

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 16 DE ENERO DE 2012 (525/2012)**

**Calificación culpable del concurso  
por irregularidades relevantes en la contabilidad**

Comentario a cargo de:  
Fernando Marín de la Bárcena  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid  
Consultor de Gómez Acebo & Pombo Abogados

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 16 DE ENERO DE 2012**

**ID CENDOJ:** 28079119912012100002

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL*

**Asunto:** Calificación culpable del concurso por irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Tipos de mera actividad vs. tipos de resultado. 5.2. Función y sistema de la calificación concursal. 5.3. Antijuridicidad, culpa e irregularidades contables.

**1. Resumen de los hechos**

La administración concursal de Ediciones del Prado, S.A. solicitó la declaración culpable del concurso por retraso en la solicitud (art. 165.1 en conexión con el apartado 1 del artículo 164 LC) y comisión de irregularidad

contable relevante en la llevanza de la contabilidad (apartado 2 ordinal 1º del artículo 164 LSC).

Dicha irregularidad consistía en no haber reflejado en las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios dos mil uno y siguientes la existencia de una garantía concedida por la concursada a su filial en Japón a favor de una entidad estadounidense, constancia exigida por la normativa legal (entonces artículos 183 y 200 LSA). La reclamación promovida por el acreedor garantizado ante un Tribunal japonés habría dado lugar a la condena a la concursada a pagar al acreedor demandante la cantidad de setecientos setenta y seis mil setecientos treinta y dos yenes más los intereses correspondientes.

## **2. Solución dada en primera instancia**

El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dictó sentencia de fecha 11 de abril de 2008 que declaró culpable el concurso por las dos razones invocadas en el escrito de calificación: concurrencia de irregularidad relevante en la contabilidad e infracción del deber de solicitar temporáneamente la declaración judicial de concurso. Como consecuencia, declaró persona afectada por la calificación a uno de los administradores de la concursada y le inhabilitó para administrar bienes por un período de tres años, con suspensión de la ejecución de la sanción durante la fase de ejecución del convenio aprobado y remisión de la misma en caso de cumplimiento. Como no hubo apertura de fase de liquidación, no había lugar a imponer, en su caso, responsabilidad por el déficit concursal ni la administración concursal identificó ni solicitó la indemnización de daños y perjuicios o la imposición de otras consecuencias de tipo patrimonial.

## **3. Solución dada en apelación**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2009 estimó parcialmente el recurso interpuesto por el administrador de la concursada en cuanto al retraso en la solicitud de concurso, pero mantuvo el resto de pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia.

En lo que se refiere a la irregularidad contable relevante, la Audiencia incluyó un argumento adicional para la calificación culpable por irregularidad contable. Según la Sala, a partir de la reclamación del pago de la garantía realizada por la sociedad beneficiaria, debería haberse dotado una provisión para responsabilidades procedentes de obligaciones pendientes.

El recurrente interpuso recurso extraordinario por infracción procesal al entender que la inclusión de este razonamiento suponía un apartamiento in-

debido de la causa de pedir porque la calificación se había basado en la falta de constancia de la garantía en la memoria y no en el incumplimiento del deber de provisionar el importe de la reclamación realizada por el acreedor garantizado.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso extraordinario porque considera que se trataba de un mero argumento “de refuerzo” y que la calificación culpable descansaba todavía en que, la falta de reflejo de la garantía concedida a favor de un tercero y en beneficio de la filial del grupo en Japón constituiría una irregularidad contable relevante.

#### 4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación se basaba en la infracción del apartado 2 ordinal 1º del artículo 164 LC si bien se desglosa en tres submotivos, cada uno de ellos referidos a un aspecto de esta norma (“*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*”).

Conforme al primero de los motivos, la falta de información en las cuentas anuales sobre la existencia de la garantía establecida a favor de la filial no podría considerarse *irregularidad contable* porque este concepto llevaría aparejada la intención de ocultar el dato y dicha intención no resultaría acreditada en el caso.

