

LA COMPLICIDAD EN EL CONCURSO

A la luz interpretativa de la STS de 27 de enero de 2016

María Isabel Candelario Macías

*Profesora titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, don Alfonso CORONEL DE PALMA MARTÍNEZ AGULLÓ, don Ramón FERNÁNDEZ ACEYTUNO, doña Regina GAYA SICILIA, don Javier IZQUIERDO JIMÉNEZ y don Carlos LEMA DEVESA.

EXTRACTO

La finalidad pretendida mediante esta investigación es poner de manifiesto los diferentes ingredientes que componen la complicidad en el concurso culpable. A tal efecto, se analizan e interpretan los diferentes preceptos referentes de la Ley concursal y su relación con otras normativas y, en particular, se examinan diferentes resoluciones jurisprudenciales, que nos dan las pautas para entender el alcance y la extensión de la complicidad en el concurso y, en especial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016, que nos aclara y aporta algunos elementos en torno al cómplice concursal y su actuación culpable. De esta suerte que podemos extraer diferentes postulados que nos sirvan como puntos de apoyo a futuro, que han de concurrir en la actuación del tercero –cómplice–, que actúa agravando la situación de insolvencia del deudor y, por ende, incurrir en complicidad, y las consecuencias a ella inherentes.

Palabras clave: complicidad, concurso culpable, jurisprudencia y derecho concursal.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

COMPLICITY IN THE INSOLVENCY LAW

In the interpretative light of the STS of January 27, 2016

María Isabel Candelario Macías

ABSTRACT

The aim sought by this research is to reveal the different ingredients that make up complicity in the guilty insolvency. To that end, the different precepts of the Insolvency Law and its relation to other regulations are analyzed and interpreted, and in particular, different jurisprudential decisions are examined, which give us the guidelines to understand the scope and extent of complicity in the contest, and in particular the judgment of the Supreme Court of January 27, 2016, which clarifies and provides some elements regarding the accomplice and its guilty conduct. In this way, we can extract different postulates that serve as future support points, which have to concur in the performance of the third –complicit–, which acts to aggravate the debtor's insolvency situation and, therefore, incurs complicity and the consequences inherent therein.

Keywords: complicity, guilty insolvency, jurisprudence and insolvency law.

Sumario

1. Introducción
2. Marco normativo e interpretativo
3. Sujetos legitimados para solicitar la complicidad en el concurso culpable
4. Presupuestos que han de concurrir en la complicidad
5. Los efectos derivados de la complicidad
6. Comentario a la STS de 27 de enero de 2016
 - 6.1. Explicación del caso
 - 6.2. Contenido jurídico de la resolución
 - 6.3. Valoración

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En esta contribución se pretenden examinar algunos de los trazos que configuran la complicidad dentro del concurso culpable, cuestión que no ha sido abordada con gran interés por parte de los mercantilistas a diferencia de lo que sucede con otros tópicos del Derecho concursal. No obstante ello, la labor jurisprudencial ha resultado crucial para poder delimitar de una manera certera esta institución contenida en el artículo 166 de la Ley 22/2003 de lo concursal¹ (en adelante, LC). Cabalmente, lo buscado es fijar los parámetros sobre los que se asienta dicha institución, que nos vienen dados por la interpretación legal que realiza la jurisprudencia. Y, en especial, se comentará un caso real ilustrado en la relevante STS de 27 de enero de 2016, núm. 5/2016, ponente don Pedro José Vela Torres (NCJ060819), que nos servirá como clave aclaratoria y de aportación a lo que es la complicidad en el concurso culpable.

Sin desconocer que ya el mandato *ut supra* aludido encuentra su antecedente más inmediato en los artículos 893² y 894³ del Código de Comercio de 1885, derogados en su mo-

¹ BOE n.º 164, de 10 de julio de 2003.

² Declaraba el artículo 893. Cómplices de quiebra fraudulenta: «Serán considerados cómplices de las quiebras fraudulentas:

1.º Los que auxiliaren el alzamiento de bienes del quebrado.

2.º Los que, habiéndose confabulado con el quebrado para suponer créditos contra él o aumentar el valor de los que efectivamente tengan contra sus valores o bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos o en cualquier Junta de acreedores de la quiebra.

3.º Los que, para anteponerse en la graduación en perjuicio de otros acreedores, y de acuerdo con el quebrado, alteraren la naturaleza o fecha del crédito, aun cuando esto se verifique antes de hacerse la declaración de quiebra.

4.º Los que deliberadamente, y después que el quebrado cesó en sus pagos, le auxiliaren para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos.

5.º Los que, siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el Juez o Tribunal que de ello conozca, la entregaren a aquel, y no a los administradores legítimos de la masa, a menos que, siendo de nación o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra.

6.º Los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que de la pertenencia del quebrado existieren en su poder.

7.º Los que, después de publicada la declaración de la quiebra, admitieren endosos del quebrado.

8.º Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos.

9.º Los agentes mediadores que intervengan en operaciones de tráfico o giro que hiciere el comerciante declarado en quiebra».

³ Manifestaba el artículo 894. Condenas de cómplices de quiebra: «Los cómplices de los quebrados serán condenados sin perjuicio de las penas en que incurran con arreglo a las leyes criminales.

1.º A perder cualquier derecho que tengan a la masa de la quiebra en que sean declarados cómplices.

2.º A reintegrar a la misma masa los bienes, derechos y acciones sobre cuya sustracción hubiere recaído la declaración de su complicidad, con intereses e indemnización de daños y perjuicios».

mento⁴ y estatuidos en sede de quiebra fraudulenta; sin descuidar tampoco a los precedentes en el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, en sus artículos 1.010 y 1.011, respectivamente.

Los dos preceptos contenidos en el Código de Comercio de 1885 establecían un sinfín de causales que nos proporcionaban las pautas para saber si nos hallábamos ante la situación de complicidad concursal, así como los efectos derivados de incurrir en dicha situación, pero estaban lejos de disciplinar un concepto de qué fuera la complicidad, cuestión solventada por el artículo 166, ya referenciado, que es objeto de nuestra atención junto con otra jurisprudencia que lo interpreta y, en particular, la última resolución jurisprudencial sobre la temática vertida por la Sala Primera del Tribunal Supremo del 27 de enero de 2016.

2. MARCO NORMATIVO E INTERPRETATIVO

El mandato que sirve de faro para entender la complicidad concursal se contiene en el artículo 166⁵ de la LCon: «Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

- a) Según se descuelga del tenor del precepto, cabe apuntar que cómplices pueden ser tanto las personas naturales como las personas jurídicas. El mandato utiliza la expresión general de «personas», ergo no hace distinción alguna entre aquellas categorías. Inclusive, hemos de puntualizar que el cómplice es un tercero⁶ que no tiene por qué estar relacionado con el deudor concursado, basta solo la colaboración o cooperación que agrave la situación de dificultad económica y entre dentro de los parámetros descritos en los artículos 164 y 165 de la LC.

⁴ Derogados por la disposición derogatoria única 3.3 de Ley 22/2003, de 9 julio. Nótese que la precitada derogación entra en vigor el 1 de septiembre de 2004.

⁵ El precedente más inmediato lo encontramos en los textos pre-legislativos inmediatamente anteriores a la Ley 22/2003, a saber: de un lado, en el artículo 311.2 del Anteproyecto de Ley Concursal 1983, que establecía la figura de los cómplices: «Las personas que, con dolo o negligencia grave, hubieran cooperado con el deudor, sus representantes, administradores, liquidadores o apoderados en la realización de cualquiera de los actos previstos en el artículo 301». De otro lado, también nos encontramos con similar tenor en el artículo 207 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del año 1995, confeccionada por Ángel Rojo Fernández-Río.

