



Roj: **STS 1514/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1514**

Id Cendoj: **28079110012020100222**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2020**

Nº de Recurso: **1700/2017**

Nº de Resolución: **213/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LE 182/2017,**
STS 1514/2020,
AATS 5577/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2020

Fecha de sentencia: 29/05/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1700/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1700/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de incidente concursal 528/2015 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León. El recurso fue interpuesto por Herminia , Inmaculada y Pelayo , representados por el procurador Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de María Fernández Viadas. Ha sido parte recurrida la administración concursal de la entidad Editorial Evergráficas S.L. representada por la procuradora María Elena Carretón Pérez y bajo la dirección letrada de Israel Álvarez-Canal Rebaque. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Elena Carretón Pérez, en nombre y representación de la administración concursal de la entidad Editorial Evergráficas S.L., presentó demanda de incidente concursal sobre calificación ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León, solicitando que dicte sentencia:

"[...] A) Declarando:

"1º.- Culpable el concurso de la mercantil Editorial Evergráficas S.L., que se tramita ante este Juzgado.

"2º.- Personas afectadas por la calificación de culpable a don Pelayo , doña Herminia y doña Inmaculada , como miembros del Consejo de Administración de la entidad concursada.

"3º.- Cómplice a la mercantil Grupo Everest de Comunicación, S.L.

"B) Inhabilitando a las personas afectadas por esta calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

"c) Condenando a las personas afectadas por esta calificación a pagar solidariamente entre sí y solidariamente con Grupo Everest de Comunicación, S.L. el importe del saldo pendiente del crédito que ostenta la concursada frente a la sociedad declarada como cómplice y que, a fecha del cierre del ejercicio 2014 reflejaba un saldo de dos millones ciento noventa y nueve mil quinientos cuarenta y dos euros (2.199.542 €), con el fin de que dicho importe pase a integrar la masa activa del concurso".

2. El Ministerio Fiscal emitió informe solicitando:

"[...] se dicte resolución donde se califique el concurso como culpable debiendo considerarse como personas afectadas por esta calificación a:

"D. Pelayo , presidente del Consejo de Administración, deberá ser inhabilitado para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, así como la condena a la pérdida de todos los derechos que tenga reconocidos en el concurso como acreedor concursal o de la masa y a la devolución a la masa concursal, de forma solidaria con el resto de los afectados por la calificación, de la cantidad de 2.199.5242 euros.

"Doña Inmaculada , secretaria del Consejo de Administración, deberá ser inhabilitado para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, así como la condena a la pérdida de todos los derechos que tenga reconocidos en el concurso como acreedor concursal o de la masa y a la devolución a la masa concursal, de forma solidaria con el resto de los afectados por la calificación, de la cantidad de 2.199.542 euros.

"Doña Herminia , vocal del Consejo de Administración, deberá ser inhabilitado para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, así como la condena a la pérdida de todos los derechos que tenga reconocidos en el concurso como acreedor concursal o de la masa y a la devolución a la masa concursal, de forma solidaria con el resto de los afectados por la calificación, de la cantidad de 2.199.542 euros.

"- También se deberá tener como afectado por la calificación como cómplice de los hechos a la Entidad Grupo Everest de Comunicación S.L. quien, de forma solidaria con el resto de los afectados por la calificación, deberá reintegrar a la masa concursal de la cantidad de 2.199.542 euros"



3. La procuradora Susana Belinchón García, en representación de la entidad Editorial Evergráficas S.L., formuló oposición a la calificación, solicitando que dictase sentencia:

"[...] por la que:

"- El concurso de Editorial Evergráficas, S.L. sea declarado fortuito.

"- Subsidiariamente, no se condene a Grupo Everest de Comunicación, S.L., ni a D. Pelayo, D^a. Inmaculada ni D^a. Herminia, al pago de 2.199.542 € en concepto de daños y perjuicios.

"- Subsidiariamente, no se condene a D. Pelayo, D^a. Inmaculada ni D^a. Herminia en virtud del artículo 172 bis de la Ley Concursal".

4. La procuradora Susana Belinchón García, en representación de Pelayo e Inmaculada, formuló oposición a la calificación, solicitando que dictase sentencia:

"[...] por la que se sobresea la calificación culpable solicitada por el Ministerio Fiscal por haber sido formulada de forma defectuosa y, subsidiariamente, respecto de la calificación del Ministerio Fiscal, y, en todo caso, respecto de la calificación de la administración concursal, todo ello de conformidad con las alegaciones contenidas en el cuerpo del presente escrito, el concurso de Editorial Evergráficas, S.L. sea declarado fortuito.