El segundo motivo se basaba en que dicha *irregularidad* se había producido sólo en la contabilidad del ejercicio en el que se constituyó la garantía (2001) y que tal comportamiento no podía entenderse producido en los ejercicios posteriores. De este modo, el concurso debía calificarse fortuito porque la Ley Concursal no debería aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Este motivo es justamente rechazado porque, como destaca la Sentencia, tal irregularidad se extiende durante todos los ejercicios durante los cuales existió la garantía, incluidos los posteriores a la promulgación de la Ley Concursal.

En el tercero de los submotivos de la casación se alegaba que la irregularidad no podía considerarse *relevante* porque la sociedad estaba obligada a formular cuentas consolidadas y en la contabilidad de la filial ya figuraba la deuda con el acreedor garantizado por la matriz. Asimismo, se aludía a la existencia de informes de auditoría sin salvedades por este motivo, al informe de la administración concursal y a la escasa beligerancia de los acreedores en la calificación del concurso.

Tampoco prospera, porque, el hecho de que el grupo presente cuentas consolidadas no obsta a que se haya cometido la infracción en la contabilidad

de la matriz ni a su carácter relevante para la comprensión de la situación patrimonial, que es una cuestión de hecho declarada en las sentencias de instancia aceptada en la casación.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. Tipos de mera actividad vs. tipos de resultado

La Sentencia de 16 de enero de 2012 fija la doctrina jurisprudencial relativa a la caracterización jurídica de las normas legales sobre calificación culpable del concurso mediante la combinación de sendos razonamientos expresados ya en las sentencias de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011.

La resolución explica que los denominados “hechos de concurso culpable” o “presunciones iuris et de iure de concurso culpable” del apartado 2 del artículo 164 LC contienen tipos *de mera actividad* o de *simple actividad*, mientras que el supuesto de hecho general a que se refiere el apartado 1 del artículo 164 exige la prueba de la causación de un *resultado* (generación o agravación de la insolvencia) imputable subjetivamente al *dolo o culpa grave* de las personas afectadas por la calificación.

El recurso a esta terminología, propia del Derecho Penal, permitiría explicar fácilmente que la realización de cualquiera de los comportamientos descritos en los distintos ordinales del apartado 2 del artículo 164 LC bastaría para calificar culpable el concurso, sin necesidad de probar la concurrencia de los elementos de la cláusula general del apartado 1 del artículo 164. Tales elementos serían uno objetivo consistente en la causación de un resultado, que se concibe como un resultado de lesión (generación o agravación de la insolvencia) y uno subjetivo (mediante dolo o culpa grave).

El artículo 165 (entonces titulado por la Ley presunciones *iuris tantum* de “dolo o culpa grave”) se concibe como una norma *complementaria* del supuesto de hecho general porque la prueba de cualquiera de los comportamientos previstos en este precepto (v.gr. falta de depósito de cuentas) serviría para presumir *iuris tantum* el denominado *elemento subjetivo* (el dolo o culpa grave) de la cláusula general de concurso culpable, pero todavía debería acreditarse la causación de algún tipo de daño patrimonial susceptible de contribuir a la generación o agravación de la insolvencia como *resultado* de ese comportamiento (elemento objetivo).

Además, en lo que se refiere a la interpretación del supuesto de concurso culpable del ordinal 1º del apartado 2 del artículo 164 LC (comisión de irregularidad contable relevante), el Tribunal ofrece una idea que fue determinante para la resolución del recurso y es de interés resaltar.

El recurrente afirmaba que no se había acreditado que la falta de información en las cuentas anuales sobre la existencia de la garantía a favor de la filial fuera intencionada o dolosa y, por consiguiente, no podía haber *irregularidad* contable porque las irregularidades, a diferencia de los *errores*, son intencionadas (cfr. Resolución ICAC de 15 de junio de 2000 que publica la Norma Técnica sobre Errores e Irregularidades).

El Tribunal Supremo desestima el motivo sobre la base de este razonamiento:

*“(...) por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 (sic) del artículo 164 de la Ley 22/2003 de 19 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él”.*

Es decir, que lo importante para calificar como culpable el concurso no es tanto la intención perseguida por las personas afectadas por la calificación, sino más bien la lesión del derecho de los acreedores a conocer fielmente la situación patrimonial del deudor que es el resultado de distorsionar (por omisión) la información facilitada por las cuentas anuales.