⁶ Con otros términos, DÍAZ GÓMEZ, M.ª A. y MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: «La calificación del concurso tras la reforma introducida en la Ley concursal por la Ley 38/2011», *Pecunia*, núm. 14, enero-junio 2012, págs. 146 a 168; en pág. 155, señala que «el cómplice, por lo tanto, es una persona ajena al concursado y a sus representantes y para que su acción u omisión sea considerada de colaboración es suficiente con que encaje en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la LC y se dé una relación de causalidad entre el acto realizado y la creación o agravamiento de la situación de insolvencia del deudor».

De igual modo, la complicidad se asocia a la acción de cooperar (cooperación)⁷ con el deudor concursado. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, «cooperar» es: *Del lat. tardío cooperāri.*

«1. intr. Obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común. 2. intr. Obrar favorablemente a los intereses o propósitos de alguien».

- b) Bajo este contexto, hemos de reseñar que el cómplice va a cooperar⁸ con el deudor, si bien el tenor legal amplía la relación de personas⁹ (que suelen administrar-gestionar el patrimonio) y que se asocian al deudor en función de su naturaleza jurídica, así para el deudor empresario individual se atenderá a la actuación de sus representantes legales, si procede. En cambio, si estamos ante sociedades mercantiles, sean de capitales o de personas, se fijarán en la actuación de los administradores o liquidadores, sean de derecho o de hecho, así como apoderados generales. En otros términos explicativos, los sujetos referenciados son aquellos que pueden verse *afectados e inmersos* en la calificación de culpabilidad del concurso.
- c) Hemos de precisar que los actos que provocan la complicidad en el concurso culpable son independientes¹⁰ de los que pudieran darse en el ámbito penal¹¹, tal y

⁷ Puntualiza FRAU I GAIA, S.: *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, 2014, en el epígrafe IV, que «el concepto de complicidad concursal es claramente más amplio que el penal, pues las conductas que no respondan al concepto penal estrictamente considerado de la complicidad que encierren comportamientos propios del encubrimiento no repugnan al concepto homólogo de la complicidad, que se fundamenta sobre todo en la idea de cooperación, de cualquier clase que sea, que es la conducta propia esencial de la definición, debiéndose incluir en la misma cualquier supuesto en que se agrave, incluso por mero ocultamiento o, más aún, por pasividad maliciosa, la realidad de la situación patrimonial y financiera del deudor».

⁸ Cfr. SANJUAN Y MUÑOZ, E.: *Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y constructoras. Afectaciones y peculiaridades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, a lo largo del epígrafe V precisa que «el criterio de cooperación debe partir de posturas diferentes a las adoptadas por el derecho penal no solo por la distinción entre los diferentes ordenes sino porque partimos de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto a partir de conductas como el encubrimiento. La cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164.2 de la Ley Concursal».

⁹ Al respecto, véase a GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Concursado, Cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid: Marcial Pons, 2005, págs. 4.913 y ss.

¹⁰ Téngase en cuenta el hecho de que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara que «una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de la calificación del concurso [...] los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos».

¹¹ Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: «Cómplice penal vs. Cómplice concursal», *Revista del Poder Judicial*, 2006, núm. 84. También, declara el profesor PORFIRIO CARPIO, L. J.: «Administradores de hecho y concurso: *da mihi factum, dabo*

como venimos anotando. De hecho, aquellos actos –ámbito concursal– suelen ser más genéricos que los dados en el sector penal¹², bien mediante simulación, manipulación contable o diferentes actos fraudulentos que menoscaban el patrimonio y fundamentan dicha calificación de culpabilidad.

En cualquier caso, observemos de manera sucinta la definición de cómplice que nos ofrece el Código Penal¹³ en sus artículos 27 y 29, respectivamente. Ordena el artículo 27 del CP: «Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices».

Por su parte, el artículo 29 del CP: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

tibi ius», en <http://portal.uned.es/pls/portal/docs> (consultado por última vez el 24 de febrero de 2016), pág. 32: «La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, parcialmente, sobre el contenido y el alcance del artículo 166 de la LC; un resumen de ella podría ser el siguiente:

- 1.º Se pone de relieve, primeramente, la absoluta independencia entre los órdenes penal y civil en este ámbito de aplicación del Derecho.
- 2.º Se afirma que debe rehuirse de una interpretación del concepto de complicidad concursal asimilándolo sin más a su concepto penal.
- 3.º Se manifiesta que solo con especial cuidado y gran atención sería lícito trasladar el concepto complicidad penal a este campo mercantil del concurso, dado que la doctrina jurisprudencial pone también de relieve que el "concepto de complicidad concursal es claramente más amplio que el penal, pues las conductas que no responden al concepto penal estrictamente considerado de la complicidad que encierren comportamientos propios del encubrimiento no repugnan al concepto homólogo de la complicidad, que se fundamenta sobre todo en la idea de cooperación, de cualquier clase que sea, que es la conducta propia esencial de la definición, debiéndose incluir en la misma cualquier supuesto en que se agrave, incluso por mero ocultamiento, la realidad de la situación patrimonial y financiera del deudor, sin que ello pueda en modo alguno prejuzgar en absoluto la calificación de la conducta de los mismos como hecho típicamente punible, pues la primera despliega sus efectos solo en el ámbito estrictamente privado, que son razonamientos que justifican aún con mayor razón la necesidad de incardinar la conducta descrita [...] en aquel artículo 166 de la Ley Concursal».

¹² Enuncia el fundamento jurídico cuarto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1, Málaga, del 22 de mayo de 2006, n.º autos 19/2004, ponente don Enrique Sanjuan Muñoz: «El criterio de cooperación debe partir de posturas diferentes a las adoptadas por el derecho penal no solo por la distinción entre los diferentes ordenes sino porque partimos de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto a partir de conductas como el encubrimiento. La cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164.2 de la Ley Concursal».

¹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 281 de 24 de noviembre de 1995, con sus correspondientes modificaciones. En especial, el artículo 27 referenciado, se atiende a la Ley Orgánica. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo), vigencia: 1 de julio 2015.

Para seguir entendiendo el alcance y la extensión de la figura del cómplice en el concurso culpable, hemos de examinar, a su vez, lo declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo *ut supra* referido, que es objeto de nuestro interés a lo largo de esta investigación.

3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA COMPLICIDAD EN EL CONCURSO CULPABLE

Los sujetos legitimados para instar la calificación del concurso¹⁴ y, en concreto, solicitar la complicidad son, de un lado, la administración concursal y, de otro, el Ministerio Fiscal. En efecto, véase lo que declara la Audiencia Provincial Madrid, Sección 28.ª, en Sentencia de 9 de marzo de 2012:

«Ahora bien, consideramos oportuno precisar que la legitimación para plantear pretensiones en materia de calificación del concurso, para la determinación de personas afectadas por la misma y por complicidad y para interesar la condena de cualquiera de los implicados ha sido confiada por la ley a la administración concursal y al Ministerio Fiscal (art. 169 de la Ley Concursal). Dichos órganos concursales son los que ostentan, en exclusiva, la facultad de interesar del juez del concurso los pronunciamientos que entiendan que procedan en el seno de la pieza de calificación, sin que incumba ni a los acreedores ni a otro sujeto con interés legítimo la iniciativa para formular tal tipo de pretensiones, limitándose sus facultades a las de poner en conocimiento de dichos órganos todo la información, así como ofrecer la prueba que la respalde, que puedan considerar relevante para la calificación del concurso (art. 168 de la LC), de manera que estos puedan plantear, en beneficio de todo el colectivo de afectados, las pretensiones concretas que, una vez filtrada la información recibida, entiendan más conveniente».

Se infiere que solo la administración concursal y el Ministerio Fiscal están habilitados *ex lege* para solicitar ante el juez de lo concursal la situación de complicidad de otro/s sujeto/s respecto al deudor concursado¹⁵ y su concurso culpable¹⁶.

¹⁴ Cfr., por todos, VELA TORRES, P.: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3. 2005, págs. 89 a 106. También al profesor ALCOVER GARAU, G.: «La calificación concursal y los supuestos de complicidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 133 a 138. PÉREZ BENÍTEZ, J.: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, págs. 149 a 184.

