurso de apelación, revocamos en parte la sentencia apelada, en el único sentido de fijar la responsabilidad concursal del déficit patrimonial en un 25% hasta un máximo de 40 mil euros, confirmándose los restantes pronunciamientos, sin mención de las costas de la alzada y devolución del depósito para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación por interés casacional, y en su caso conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 4ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.