Y añade a renglón seguido:

*“Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad”.*

Si hemos comprendido bien su sentir, la Excma. Sala distingue, implícitamente, entre el *juicio de calificación* (dirigido a determinar si la insolvencia debe considerarse fortuita o culpable) y la *atribución de las consecuencias asociadas a la calificación* culpable del concurso, que requieren una atribución subjetiva a título de culpa o de dolo (pueden tenerse en cuenta las *manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad*). En el plano de la calificación, lo importante es definir si se ha distorsionado la información que debería haber llegado al mercado porque esto agrava la posición de los acreedores, pero el propio legislador considera irrelevante que esto se produzca mediante un comportamiento doloso o culpable grave (*culpa lata dolo aequiparatur*). Parece claro que no informar sobre garantías intragrupo en las cuentas carece de toda justificación al tratarse de una obligación expresamente prevista en el artículo 260 letra a) LSC.

La imputación subjetiva a título de culpa pertenece a un eslabón posterior en la fase de enjuiciamiento propio de la sección de calificación. Una vez identificadas las personas afectadas en el informe de la administración concursal, éstas deberán acreditar si los hechos que determinaron la calificación culpable (v.gr. la irregularidad contable) resultan imputables a caso fortuito o concurre alguna causa de justificación, etc. Es evidente que si se trata de comportamientos dolosos el componente sancionador de la calificación (inhabilitación) debe reforzarse.

Con todo, es necesario realizar un esfuerzo mayor en lo que se refiere a la comprensión y exposición del sistema normativo sobre calificación concursal, como lo demuestra la jurisprudencia dictada con posterioridad a esta Sentencia que llegó a influir, para, bien en la reforma del artículo 165 LC.

### 5.2. *Función y sistema de la calificación concursal*

La calificación del concurso consiste en separar la insolvencia atribuible al riesgo general de la vida (*fortuita*) de la imputable a una gestión defectuosa del patrimonio del deudor (*culpable*).

La insolvencia fortuita del deudor forma parte del riesgo general de la vida y los acreedores tratarán de protegerse frente a ella o deberán asumir las consecuencias (*caveat creditor*). Lo que se reprocha en el ámbito de la calificación concursal es que el deudor haya alterado esa normal distribución de riesgos mediante comportamientos que la Ley considera antijurídicos por traspasar los límites del riesgo permitido en la gestión del propio patrimonio y en perjuicio de sus acreedores. En este sentido, puede afirmarse que el deudor que actúa dentro de los límites de una *gestión ordenada* mantiene una relación socialmente adecuada con sus acreedores y el que no lo haga estará sujeto a las consecuencias de la calificación como culpable.

Esta idea aparece claramente expresada en la redacción del supuesto de hecho general de concurso culpable (artículo 164.1 LC) que afirma que se calificará culpable la insolvencia del deudor si concurrió *dolo o culpa grave* en el comportamiento de sus gestores. El legislador recurre a una cláusula general que, como hemos señalado, expresa la infracción de un *estándar de gestión ordenada* que comprende el respeto a las normas legales y la observancia de deberes de cuidado y protección en relación con la esfera de los acreedores afectados por la insolvencia del deudor (que *hubiera mediado* en su generación o agravación).

Las normas sobre calificación concursal cumplen de este modo una *función de demarcación* entre la libertad de empresa en sentido amplio, que comprende la libre gestión y disposición del patrimonio, y la protección de los acreedores afectados por la insolvencia de su deudor, que es el bien jurídico protegido por toda esta regulación.

La descripción de los comportamientos que integran las presunciones *iuris tantum* (art. 165 LC) y *iuris et de iure* de concurso culpable (art. 164.2 LC) permite afinar algo más y afirmar que dicha protección no sólo alcanza a la *faceta patrimonial* de los derechos de crédito (v.gr. derecho a ejecutar colectivamente el patrimonio del deudor), sino también en su *faceta personal o funcional* (v.gr. derecho a lograr el saneamiento de su deudor en aras a recuperar su solvencia y capacidad de pago o derecho a conocer fielmente su situación patrimonial o financiera).

De lo anteriormente expuesto se deduce un primer matiz que es necesario realizar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Está ampliamente extendida la idea que identifica la *generación o agravación de la insolvencia* con la producción de un resultado de lesión del patrimonio del deudor e indirectamente, con la lesión del denominado núcleo central de los derechos de crédito (derecho a la prestación, derecho a la ejecución del patrimonio del deudor).