¹⁵ Al respecto, véase REDONDO GARCÍA, F.: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8, 2006, págs. 187 a 197.

¹⁶ Cfr. MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas "afectadas" por la calificación», en *Insolvencia y responsabilidad*, García-Cruces González, J. A., (dir.), Thomson Reuters-Civitas, 2012, págs. 65-104.

4. PRESUPUESTOS QUE HAN DE CONCURRIR EN LA COMPLICIDAD

Los planteamientos que han de concurrir para delimitar la complicidad *ex* artículo 166¹⁷ de la LC se sintetiza en los siguientes, a saber:

- a) El cómplice ha de actuar con dolo¹⁸ o culpa grave¹⁹.

¹⁷ Interpreta este mandato SERRANO PÉREZ, M. A.: «Algunas consideraciones sobre la complicidad concursal», 12 de febrero de 2016, en <http://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/algunas-consideraciones-sobre-la-complicidad.html> (consultado por última vez el 22 de febrero de 2016).

¹⁸ Véase, en este sentido, la SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2008 y la SAP de Burgos, Sección 3.ª de 19 de febrero de 2010, donde se destaca que «el criterio de cooperación debe partir de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación».

¹⁹ *Cfr.* la ilustrativa SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2014, ponente don Ignacio Olaso Azpíroz, en su fundamento jurídico séptimo que aclara la naturaleza de la complicidad, al manifestar: «Nos remitimos a los fundamentos de la Sentencia dictada por esta misma Sala con fecha 29 de diciembre de 2008 en la que, analizando el concepto de complicidad en esta materia decíamos:

«SEGUNDO. La complicidad se recoge en la Ley Concursal a partir del artículo 166 en donde se señala que "se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable". Se exige por tanto que: a) dichas personas hayan actuado con dolo o culpa, b) que hayan cooperado con el deudor o sus representantes legales y, en caso, de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores; c) que se realice cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

El criterio de cooperación debe partir de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto, de que la cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164-2 de la Ley Concursal».

TERCERO. También se alega como motivo de impugnación la falta del elemento subjetivo de la declaración de complicidad, que la Sentencia recurrida fundamenta en base a las presunciones del artículo 386 de la LECn. porque, si bien no hay vía para probar directamente los mecanismos mentales de quien no los confiesa, se infiere, con los indicios que enumera, que el Sr. Maximiliano omitió el mínimo deber de cuidado en no perjudicar la empresa que gerenciaba, ya inserta en insolvencia sin declarar, y que contribuyó con su actuación a la agravación de su insolvencia patrimonial.

Defiende la parte apelante, en primer lugar, que de ningún modo ha quedado acreditado que don Maximiliano tuviese conocimiento de que las obras se hubieran hecho o dejado de hacer, ni que el administrador de la empresa le hubiera ordenado nada con respecto a las mismas, ni que entre sus responsabilidades se encontrara la de comprobar obras; es decir, que no ha quedado acreditado que don Maximiliano haya desplegado una conducta dolosa o gravemente imprudente con respecto a los hechos que se le imputan, no demostrando que don Maximiliano tuviera conocimiento de tales hechos o, ni siquiera, de que debiera co-

- b) Se deriven perjuicios de los actos realizados que conducen a motivar la calificación del concurso como culpable²⁰. Coadyuva la complicidad a fundamentar la calificación del concurso como culpable. Luego, ha de estar probado, en otros términos, que existe una voluntariedad o conocimiento²¹ de que las conductas realizadas provocan un menoscabo económico y perjuicio patrimonial.

nocerlos. En segundo término, que al atribuir el Magistrado de lo Mercantil una responsabilidad por culpa grave sin que se le haya pedido, se quiebra el principio rogatorio del artículo 216 de la LECn y el principio acusatorio, siendo que la administración concursal apuntaba a una responsabilidad por dolo y no por negligencia, con flagrante vulneración del derecho de defensa.

La técnica de la presunción consiste en una operación intelectual mediante la que se sienta, a los efectos del proceso, la certeza de un hecho controvertido a partir de otro admitido o probado, por existir entre este y el presumido un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (STS de 30 de noviembre de 2007). La normativa sobre presunciones no puede ser invocada para sin más contradecir la conclusión probatoria obtenida por el Juzgado de instancia, salvo en aquellos casos en los cuales se haya apoyado en una ingerencia contraria a las reglas de la lógica (SSTS de 6 de noviembre de 2006, 15 y 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2007).

En el caso examinado la parte recurrente cita como infringidos los preceptos sobre la prueba de presunciones para tratar de contradecir la conclusión probatoria que llega el Magistrado a quo sobre la existencia de culpa grave en el apelante, que este Tribunal confirma, en base a los nueve indicios que sirven para apoyar la culpa grave en el actuar don Maximiliano, y que han quedado suficientemente probados. No es dable sustituir la valoración indiciaria objetiva e imparcial realizada en la Sentencia recurrida por la subjetiva y parcial invocada por la parte apelante.

Las excusas alegadas no enervan las argumentaciones vertidas por el Magistrado de lo Mercantil para finalmente concluir, que si, al menos, el dolo no se ha acreditado por hechos externos e indubitados, sí la culpa grave, partiendo de los presupuestos fácticos de ser el apelante gerente con un contrato blindado, ser el yerno de los administradores sociales y junto con su esposa y los citados suegros socios mayoritarios de Matrinor S.L., el pago en fechas inmediatas a la declaración del concurso, y lo facturado es por un proveedor habitual y por trabajos que debían de ser perfectamente visibles y constatables.

El apelante don Maximiliano, máximo dirigente de Matrinor S.L., era quien debía negociar y suscribir los distintos contratos, y en definitiva quien debía de realizar las labores ejecutivas y de dirección, y quien firmó la aceptación de las letras de cambio. No le exime al apelante don Maximiliano el que alegue que firmaba mensualmente cientos de pagos corrientes, o que no llevaba el control del mantenimiento de los inmuebles titularidad de la concursaba, ni que el control y verificación de las letras de pago presentadas a su firma se hallaban bajo el departamento financiero y de contabilidad, porque, como hemos dicho, se trata de actuaciones habituales de su actividad gerencial y que por lo tanto debió de actuar con la debida diligencia en el cumplimiento de sus funciones directivas».

Los argumentos que en aquella nuestra sentencia exponíamos para declarar cómplice al citado don Maximiliano XX son perfectamente extensivos a doña Carolina y a sus tres hijos; si no el dolo, se les debe imputar como mínimo haber incurrido en culpa grave por cooperación o colaboración con los administradores sociales».

²⁰ Al respecto, GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Concurrido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid: Marcial Pons, 2005, págs. 4.913 y ss., habla del *decoctor ergo fraudator*.

²¹ Predica la SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2014, ponente don Ignacio Olaso Azpiroz, en su fundamento jurídico cuarto: [...] hace presumir su conocimiento de las operaciones de trasvase de activos o, en otro caso, omitieron por negligencia grave tal conocimiento; en cualquier caso, colaboraron en la reducción de los activos de Druckguss Ibérica, SL».

Quiere decirse que hay una vinculación (relación de causalidad) entre los actos realizados y los daños causados, que han de ser lo suficientemente relevantes o significativos como para incidir en la calificación de culpabilidad del concurso²². A tal efecto, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sec. 6.ª) de 19 de diciembre de 2007, al apuntar que: «El artículo 166 de la LC requiere para la declaración de complicidad la concurrencia de dolo o culpa grave en la realización de cualquier acto que hubiere fundado la calificación del concurso como culpable, dolo o culpa que ha de quedar cumplidamente acreditados y, además, una adecuada relación de causalidad entre la actuación del cómplice y la situación de insolvencia».

De este modo, no se puede establecer «tal complicidad en base a una serie de presunciones que la LC reserva al culpable del concurso, pero que no resultan de aplicación a los pretendidos como cómplices, ni siquiera por analogía».