"Subsidiariamente, para el caso de que el concurso fuera calificado como culpable, se solicita, por los motivos indicados en el cuerpo del presente escrito, que no se imponga condena dineraria alguna a esta parte.

"Por último y subsidiariamente respecto de lo anterior, para el caso de que el concurso fuese declarado culpable y con condena a responsabilidad económica, ésta deberá tener como límite el importe de la efectiva concesión de crédito a la matriz atribuible a esta parte que, asumiendo todas las premisas manifestadas de contrario ascendería, como máximo y con independencia de su cuantificación exacta a la vista de la prueba practicada, a 8.875 euros.

"Todo ello, sin condena en costas".

5. La procuradora Susana Belinchón García, en representación de Herminia, formuló oposición a la calificación, solicitando que dictase sentencia:

"[...] por la que se sobresea la calificación culpable solicitada por el Ministerio Fiscal por haber sido formulada de forma defectuosa y, subsidiariamente, respecto de la calificación del Ministerio Fiscal, y, en todo caso, respecto de la calificación de la administración concursal, todo ello de conformidad con las alegaciones contenidas en el cuerpo del presente escrito, el concurso de Editorial Evergráficas, S.L. sea declarado fortuito.

"Subsidiariamente, para el caso de que el concurso fuera calificado como culpable, se solicita, por los motivos indicados en el cuerpo del presente escrito, que no se imponga condena dineraria alguna a esta parte.

"Por último y subsidiariamente respecto de lo anterior, para el caso de que el concurso fuese declarado culpable y con condena a responsabilidad económica, ésta deberá tener como límite el importe de la efectiva concesión de crédito a la matriz atribuible a esta parte que, asumiendo todas las premisas manifestadas de contrario ascendería, como máximo y con independencia de su cuantificación exacta a la vista de la prueba practicada, a 8.875 euros.

"Todo ello, sin condena en costas".

6. La procuradora Susana Belinchón García, en representación de la entidad Grupo Everest de Comunicación S.L., formuló oposición a la calificación, solicitando que dictase sentencia:

"[...] por la que se desestimen todas y cada una de las pretensiones contra la representada, con expresa condena al pago de las costas a la administración concursal y al Ministerio Fiscal demandantes".

7. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo parcialmente la demanda de calificación deducida en la presente sección de calificación por la administración concursal, con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Declaro culpable el concurso de la mercantil Editorial Evergráficas S.L.

"2.- Declaro como personas afectadas por dicha calificación a Pelayo, Inmaculada y Herminia, a quienes condeno a la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante 2 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y a la cobertura del eventual déficit que resulte de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 8.875 euros y de manera solidaria con Grupo



Everest de Comunicación S.L., sin que proceda la emisión de pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales.

"3.- Condeno a Grupo Everest de Comunicación S.L., como cómplice, a la devolución de los 2.199.542 euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada, así como al pago de las costas procesales.

"Llévese a cabo la publicidad de esta resolución en la forma prevista en el art. 198 de la Ley concursal".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Pelayo , Inmaculada y Herminia y por la representación de la entidad Grupo Everest de Comunicación S.L. El Ministerio Fiscal y la representación de la administración concursal de Editorial Evergráficas S.L. se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, mediante sentencia de 24 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos íntegramente el recurso de apelación formulado por Don Pelayo , Doña Inmaculada y Doña Herminia contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León de fecha 3 de mayo de 2016, dictada en los autos de Concurso nº. 528/15-Sección Sexta, con imposición de las costas del Recurso desestimado a la parte recurrente.

"Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Grupo Everest de Comunicación S.L., confirmando la resolución recurrida en sus principales pronunciamientos, con la aclaración que se especifica en el siguiente párrafo.

"Aclaremos el sentido del fallo suprimiendo la declaración de responsabilidad solidaria respecto de Grupo Everest de Comunicación S.L. que se contiene en el segundo apartado de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución recurrida.

"En consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución, con la aclaración expresada, sin imponer las Costas del recurso a la parte recurrente cuyo recurso se estima en parte para aclarar la parte dispositiva de la Sentencia recurrida.

"Se declara perdido el depósito constituido para la interposición de uno de los recursos de apelación (que ha sido desestimado) y se acuerda la devolución del depósito constituido por el recurso que se estima en parte".

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

1. La procuradora Susana Belinchón García, en representación de Herminia , Inmaculada y Pelayo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Al amparo de lo establecido en el número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del apartado segundo del artículo 218 de esa misma Ley al vulnerar la sentencia recurrida las reglas de la lógica y la razón en la valoración de la prueba practicada".