En nuestra opinión, sin embargo, el resultado (externo) de lesión al bien jurídico protegido se produce también cuando resulta negativamente afectada la faceta funcional de los derechos de crédito (v.gr. se obstaculiza el saneamiento de la empresa generadora de recursos o se venden a precio de mercado sus activos esenciales).

Las irregularidades contables o la falta de llevanza de la contabilidad, el incumplimiento de los deberes de información documental exacta en la solicitud del concurso y durante la tramitación del proceso o la simulación de una situación patrimonial ficticia antes de la declaración de concurso (apartados 1, 2 y 6 del artículo 164.2) constituyen también una *agravación* de la insolvencia. El hecho de que no causen un daño patrimonial, como ocurre con el alzamiento de bienes o la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor (apartados 4 y 5 del artículo 164.2 LC), tiene su importancia a la hora de atribuir las consecuencias jurídicas asociadas a la calificación culpable, que es una cuestión a resolver en un momento ulterior (arts. 172, 172 bis LC).

La jurisprudencia sentada por la Sentencia de 12 de enero de 2012 acierta cuando caracteriza los comportamientos descritos en los distintos ordinales del artículo 164.2 LC como tipos de *mera actividad* porque basta la prueba de que se observaron para la calificación culpable del concurso. Se trata de comportamientos que llevan implícita la infracción del estándar de gestión ordenada y a los que resulta imputable una lesión de la posición de los acreedores sociales en su faceta patrimonial (alzamiento de bienes, salida fraudulenta) o funcional (irregularidades contables, simulación situación patrimonial).

Lo mismo cabe decir de las presunciones *iuris tantum* (artículo 165). No son un *complemento* de la cláusula general como afirmó la sentencia comentada. Se trata de comportamientos que, por sí solos, pueden determinar la cali-

ficación culpable porque resultan incompatibles con una gestión ordenada y provocan una agravación de la insolvencia de modo objetivamente imputable. Esta es la razón por la que hoy se designan como presunciones de culpabilidad del concurso (“El concurso se presume culpable”). La diferencia con las presunciones *iuris et de iure* es que su prueba tiene una eficacia meramente indiciaria. Las personas afectadas por la calificación podrán destruir su eficacia *iuris tantum* mediante la prueba de que el estado de insolvencia que motivó la apertura del procedimiento concursal es imputable a causas fortuitas, lo que requiere desvelar cuál fue su comportamiento en el contexto de la crisis empresarial.

La diferencia entre las presunciones y la cláusula general (en tanto que *tipo de resultado*) está en que la calificación culpable del concurso conforme al apartado 1 del artículo 164 requiere acreditar una conexión de imputación objetiva entre el comportamiento contrario al estándar y la lesión al bien jurídico protegido, que son los acreedores afectados por la insolvencia (v.gr. se realizó una disposición patrimonial previsiblemente lesiva para los acreedores).

En esto reside, precisamente, el segundo matiz que debe realizarse a la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito y se refiere a la naturaleza de la conexión entre el comportamiento de los gestores y la lesión al bien jurídico protegido.

La norma exige que el dolo o culpa grave (infracción del estándar de gestión ordenada) *hubiera mediado* en la generación o agravación del estado de insolvencia y esto se interpreta normalmente en términos de *causalidad fáctica* (v.gr. se realizó una disposición patrimonial indebida que perjudicó el patrimonio del deudor y, a la postre, a la masa del concurso).

En nuestra opinión, por el contrario, no se trata de enjuiciar en esta sede cualquier comportamiento que, de cualquier modo y en cualquier momento haya podido contribuir causalmente a la insolvencia. Eso sería incompatible con la *función de demarcación* entre libertad de empresa y protección de acreedores que cumplen las normas sobre calificación concursal. La referencia legal a la *generación* de la insolvencia apunta a comportamientos observados en un período de proximidad a la insolvencia y, evidentemente, lo mismo cabe decir de la *agravación*.