- c) Siguiendo con esta línea argumentativa, cabe retener por el momento, puesto que será objeto de análisis en el comentario de la sentencia que es objeto de este trabajo, que los actos que conducen a la culpabilidad y, con ello, a la complicidad, podrán ser realizados antes y después de la declaración del concurso. No existe norma que los circunscriba a un momento temporal determinado. Pero sí han de ser actos relevantes y significativos que inducen a la culpabilidad del concurso.

5. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA COMPLICIDAD

El mandato encargado de contener y describir las diferentes consecuencias²³ emanadas de la complicidad en el concurso culpable²⁴ es el artículo 172²⁵, número 2.º de la LC, que decreta: «La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

²² Vide SAP de Madrid 342/2011 de 25 de noviembre de 2011; expresa en su fundamento jurídico octavo: «El artículo 166 de la Ley Concursal considera cómplices a las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado, en lo que aquí interesa, con los deudores a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación de concurso como culpable».

²³ Cfr. GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados. (Comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, págs. 417 a 450.

²⁴ Vide, *in extenso*, a DÍAZ MARTÍNEZ, M. y GÓMEZ SOLER, E.: *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. ORTIZ, A.: «La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia», en *V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Rojo Fernández-Río y Campuzano Laguillo, A. B., Madrid: Civitas, 2013, págs. 433-449.

²⁵ Cfr. lo que declara en interpretación de este mandato la Sentencia de 16 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, Jurisdicción Civil, Sentencia núm. res. 228/2015, rec. núm. 172/2015, ponente Francisco José Soriano Guzmán.

- 1.º *La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices.* En caso de persona jurídica, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando esta fuera posteriormente rechazada por los socios.

- 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos.

En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el periodo de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

- 3.º *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.
- 4.º La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los *cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.* El artículo 172.3 será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación, en los que no se haya acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de entrada en vigor (disposición transitoria décima de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
- 5.º Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación».

Hemos de interpretar el precepto reseñado y que nos hemos permitido señalar en cursiva en cuanto a las alusiones del cómplice; extrayendo los principales efectos derivados de la cali-

ficación de culpabilidad²⁶ y cómo esta afecta al cómplice. Resumidamente, las consecuencias se ilustrarían en las siguientes: pérdida del crédito, y condena a devolver bienes e indemnizar daños y perjuicios. En otros términos explicativos, las inferencias emanadas de la sentencia²⁷ que califica el concurso como culpable solo inciden en los cómplices²⁸ en cuanto que podrán ser condenados a (a) la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa e, igualmente, a (b) devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio²⁹ del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a (c) indemnizar los daños y perjuicios causados³⁰.

Adviértase que la inhabilitación solo afecta al deudor-empresario, no así a sus cómplices, aun cuando estos se vean afectados dentro del ámbito subjetivo de la calificación de culpabilidad; véase *infra* el comentario de la STS que es objeto de nuestra atención y, en especial, cuando se manifiesta la parte dispositiva expuesta por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (rollo 905/2013) con fecha de 20 de marzo de 2014, que es el origen de la STS comentada, donde no se hace referencia alguna, ni explícita, a la inhabilitación del cómplice. En definitiva, la inhabilitación decretada en el artículo 172.2.2.º de la LC no es una sanción prevista para los cómplices, extremo que también pudiera ser discutible, pero que así lo entiende la jurisprudencia y porque la norma nada dice sobre el particular.

Es verdad que en interpretación del artículo 172 de la LC, incluso pueden suscitarse ciertas dudas en torno a que se solapen en la figura del cómplice las acciones de reintegración del artículo 71 de la LC con relación a los efectos derivados de la culpabilidad del concurso *ex* artículo 172 número 1.º de la LC cuando declara que «[...] y quienes hubieren tenido cualquiera de estas

²⁶ BERMÚDEZ ÁVILA, M.: «La calificación del concurso. La reforma del año 2014. Última jurisprudencia», diciembre 2014, en <http://www.icjce-euskadi.com/PonenciasForoConcursal2014/la-calificacion-reforma2014.pdf> (consultado por última vez el 2 de febrero de 2016).

²⁷ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «La sentencia de calificación», en Díaz Martínez, M. y Gómez Soler, E., *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, págs. 125 a 139.

²⁸ Expresa la SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2014, ponente don Ignacio Olaso Azpiroz, en su fundamento jurídico quinto: «b) se declara la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa (art. 172-2-3.º); c) se les condena a pagar solidariamente a la masa activa la cantidad de 11.964.777,67 euros y la cantidad correspondiente a los créditos contra la masa abonados por las extinciones de los contratos de trabajo con posterioridad a la declaración del concurso (art. 172-2-3.º in fine). Para los cómplices: establece idénticos pronunciamientos de los apartados b) y c) anteriores, siendo solidaria la condena indemnizatoria».

²⁹ *Vid.*, al respecto, a ZUBIRI DE SALINAS, M.: «Los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso», en *Insolvencia y responsabilidad*, García-Cruces González, J. A. (dir), Thomson Reuters-Civitas, 2012, págs. 189 a 226.

³⁰ Declaran DÍAZ GÓMEZ, M.ª A. y MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: «La calificación del concurso tras la reforma introducida en la Ley concursal por la Ley 38/2011», *op. cit.*, pág. 155, «la consecuencia de esta participación no es otra que la devolución de lo defraudado, al margen de otras posibles responsabilidades civiles que pudieran surgir como, por ejemplo, las indicadas en los artículos 1.295 y 1.298 del CC».

condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Pudiera darse esa circunstancia, si bien la doctrina³¹ ha aclarado dicha formulación.

Por su parte, y en la interpretación del artículo 172 bis³² de la LC, nos puede surgir la incertidumbre de si el cómplice está supeditado a la responsabilidad concursal de cobertura del déficit³³. En este sentido, no aclara la situación FRAU I GAIA³⁴ al decir que «el 172-bis.1 menciona a los administradores, liquidadores y apoderados como susceptibles de ser condenados a la cober-

³¹ Compartimos la opinión de GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *op. cit.*, págs. 4.913 y ss. al señalar sobre este asunto que «conviene recordar que las acciones rescisorias de reintegración no requieren para su éxito que concurra la fraudulencia del acto impugnado sino, tan solo, que dicho acto resulte perjudicial para la masa activa del concurso. Por ello, si se hace un análisis comparativo de ambos supuestos, podrá comprobarse cómo la figura de la complicidad encierra algo más, pues conlleva el reproche que es propio de la calificación concursal y que no tiene por qué darse ante el ejercicio de las acciones de reintegración».

³² Ordena el artículo 172 bis *Responsabilidad concursal*: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, 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, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá 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.

2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro del mes siguiente al requerimiento.

3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación».

³³ Véase la STS del 15 de diciembre de 2014, Sala 1.ª, ponente don Rafael Sarazá Jimena, fundamento jurídico cuarto: «1. El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el artículo 172.3, sino el artículo 172 bis de la Ley Concursal [...]. Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia), 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"».

³⁴ FRAU I GAIA, S.: *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, 2014, epígrafe IV.

tura del déficit concursal, pero no dice nada de los cómplices. De cualquier forma, el 172.2.1.º sí identifica a los declarados cómplices como sujetos pasivos de la declaración de culpabilidad del concurso (la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá...). Por lo tanto, el precepto genérico que habla sobre el contenido de la sentencia de calificación admite la extensión de la declaración de culpabilidad hacia los cómplices y, en cambio, el precepto específico que trata de la responsabilidad concursal por déficit (el 172 bis) los silencia»³⁵.

Aquí podrían plantearse dudas entre aquellos que consideran que la previsión del artículo 172 bis de la LC no opera para los cómplices, por lo que no podrán ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit no cubierto con las operaciones de liquidación³⁶.