"2º) Al amparo de lo establecido en el número tercero del apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la norma legal que rige los actos y garantías del proceso cuando esa infracción hubiera podido producir indefensión (art. 281, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución)".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo de lo establecido en el número tercero del apartado segundo del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar el recurso interés casacional. El recurso presenta interés casacional porque la sentencia recurrida infringe la norma contenida en el párrafo primero del apartado primero del artículo 172 bis de la Ley Concursal, que, en la redacción dada a dicha norma por la ley 38/2011, de 10 de octubre, no llevaba más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual o similar contenido en relación a la cuestión a que este primer motivo se refiere".

2. Por diligencia de ordenación de 20 de abril de 2017, la Sección Primera Audiencia Provincial de León 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 Inmaculada, Herminia y Pelayo, representados por el procurador Antonio Ortega Fuentes; y como recurrida la administración concursal de la entidad Editorial Evergráficas S.L., representada por la procuradora M.ª Elena Carretón Pérez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Herminia, D.ª Inmaculada y D. Pelayo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección Primera) de fecha 24 de febrero de 2017, en el rollo de apelación núm. 372/2016, dimanante de los autos de incidente concursal de oposición a la calificación 528/2015, del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil núm. 8 de León.

"2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Herminia, D.ª Inmaculada y D. Pelayo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección Primera) de fecha 24 de febrero de 2017, en el rollo de apelación núm. 372/2016, dimanante de los autos de incidente concursal de oposición a la calificación 528/2015, del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil núm. 8 de León.

"3.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

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

5. Dado traslado, la representación procesal de la administración concursal de la entidad Editorial Evergráficas S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario. El Ministerio Fiscal emitió informe impugnando el recurso

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de marzo de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

Editorial Evergráficas S.L. formaba parte del grupo de sociedades Everest, cuya matriz era Grupo Everest de Comunicación S.L.

Editorial Evergráficas S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 27 de marzo de 2015.

Pelayo, Inmaculada y Herminia fueron administradores de Editorial Evergráficas S.L. en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2011 y el 27 de marzo de 2015, en que se declaró el concurso y se abrió la fase de liquidación.

Hasta la declaración de concurso, Editorial Evergráficas S.L. transfirió a su matriz (Grupo Everest de Comunicación S.L.) dinero por un importe total de 2.199.542 euros. De esta suma, en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2011 y el 27 de marzo de 2015, el desvió patrimonial fue de 8.875 euros.

2. El juzgado mercantil, atendiendo a la solicitud contenida en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Ministerio Fiscal, resolvió el preceptivo incidente concursal con una sentencia que declaraba culpable el concurso por las siguientes causas:

i) Al amparo de lo prescrito en el art. 164.1 LC, porque sus administradores agravaron de manera gravemente negligente la situación de insolvencia de la concursada, al no haber adoptado las medidas precisas para la contención del gasto de personal ante la situación de insolvencia por la que atravesaba la sociedad en el ejercicio 2015, y por haber transferido a Grupo Everest de Comunicación S.L., matriz del grupo del que forma parte la concursada, 2.199.542 euros.



ii) Y al amparo del art. 164.2.1º LC, porque las cuentas anuales de la concursada incurren en graves irregularidades que impiden un conocimiento fidedigno de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, al contabilizar indebidamente el crédito contra Grupo Everest de Comunicación S.L., sociedad matriz, como un crédito a corto plazo, pese a no concurrir un propósito de devolución, al menos a corto plazo.

La sentencia declaró a los tres administradores de Editorial Evergráficas S.L. (Pelayo , Inmaculada y Herminia), personas afectadas por la calificación, y a la sociedad matriz (Grupo Everest de Comunicación S.L.), respecto de la conducta de traspaso patrimonial que agravó la situación de insolvencia. A continuación, impuso a Pelayo , Inmaculada y Herminia una inhabilitación para administrar bienes ajenos durante dos años, y les condenó a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales y contra la masa, así como "a la cobertura del eventual déficit que resulte de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 8.875 euros y de manera solidaria con Grupo Everest de Comunicación S.L.". Y, finalmente, condenó a Grupo Everest de Comunicación S.L., en cuanto cómplice, "a la devolución de los 2.199.542 euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada".

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por los tres administradores sociales, declarados personas afectadas por la calificación, como por la sociedad matriz, declarada cómplice.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación de Grupo Everest de Comunicación S.L. y deja sin efecto la mención a que esta sociedad matriz debía responder de forma solidaria de la condena a la cobertura del eventual déficit impuesta a los tres administradores sociales, hasta la suma de 8.875 euros.