No obstante, a nuestro juicio, pudiéramos entender que el cómplice por extensión puede ser condenado por haber agravado e incidido en la complicidad del concurso en igual medida que el propio autor-deudor; si no se entendiera así estaríamos ante una incongruencia de la norma y se cambiaría, inclusive, el espíritu de la ley, que busca «castigar» a los que actúan en fraude de acreedores, si bien esto quedaría al albur de la interpretación jurisprudencial, siendo muy conscientes que al igual que sucedía con el tema de la inhabilitación, la norma nada dice sobre el particular y, por tanto, no cabría la precitada extensión de responsabilidad.

En cualquier caso, no es un tema pacífico en la doctrina científica, ni tampoco en la jurisprudencia, más si cabe observamos que «esta responsabilidad concursal no es consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso y así se deduce de la letra de la Ley, al señalar que "el juez podrá condenar" (art. 172 bis LC)³⁷, por lo que, *a sensu contrario*, permite que no condene. Se ha dicho que "requiere una justificación añadida" (STS de 26 de abril de 2012 [JUR 2012, 161790]). La decisión del juez dependerá de la gravedad de los hechos que hayan originado la culpabilidad y de la intervención en ellos de los administradores de la concursada»³⁸, a lo que nosotros podemos añadir también la dependencia de la actuación en mayor o menor medida

³⁵ Véase sobre la interpretación de este mandato la Sentencia de 15 de mayo de 2015, de la Audiencia Provincial de Asturias, ponente don Javier Antón Guijarro (rec. núm. 261/2014).

³⁶ Véase, al respecto, la opinión de IURE Abogados: «La figura del cómplice en la Sección de Calificación», 21 de enero de 2013, <http://www.iureabogados.com/ley-concursal-figura-del-complce-seccion-de-calificacion.html> (consultado por última vez el 25 de febrero de 2016).

³⁷ Más en GONZÁLEZ CABRERA, I.: «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex artículo 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 15, 2011, págs. 355-365.

³⁸ Así se manifiesta GARCÍA-POMAREDA, B.: «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», 23 de julio de 2012, que agrega: «El Juez deberá identificar a los administradores responsables e individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno, en atención a la participación en los hechos que hubieran determinado la culpabilidad del concurso. Este reconocimiento legal, que procede de la reforma de la LC operada por la Ley 38/2011, debe ser aplaudido, pues con anterioridad se había discutido el carácter –solidario o mancomunado– de la responsabilidad». Véase en <http://hayderecho.com/2012/07/23/la-responsabilidad-concursal-de-los-administradores-sociales-2/> (consultado por última vez el 24 de febrero de 2016).

del cómplice en la culpabilidad del concurso, y a sabiendas que no parece la postura acogida por el alto tribunal; sin embargo, no olvidemos que el cómplice actúa con dolo o culpa grave que, a la par, ha de estar acreditado-probado en la culpabilidad del concurso.

6. COMENTARIO A LA STS DE 27 DE ENERO DE 2016

La resolución jurisprudencial que será objeto de apreciación y valoración pertenece a la jurisdicción civil, siendo el ponente el Excmo. señor don Pedro José Vela Torres. La procedencia de la misma viene de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, número de recurso 1439/2014. La decisión de la sala se produce el 27 de enero de 2016, sentencia número 5/2016.

6.1. EXPLICACIÓN DEL CASO

La sociedad limitada Cerdá Real, SL y doña Presentación Cerdá Vila, en su condición de administradora de la mercantil, recurren en casación (rollo de apelación n.º 905/13) contra la Sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, derivadas del Incidente Concursal de Oposición a la Calificación núm. 740/11, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (Concurso 24/09), sobre *oposición a la calificación de culpabilidad y la adjudicación de complicidad en esa calificación*. En este sentido, también es parte recurrida la administración concursal de Hifeda, SL, y es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de hecho (1.º) del pronunciamiento jurisprudencial, que es objeto de nuestro comentario, se nos relata que la «procuradora D.^a Estefanía L. Verdú Usano, en nombre y representación de Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga, SL y Carlet Agrícola interpuso demanda Incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba "se dicte Sentencia en la que estimando la oposición declare fortuito el concurso de las mercantiles Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga SL y Carlet Agrícola con todos los pronunciamientos favorables para su representante legal, sin imposición de costas para ninguna de las partes"».

En esta misma línea argumentativa, en el antecedente de hecho (3.º) «la procuradora D.^a Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D.^a Presentación Cerdá Vila, quien actúa en nombre propio y como administradora de la mercantil Cerdá Real, SL, interpuso demanda incidental de Oposición a la propuesta de Calificación del Concurso como Culpable e identificación cómplice a mis representadas efectuada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba "se dicte en su día Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, declare que no concurre la condición de cómplice por parte de doña Presentación Cerda Vila, de la empresa que representa Cerda Real SL, y que han sido Im-

putadas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables derivados de dicha declaración, así como el reconocimiento del crédito que ostentan mis representadas frente a las concursadas, todo ello con la imposición de las costas causadas en el presente incidente"».

Las precitadas pretensiones fueron admitidas a trámite con el consiguiente emplazamiento de las partes. Después de los trámites oportunos, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia dictó Sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, con la siguiente parte dispositiva: «Fallo: Que estimando la demanda de oposición a la calificación del concurso promovida por el Procurador Sr./a Verdu Usano en nombre y representación de la concursada Hifeda SL, Contrachapados Arándiga SL, y Carlet Agrícola SL, el Procurador Sr./a Garrigos Soriano en nombre y representación de Cerdá Real SL, Debo declarar y declaro fortuito el concurso, procediendo al archivo del presente incidente una vez sea firme esta resolución».

Ante esta situación, los administradores concursales de Hifeda, SL, Contrachapados Arándiga, SL y Carlet Agrícola, SL recurren la sentencia de primera instancia. Se resuelve este recurso a través de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (rollo 905/2013) con fecha de 20 de marzo de 2014, con la siguiente (y relevante) parte dispositiva, a saber:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal de las entidades Hifeda SL, Contrachapados Arándiga SL y Carlet Agrícola SL, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia en autos de incidente concursal n.º 740/11, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, estimando en parte la demanda de oposición a la calificación del concurso formulada por las citadas entidades:

A. Se declara fortuito el concurso de las mercantiles Contrachapados Arándiga SL y Carlet Agrícola SL.

B. Se declara culpable el concurso de la entidad Hifeda SL, y en consecuencia a tal declaración:

Se declaran como Personas Afectadas por dicha calificación a Rafael Arándiga García, en su condición de Administrador Único, y, como cómplice, a Presentación Cerdá Vila, Administradora Única de la entidad Cerdá Real, SL.

Se inhabilita a Rafael Arándiga García para administrar los bienes ajenos durante un periodo de diez años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

Se acuerda la pérdida por Rafael Arándiga García de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

Se condena a Rafael Arándiga García a pagar a los acreedores concursales de Hifeda SL el total importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

Se acuerda la pérdida por Presentación Cerdá Vila de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa, en su propio nombre o en el de la sociedad de la que es administradora única, Cerdá Real SL.

Se condena a Presentación Cerdá Vila a devolver los bienes o derechos que haya obtenido indebidamente del patrimonio o de la masa activa del concurso de Hifeda SL, si bien en su propio nombre bien en el de la sociedad Cerdá Real SL, a través de la desviación y apropiación del negocio de dicha concursada, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados».

Bajo este contexto, la procuradora doña Ana María Garrigós, en representación de Cerdá Real, SL y de doña Presentación Cerdá Vila, interpone recurso de casación.

6.2. CONTENIDO JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN

Atendiendo a los hechos que se han ido describiendo, el recurso de casación se fundamentó en un solo motivo: el amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 166 de la LC³⁹. Dicho motivo se fundamenta, resumidamente, en que el precepto citado como infringido requiere, para la declaración de complicidad en un concurso culpable, los siguientes elementos: a) Una conducta de cooperación con el concursado en actos anteriores a la declaración del concurso; b) La imputación de cooperación respecto de determinados y concretos actos; c) La concurrencia en el cómplice de dolo o culpa grave. Ninguno de cuyos elementos concurriría en el presente caso.

Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial al Tribunal Supremo y se emitió Auto de 9 de septiembre de 2015, con el siguiente tenor: *admitir el recurso de casación*.

El Tribunal pone de relieve en su fundamento jurídico 1.º el informe que ya emitió la administración concursal de Hifeda, SL en julio de 2010 en pos de proporcionarnos las claves que conducían la situación de la empresa a un concurso culpable: «1.1. [...] ponía de manifiesto al juzgado la existencia de una serie de elementos que dificultaban gravemente la continuidad de la empresa: (i) el elevado pasivo; (ii) la inexistencia de beneficios; (iii) un retraso de más de cinco meses en el abono de los créditos contra la masa generados por continuación de la actividad; (iv) el elevado nivel de impagos de importantes deudores de la concursada; y (v) la interposición de una demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada.

1.2. En el mismo informe, la administración concursal advertía de graves irregularidades en la gestión y administración del patrimonio social, que estaban dando lugar a un vaciamiento

³⁹ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Comentario de la Ley concursal*, Beltrán Sánchez, E. M.; Campuzano Laguillo, A. B.; Alameda Castillo M.ª T. y Rojo Fernández-Río, Á. J. (coords.), vol. 2, Madrid: Civitas, 2006, págs. 2.540-2.544.

de la actividad empresarial de la sociedad concursada en favor de otra sociedad, denominada "Cerdá Real, SL", cuya administradora, Dña. Presentación Cerdá Vila, era pareja del administrador de "Hifeda, SL". A resultas de lo cual, solicitó del juzgado la suspensión de las facultades de administración de la concursada, dado que incluso el administrador se había llevado la documentación contable de la empresa».

Ítem más, agregado a todo lo precedente, la administración concursal pudo constatar y evidenciar que se realizaban actos posteriores a la declaración del concurso en perjuicio de los acreedores y en connivencia con la administración de otra entidad mercantil "Cerdá Real, SL". Se dice expresamente 1.3.: «[...] tras la declaración de concurso, la administración concursal comprobó que se producían salidas de producción de "Hifeda, SL", sin su correspondiente facturación, y detectó la salida de aproximadamente 55.000 cajas de mercancía entre septiembre de 2009 y julio de 2010, sin que se justificara el destino del precio supuestamente obtenido por la venta de dicha producción, al no haberse ingresado cantidad alguna en las cuentas de la concursada. [...] Todo lo cual suponía que la actividad de "Hifeda, SL" se derivaba a "Cerdá Real, SL", que se aprovechaba de todos los activos de la concursada».

Amén de lo relatado, se nos dice también que Hifeda, SL actuó en contra de (su) administración concursal: «1.4. En un acta notarial de manifestaciones otorgada por el administrador único de "Hifeda, SL" el 19 de noviembre de 2010, reconoció que había actuado a espaldas de la administración concursal y contraviniendo lo previsto legalmente».

Ante este estado de cosas, la administración concursal de Hifeda, SL solicitó la culpabilidad del concurso, que en primera instancia no fue concedida, pero sí en sede de Audiencia Provincial, basándose en los siguientes razonamientos jurídicos: «2.- (...) (i) Al amparo del artículo 164.2.1.º de la LC, por graves irregularidades contables que impedían la comprensión de la correcta situación económica de "Hifeda, SL"; (ii) Conforme al artículo 164.2.4.º de la LC, por haberse alzado el deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

Precisamente, la Audiencia proporciona elementos para fundamentar la presencia de complicidad y cooperación en la culpabilidad del concurso, que acoge como suyos el pronunciamiento del Supremo al manifestar que «2.1. En relación con el alzamiento de bienes, la Audiencia consideró que la sociedad "Cerdá Real, SL" y su administradora única, Dña. Presentación Cerdá Vila, habían cooperado en el alzamiento, puesto que se había constatado la salida de importantes cantidades de mercancía del activo de la concursada en favor de dicha sociedad. Dice textualmente la sentencia recurrida: "A su vez, la conducta por la que se declara el concurso de Hifeda culpable al amparo de lo establecido en el artículo 164.2.4.º de la LC se verificó con la intervención de la mercantil Cerdá Real SL, a través de su Administradora única [...], sin cuya participación no hubiera sido posible la realización de las operaciones que han quedado descritas y de las que resultó tanto el vaciamiento de ingresos como el incremento de la deuda de Hifeda, agravándose así el estado de insolvencia de dicha entidad con el consiguiente riesgo para el resto de los acreedores de ver satisfechos sus créditos, por lo que, según lo dispuesto en el citado artículo 172 de la LC debe ser declarada cómplice con las consecuencias que de ello derivan"».

A la vista de los hechos probados en anteriores instancias, la sala primera del Tribunal Supremo decide: «2. Conforme al artículo 166 de la Ley Concursal, son cómplices del concurso culpable las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como tal. Por consiguiente, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación».

Añade: «3. La generalidad con que se pronuncia el artículo 166 de la LC—"cualquier acto"—(frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el artículo 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos—de generación o agravación de la situación de insolvencia— que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la LC. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable».

Sigue argumentando que «4. Sobre tales presupuestos, en contra de lo afirmado en el recurso, los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el artículo 166 de la LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada—por la cooperación— al "acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable", que conforme a lo previsto en los artículos 164 y 165 de la LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior.

Lo pretendido por las recurrentes tendría sentido si la culpabilidad únicamente pudiera estar vinculada a la generación de la insolvencia; pero no lo tiene desde el mismo momento en que el artículo 164.1 de la LC también liga la culpabilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que

puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia.

5. En este caso, la actuación constitutiva de culpabilidad que se conecta con la complicidad es la salida de bienes del patrimonio de la concursada, tras la declaración de concurso, hacia la sociedad condenada como cómplice, mediante la intervención de su administradora, que la sentencia recurrida califica jurídicamente como alzamiento de bienes. Por tanto, tratándose de conductas realizadas con posterioridad a la declaración de concurso, lo que hacen es incidir en la agravación de la insolvencia, y siendo motivo de culpabilidad, da lugar a la complicidad, en tanto que los actos definitorios del alzamiento de bienes requieren la colaboración de un tercero, que recibe dichos bienes y los utiliza en provecho propio, en los términos declarados probados por la Audiencia [...].

6. Tampoco se comparte la aseveración del recurso relativa a que la sentencia recurrida no concreta los actos que habrían conducido al alzamiento de bienes, ni por tanto la colaboración que daría lugar a la complicidad. Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de "Cerdá Real, SL", sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada.

7. Del mismo modo, tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de "Hifeda, SL", dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicha conciencia de perjuicio a los acreedores (*scientia fraudis*), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores».

Se concluye, en atención a todo lo precedente con el Fallo del pronunciamiento jurisprudencial, DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Cerdá Real, SL y doña Presentación Cerdá Vila.

6.3. VALORACIÓN

Corresponde a continuación atender a la teleología de los fundamentos jurídicos reseñados, diciendo que el pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene muy en cuenta los hechos acaecidos y cómo estos han sido puesto de manifiesto en las instancias precedentes,

así como en los informes emitidos por la administración concursal –como no podía ser de otro modo–, ya que sirven para calibrar el estado de la cuestión. Pese a ello, la sala primera del Tribunal Supremo focaliza su atención en la interpretación de un precepto *ex* artículo 166 de la LC, que es cabalmente el que emplea la parte recurrente para sostener su postura de no calificación de culpable el concurso, ni de complicidad.