La sentencia de apelación desestima íntegramente el recurso de Pelayo , Inmaculada y Herminia . En lo que ahora interesa, por ser objeto del recurso de casación, la Audiencia rechaza la pretensión de los apelantes de que por déficit se entienda la diferencia que había entre el activo y el pasivo al tiempo de la declaración de concurso, determinada en el informe de la administración concursal del art. 74 LC.

4. Frente a la sentencia de apelación, Pelayo , Inmaculada y Herminia han interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Tan sólo ha sido admitido el recurso de casación.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 172 bis LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en lo que se refiere a qué debe entenderse por condena a la cobertura del déficit. En el desarrollo del motivo concreta en qué consiste la infracción denunciada:

"La infracción en la que incurre la sentencia recurrida consiste en considerar que, en el Derecho concursal español vigente, es posible una condena a la cobertura del déficit que resulte una vez liquidada la masa activa, como sucedía bajo la redacción originaria de la ley 22/2003, de 9 de julio, sin tener en cuenta la modificación normativa introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que modifica la solución legal originaria (...). Para la Audiencia (...) déficit es el que se produzca tras la liquidación; para los recurrentes el déficit es el que resulte de aquellos dos documentos que la ley Concursal ordena elaborar a la administración concursal: el inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores, con la garantía que supone que uno y otro puedan ser impugnados ante el juez del concurso".

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

2. Desestimación del motivo. La cuestión suscitada en el presente recurso gira en torno a la interpretación de qué debe entenderse por "déficit", a efectos de la responsabilidad prevista en el art. 172 bis LC.

No hay duda de que, de acuerdo con la jurisprudencia, como la apertura de la sección de calificación fue posterior a la entrada en vigor del RDL 4/2014, de 7 de marzo, resulta de aplicación la versión del art. 172 bis LC introducida por este RDL.

Pero para poder interpretar el tenor de este artículo, en la versión actual, aplicable al caso, es preciso conocer la evolución sufrida por la regulación de esta responsabilidad concursal.

3. Regulación originaria de la responsabilidad a la cobertura del déficit. En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la calificación culpable del concurso daba lugar a los siguientes pronunciamientos: la identificación de las personas afectadas por la calificación, en relación con cada una de las causas que justificaban la calificación culpable de concurso, y, en su caso, de los cómplices (art. 172.2.1º LC); "la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años..." (art. 172.2.2º LC); y "la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados" (art. 172.2.3º LC).



Además, el art. 172.3 LC contenía otro eventual pronunciamiento:

"3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

Tal y como lo interpretó esta sala desde un principio (sentencia 644/2011, de 6 de octubre), esta responsabilidad se articulaba como una posible consecuencia de la calificación culpable del concurso y requería de una justificación añadida:

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

En cualquier caso, y en relación con lo que ahora interesa para resolución de este recurso de casación, el objeto de la condena era "pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

4. Reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Este régimen de responsabilidad previsto originariamente en el art. 172.3 LC, fue modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En primer lugar, lo trasladó a un nuevo artículo, el 172 bis. En segundo lugar, mantuvo como premisas que la sección de calificación se hubiera abierto o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y que la calificación fuera culpable. Y, en tercer lugar, en esos casos preveía:

"el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit".

Con ello, se mantuvo que esta condena no era una consecuencia necesaria de la declaración de concurso culpable, sin especificar los requisitos que debían concurrir para justificarla; se ampliaron los sujetos pasivos de esta responsabilidad, al añadir los apoderados generales; y, lo que resulta más importante, se alteró el objeto de la condena, que pasaba de ser "la cobertura, total o parcial, del déficit", en vez del pago total o parcial de los créditos no satisfechos con la liquidación.

Esta modificación se completó con la del apartado 3 de este art. 172 bis: "Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso". Lo que permitía que con lo obtenido por la condena a la cobertura del déficit pudieran pagarse también créditos contra la masa.

El art. 172 bis LC también aclaraba que, de ser varios los condenados, la sentencia debía individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

5. Reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo. La redacción del art. 172.1 bis modificada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, que es la aplicable al presente caso, además de introducir una ampliación de los sujetos que pueden incurrir en esta responsabilidad que ahora no resulta de interés ("los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165"), especificó que la condena "a la cobertura, total o parcial, del déficit", lo será "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia".