Cierto es que la virtualidad de este pronunciamiento jurisprudencial estriba en proporcionarnos el significado de la complicidad en el ámbito concursal⁴⁰. Remárquese que esta materia no es muy tratada por la doctrina *ius privatista*, toda vez que se suele remitir a la actuación e implicaciones derivadas del ámbito penal, si bien hemos dejado claro que ambos órdenes, tanto el penal como el concursal, son independientes en mor de considerar qué se entienda por complicidad. De tal suerte que este pronunciamiento es valioso, en concreto, por lo referenciado y el darnos luz en torno a cuál sea el alcance y extensión de la complicidad en el concurso de acreedores *ex* artículo 166 de la LC.

Sea como fuere, en nuestra valoración vamos a ir más allá, toda vez que también se han de ponderar algunas cuestiones puestas de relieve por la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Valencia, así como del propio informe proporcionado por la administración concursal de Hifeda, SL. En efecto:

1. Partamos del planteamiento de que el Tribunal Supremo basa su decisión en hechos probados tales como el informe de la administración concursal de Hifeda, SL, que pone de relieve los diferentes elementos⁴¹ que abocan a la calificación de culpabilidad del concurso por estar el deudor ante una situación de insolvencia cualificada⁴² *ex* artículo 2.2, punto 4.º de la LC, que conlleva la precitada culpabilidad.

Sumado a ello, el poner de manifiesto el hecho de ocultamiento de información y el alzamiento de bienes⁴³, que configura el ilícito penal en que está incurriendo esta compañía, en es-

⁴⁰ LÓPEZ GUTIÉRREZ, C. y TORRE OLMO, B.: «Costes originados por problemas de insolvencia», *Partida doble*, núm. 187, 2007, págs. 82-91.

⁴¹ Véase a MIR PUIG, S.: «Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009, págs. 15-36. MAGRO SERVET, V.: «La insuficiencia del resto de bienes del deudor para la satisfacción del crédito en el delito de alzamiento de bienes», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 107, 2014, págs. 10 y ss.

⁴² BACIGALUPO SAGGESE, S.: «Insolvencia y derecho penal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, págs. 123-140. ROCA DE AGAPITO, L.: «Problemas centrales del delito de concurso punible (art. 260.1 CP)», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia: V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Rojo Fernández-Río y Campuzano Laguillo (dirs.), 2013, págs. 573-609. SILVA SÁNCHEZ, J.: «¿Cuándo se incurre en alzamiento de bienes?», *Economist & Jurist*, vol. 15, núm. 112, 2007, págs. 76-84.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.: «¿Cuándo se incurre en alzamiento de bienes?», *Economist & Jurist*, vol. 15, núm. 112, 2007, págs. 76-84.

pecial, es de aplicación el artículo 257 del Código Penal. Al decretar que «1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal».

Adviértase también que la concursada no solo se ciñe a provocar actos que agravan la situación patrimonial del deudor antes de la declaración del concurso, sino que lleva a cabo actos posteriores a la declaración de concurso, perfilándose bajo el manto de insolvencia punible⁴⁴ ex artículo 260 Código Penal, apartado 9.ª: «Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial»⁴⁵.

⁴⁴ Más en ROCA DE AGAPITO, L.: «Los delitos de alzamiento de bienes. (Examen de los arts. 257 y 258 del Código Penal)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 22, 2011, págs. 47 a 104.

⁴⁵ CAMPÁ BERTHON, F. J.: «La insolvencia punible en relación con el concurso de acreedores», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 716, 2006, págs. 19 y ss. PAVÍA CARDELL, J.: «Incidencia de la reforma concursal en los delitos de insolvencia punible. (Notas para una nueva integración de los artículos 259, 260 y 261 CP)», en *Estudios sobre la Nueva Legislación Concursal*, 2006, págs. 201-236.

Todo lo anterior conduce a aplicar por parte de la administración concursal de Hifeda, SL los artículos 164.2.1.º y 4.º⁴⁶ de la LC en mor de la consideración de concurso culpable⁴⁷.

Es sabido que la LC establece una serie de presunciones *iuris et de iure*, en las que no cabe prueba en contrario, que posibilitarán el calificar el concurso como culpable; estas vienen disciplinadas en el artículo 164.2 de la LC. En cambio, el artículo 165 de la LC describe otras presunciones *iuris tantum*, donde sí cabe prueba en contrario, respecto al dolo o culpa grave, cuestión que permitirá entender y completar la cláusula general de la culpabilidad en el concurso *ex artículo 165 de la LC*.

Siguiendo con la explicación del pronunciamiento jurisprudencial y, conectado a lo precedente, en orden a llevar a efecto el alzamiento de bienes *ex artículo 164.2.4.º de la LC* se constata la intervención de la entidad Cerda Real, SL y su administradora única, doña Presentación Cerdá Vila. A tal fin, la Audiencia Provincial consideró que esta ha cooperado en el alzamiento y, por ende, se le declara cómplice en atención al artículo 172 de la LC. En similar línea de argumentación, en cuanto hace a la calificación del concurso, véase la resolución de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de diciembre de 2008 (núm. de resolución 827/2008).

⁴⁶ Cfr. el artículo 164, concurso culpable. «1. 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 hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.

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.
- 3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
- 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
- 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198».

⁴⁷ Cfr. BENAVIDES VELASCO, P. y GUERRERO PALOMARES, S.: «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, págs. 175-200.

2. La decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo se circunscribe a contraargumentar el solo motivo que expone en su defensa el recurrente y la aplicación e interpretación de qué se entienda por cómplice en el artículo 166 de la LC.

Si se interpreta el tenor literal del artículo 166 de la LC, puede pensarse *a priori* que los actos que comportan la culpabilidad del concurso se han de apreciar y valorar *ex ante* a la declaración del concurso, toda vez que sirven para motivar, cabalmente, la calificación del concurso. Léase detenidamente el tenor del artículo 166 de la LC: «Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

Nada más lejos de la realidad del tenor literal, y precisamente supone una aportación valiosa a la interpretación hermenéutica del mandato por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo y se ilustra en lo que sigue: «La generalidad con que se pronuncia el artículo 166 de la LC –"cualquier acto"– (frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el artículo 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos –de generación o agravación de la situación de insolvencia– que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la LC⁴⁸. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable».

Se desprende de lo descrito que los actos que provocan la complicidad en la culpabilidad del concurso: a) han de estar probados e íntimamente relacionados con la conducta dañosa. En este sentido, véase también la relevante STS de 4 de marzo de 2014, ponente don Francisco Marín Castán (rec. núm. 971/2013), que demanda que la complicidad quede acreditada.

Y, b) debe existir voluntariedad por parte del cómplice y un ánimo de defraudar. *Cfr.*, a tal efecto, lo que se manifiesta por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, Jurisdicción

⁴⁸ Sobre este particular, véase a GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados. (Comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, págs. 417-450.

Civil, Sentencia núm. res. 181/2015, rec. núm. 972/2014, ponente don Luis Seller Roca de Togo, que reclama dos elementos que han de concurrir en la complicidad: «a) El consecuente perjuicio para los acreedores; b) *Scientia fraudis*».

3. Especialmente de interés resulta la afirmación de que «los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el artículo 166 de la LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada –por la cooperación– al "acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable", que conforme a lo previsto en los artículos 164 y 165 de la LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior». Luego, se descuelga de lo reseñado que los actos que configuran la complicidad en el concurso no solo tienen que producirse *ex ante*, sino también *ex post* una vez declarado el concurso, y el apoyo se encuentra en el propio espíritu de los artículos 164 y 165⁴⁹ de la LC, respectivamente. Ítem más, este argumento es empleado por la sala para contraargumentar lo declarado por la parte recurrente, que incidía que en interpretación de la Ley Concursal, solo cabía tener presente los actos anteriores a la declaración de concurso y, por tal razón, no cabría la consideración de complicidad.

⁴⁹ Prescribe el artículo 165 Presunciones de culpabilidad. «1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

- 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
- 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.
- 3.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y 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 o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

2. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior».

Es menester subrayar aquí el planteamiento que proporciona la Sala Primera que es la interpretación del artículo 164.1 de la LC, al aseverar que «el artículo 164.1 de la LC también liga la culpabilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia», que es lo que sucede en el caso que se comenta.

4. La culpabilidad del comportamiento del cómplice viene delimitada también por la interpretación de la sala en cuanto que agrava la situación de insolvencia⁵⁰, al punto de incurrir en un ilícito penal, como es el alzamiento de bienes⁵¹, extremos estos ya puestos de relieve por la Audiencia Provincial y que convalida la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Otros de los razonamientos expuestos por la parte recurrente son denegados por la sala, puesto que se defendía por la parte recurrente en que no había actos concretos que condujeran a la complicidad, cuestión más que discutible, toda vez que, como señala la sala, «basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de "Cerdá Real, SL", sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada». Al contrario, estos hechos necesitan de un cierto ánimo culposo o, inclusive, doloso de las partes, ya que busca defraudar a los acreedores del concurso de Hifeda, SL.

La sala sigue insistiendo en aclarar el dolo o la negligencia grave en que puede incurrir el cómplice, contraviniendo la argumentación de la recurrente, al apuntar «que tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de Hifeda, SL, dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicha conciencia de perjuicio a los acreedores (*sciencia fraudis*), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores». Se deduce que es necesario la conciencia o el conocimiento de que se está menoscabando el patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores, esto es, que se actúa en fraude de acreedores, tal y como se ha puesto de relieve en otros pronunciamientos anteriores. Luego, en la culpabilidad se incluye el ánimo y la volunta-

⁵⁰ Más en QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16 de enero de 2012)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 2012, págs. 359 a 371.

⁵¹ Al respecto, véase los comentarios de TRILLO NAVARRO, J. P.: «Cómplice penal vs. cómplice concursal. Soluciones penales a problemas mercantiles: artículos 28 y 29 del Código Penal en relación a los artículos 166 y 172 y 2.1.º de la Ley Concursal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 84, 2006, págs. 11-64.

riedad (conocimiento)⁵² del perjuicio causado tanto por parte del autor, como también por parte del interviniente –cómplice–.

Al hilo de todo lo argumentado, el recurso de casación ha sido desestimado.

Recapitulando en torno a la aportación de esta resolución jurisprudencial, hemos de retener las siguientes reflexiones, a saber:

En este pronunciamiento jurisprudencial se acentúan diferentes planteamientos interpretativos, que son dignos de tener en cuenta dentro de la labor nomofiláctica y de creación de la doctrina jurisprudencial, que se le encomienda a las diferentes salas del Tribunal Supremo, en este caso, la Sala Primera de lo Civil, a saber:

- Primero: Resulta relevante esta resolución porque incide en la aproximación aclaratoria de lo que sea la calificación del concurso como culpable a través de la delimitación del alzamiento de bienes y de otra serie de hechos que agravan la situación de insolvencia⁵³ del deudor concursado.
- Segundo: Es importante el pronunciamiento jurisprudencial que observamos porque delimita algunos aspectos de la complicidad en el concurso culpable. En otros términos explicativos, se analiza e interpreta el artículo 166 de la LC, relativo a la configuración de la figura del cómplice en el concurso culpable, y es una de las más destacadas reflexiones de este pronunciamiento jurisprudencial. En particular, se pone especial hincapié en el dato de que los actos posteriores a la declaración del concurso inciden en la determinación de la complicidad en la culpabilidad del concurso⁵⁴. Ergo, es indiferente que los actos sean antes o después de la declaración del concurso. Los actos *ex post* agravan la situación de insolvencia y fundamentan aún más la calificación de culpable (*ex art. 164 LC*).
- Tercero: Relacionado con lo precedente, hay que ponderar y reiterar de nuevo el planteamiento de que los actos que provocan la complicidad-intervención de otra persona en el devenir de la culpabilidad del concurso: a) han de estar probados

⁵² En este sentido, apunta PORFIRIO CARPIO, L. J.: «Administradores de hecho y concurso: *da mihi factum, dabo tibi ius*», en <http://portal.uned.es/pls/portal/docs> (consultado por última vez el 24 de febrero de 2016), pág. 31: «Se exige, en consecuencia, que el tercero tenga clara conciencia de causar un perjuicio efectivo y evidente a los legítimos derechos e intereses de los acreedores».

⁵³ Sobre el particular, *cf.* CAMPANER MUÑOZ, J.: «El derecho penal de las insolvencias: cuestiones dogmáticas y procesales a la luz de los bienes jurídicos protegidos», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, septiembre 2014, págs. 253-293.

⁵⁴ En similar línea de argumentación, véase a DEL OLMO, A.: «La actividad del cómplice no se limita solo a la anterior a la declaración de concurso», 16 de febrero, en <http://blog.sepin.es/2016/02/complce-derecho-concursal/> (consultado por última vez el 18 de febrero de 2016).

—suelen ser graves o sobresalientes— e íntimamente relacionados con la conducta que provoca los daños y menoscabos en el patrimonio por parte del deudor concursado o la administración-liquidación de la sociedad y, b) debe existir voluntariedad por parte del cómplice, es decir, un ánimo o intención de defraudar.

- Cuarto: Se aclara igualmente las conductas de culpabilidad que han de concurrir en el cómplice del concurso culpable. De tal forma que los declarados cómplices pueden actuar con dolo o negligencia grave a juicio de la sala y según se infiere de esta resolución jurisprudencial.

Bibliografía

ALCOVER GARAU, G. [2008]: «La calificación concursal y los supuestos de complicidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, págs. 133 a 138.

BACIGALUPO SAGGESE, S. [2010]: «Insolvencia y derecho penal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, págs. 123-140.

CAMPANER MUÑOZ, J. [2014]: «El derecho penal de las insolvencias: cuestiones dogmáticas y procesales a la luz de los bienes jurídicos protegidos», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 113, septiembre, págs. 253-293.

DEL OLMO, A. [2016]: «La actividad del cómplice no se limita solo a la anterior a la declaración de concurso», 16 de febrero, en <http://blog.sepin.es/2016/02/complice-derecho-concursal/> (consultado por última vez el 18 de febrero de 2016).

DÍAZ GÓMEZ, M.ª A. y MIGUÉLEZ DEL RÍO, C. [2012]: «La calificación del concurso tras la reforma introducida en la Ley concursal por la Ley 38/2011», *Pecunia*, núm. 14, enero-junio, págs. 146 a 168.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. y GÓMEZ SOLER, E. [2009]: *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch.

FRAU I GAIA, S. [2014]: *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*.

GARCÍA-CRUCES, J. A. [2005]: «Concursado, Cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid: Marcial Pons, págs. 4.913 y ss.

– [2014]: «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados. (Comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, págs. 417 a 450.

PÉREZ BENÍTEZ, J. [2008]: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, págs. 149 a 184.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. [2012]: «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16 de enero de 2012)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, págs. 359 a 371.

REDONDO GARCÍA, F. [2006]: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8, págs. 187 a 197.

ROCA DE AGAPITO, L. [2011]: «Los delitos de alzamiento de bienes. (Examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 22, págs. 47 a 104.

SERRANO PÉREZ, M. A. [2016]: «Algunas consideraciones sobre la complicidad concursal», 12 de febrero, en <http://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/algunas-consideraciones-sobre-la-complicidad.html> (consultado por última vez el 22 de febrero de 2016).

TRILLO NAVARRO, J. P. [2006]: «Cómplice penal vs. cómplice concursal. Soluciones penales a problemas mercantiles: artículos 28 y 29 del Código Penal en relación a los artículos 166 y 172 y 2.1.º de la Ley Concursal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 84, págs. 11-64.

VELA TORRES, P. [2005]: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, págs. 89 a 106.

VV. AA. [2006]: Beltrán Sánchez, E, M.; Campuzano Laguillo, A. B.; Alameda Castillo, M.ª T. y Rojo Fernández-Río, Á. J. (coords.), *Comentario de la Ley concursal*, Madrid: Civitas.