En lo que ahora interesa, se mantiene como objeto de condena "la cobertura, total o parcial, del déficit", que había sido introducido por la Ley 38/2011, de 10 octubre.

6. El precepto no aclara qué debe entenderse por déficit: si, como sostiene la Audiencia, el que a la postre resulta de la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos patrimoniales del concursado para pagar todos los créditos; o, como sostiene el recurrente, el que había al tiempo de la declaración de concurso, cuya determinación resulta de los textos que acompañan al informe de la administración concursal (el inventario del activo y la lista de acreedores).

Para desentrañar qué entiende el art. 172 bis.1 por "déficit", a falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad. La causa de la responsabilidad es la generación o agravación



de la insolvencia y se responde en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia.

Esta insolvencia es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y por ello no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra "el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", al que se refiere el art. 2.2 LC.

Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial).

7. Esta sala, desde su sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, en que por primera vez interpretamos el art. 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, aunque fuera para aclarar que no resultaba de aplicación a aquel caso porque la sección de calificación se había abierto antes de la entrada en vigor de esa reforma, ha declarado que conforme a la actual regulación la naturaleza de esta responsabilidad es resarcitoria:

"la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia".

Y lo hemos reiterado en la reciente sentencia 279/2019, de 22 de mayo, en un caso en que ya era de aplicación la versión actual del art. 172 bis.1 LC.

De este modo, la justificación o *ratio iuris* de esta responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos.

Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, responden de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.

8. Esta interpretación se acomoda mejor a otra realidad: no todas las conductas tipificadas por el legislador como susceptibles de merecer la calificación culpable del concurso y la condena a la cobertura del déficit son anteriores a la declaración de concurso.

Hay dos que necesariamente son posteriores: el incumplimiento del convenio por culpa del concursado (art. 164.2.3º LC) y la falta de colaboración (art. 165.1.2º LC). Y otra, el alzamiento de bienes (art. 164.2.4º LC), que, por no referirse necesariamente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como ocurre con las enajenaciones fraudulentas del art. 164.2.5º LC, no debería excluirse que pudiera aplicarse a algunas distracciones de bienes y derechos patrimoniales realizadas después de la apertura del concurso.

A estas conductas posteriores a la declaración de concurso, no se les puede imputar la generación o el agravamiento de la insolvencia que determinó la apertura del concurso, pero sí el agravamiento de la situación patrimonial de la masa del concurso que, en la medida en que agravaran la consecuencia final de insatisfacción total o parcial de los créditos, no deberían quedar fuera de la responsabilidad por déficit.

Sin perjuicio de que su contribución a la agravación de la insolvencia se pudiera evaluar económicamente en atención a la incidencia efectiva que hubiera tenido en la frustración de la expectativa de cobro de los acreedores. Por ejemplo: en el caso del art. 165.1.2º LC, el perjuicio (agravamiento de la insolvencia) se determinaría por la pérdida patrimonial que la falta de colaboración hubiera ocasionado a la masa activa, ya sea por el coste que hubiera generado, ya sea por lo que hubiera dejado de percibirse, cobrarse o reintegrarse como consecuencia de ello; y en el caso del art. 164.2.3º LC, el agravamiento de la insolvencia se cuantificaría en la diferencia entre lo que hubieran percibido los acreedores en caso de cumplirse el convenio y lo que estimativamente cobrarían con la liquidación.

9. En nuestro caso, si bien al tiempo de la declaración de concurso el activo contable era superior al pasivo, según corrobora el informe de la administración concursal del art. 76 LC y los anexos del inventario y la lista de acreedores, en ese activo se encuentra el crédito que la concursada tiene con su matriz (Grupo Everest de



Comunicación S.L.) por las disposiciones de dinero injustificadas (por un importe total de 2.199.542 euros). En la sentencia ahora recurrida se ha declarado, y eso no es objeto de impugnación, que estas disposiciones injustificadas de dinero a la matriz, en la medida en que no se devolvían, provocaron la insolvencia, el concurso y, consiguientemente, ante la falta de restitución de esas cantidades, que haya un pasivo que resulte insatisfecho con lo obtenido con la realización de todos los activos.

Es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencias, representadas por el déficit entendido como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia (8.875 euros).

En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

TERCERO. Costas

1. Desestimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas, conforme a lo previsto en el art. 398.1 LEC.

2. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Pelayo, Inmaculada y Herminia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.^a) de 24 de febrero de 2017 (rollo 372/2016), que conoció de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León de 3 de mayo de 2016 (incidente concursal 528/2015).

2.º Imponer a la parte recurrente las costas generadas con su recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia 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.