Se trata de establecer una *conexión de imputación objetiva* (jurídica, no fáctica) entre la infracción del estándar de gestión ordenada y la lesión de los derechos de los acreedores afectados por la insolvencia que motivó la apertura del procedimiento. Conforme a esta idea, por ejemplo, los actos u omisiones contrarios al estándar de gestión ordenada que se hayan realizado en un período de solvencia sólo resultarán antijurídicos cuando fuera *previsible* (criterio de la adecuación) que determinarían una lesión de la colectividad de los acreedores del deudor, sin perjuicio de las acciones que puedan interponerse al margen de la calificación concursal por los sujetos legitimados para ello (v.gr. acción social de responsabilidad por infracción de las reglas legales sobre distribución



de dividendos en un período de solvencia; cobro de retribuciones excesivas, etc.). Lo mismo cabe decir de los daños patrimoniales causados por la infracción de normas que no tengan una finalidad de protección de los derechos de crédito (en su doble faceta funcional o patrimonial).

La última cuestión que cabe matizar aquí se refiere también a la cláusula general, para expresar que se trata de una regla de *antijuridicidad con matices subjetivos*: no cualquier comportamiento contrario a la diligencia en el desempeño del cargo de administrador será constitutivo de una infracción del estándar relevante para la calificación concursal, lo que ha de quedar reservado para los comportamientos más graves. Con ello se garantiza un principio de intervención mínima en un sistema normativo de corte sancionador.

En definitiva, los hechos de concurso culpable (y las presunciones *iuris tantum*) son expresión de la cláusula general y, por su parte, ésta ha de servir para interpretar y aplicar en el caso concreto los distintos supuestos previstos por el legislador: la comisión de irregularidades contables relevantes implican una agravación de la insolvencia objetivamente imputable a los gestores y, a la inversa, sólo cuando revista el matiz subjetivo de la antijuridicidad (*dolo* o *culpa grave*).

### 5.3. *Antijuridicidad, culpa e irregularidades contables*

La calificación del concurso requiere realizar un doble enjuiciamiento o, si se prefiere, un único enjuiciamiento dividido en dos fases: el juicio de calificación y, en caso de calificación culpable, el juicio de atribución de las consecuencias asociadas a las personas afectadas.

La primera fase consiste en realizar un *juicio de antijuridicidad* de la conducta que versa sobre un desvalor de comportamiento referido a la gestión defectuosa del patrimonio del deudor (*dolo* o *culpa grave*) que permita diferenciar la insolvencia atribuible enteramente a factores externos (concurso fortuito) de aquella en cuya generación o agravación hubiera mediado una gestión desordenada (concurso culpable). La segunda fase o eslabón del enjuiciamiento que es preciso realizar en esta sede consiste en la atribución, a las personas afectadas por la calificación y sus cómplices, de una serie de consecuencias jurídicas, algunas de las cuales requieren constatar un desvalor de resultado (daños, déficit) y debe realizarse de modo conforme a la naturaleza, finalidad y función de cada una de ellas (arts. 172 y 172 bis LC).

En la teoría general de la responsabilidad civil, la culpa o negligencia consiste en la infracción de deberes objetivos de cuidado dentro de la posición de garante de cada uno y que pueden resultar de normas legales o de la aplicación de un estándar de actuación exigible a cualquiera que actúa en el tráfico (*dolo* o *culpa grave* o comportamientos descritos en las presunciones). Se trata de una regla de *antijuridicidad objetiva* que hay que distinguir de la culpa como criterio de *imputación subjetiva*, que consiste en el empleo de una cierta diligen-

cia promotora para situarse en posición de cumplir con los referidos deberes objetivos de cuidado. El contenido de dicha diligencia promotora varía según la naturaleza de la prestación que se realiza (en este caso de gestión patrimonial) y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1104 CC).

La Sentencia de 12 de enero de 2012 expresa bien esta idea cuando afirma que la *intención* de la persona afectada por la calificación en la comisión de la irregularidad contable es irrelevante para declarar fortuito o culpable. Esta idea es correcta porque el juicio de calificación es un *juicio de antijuridicidad* que no requiere sino acreditar la infracción del estándar de gestión ordenada por los gestores del deudor a quienes se atribuirá la condición de personas afectadas por la calificación. En sus escritos de oposición podrán acreditar si la infracción del estándar o la realización de los comportamientos descritos en las presunciones les resulta *subjetivamente* imputable a título de culpa o de dolo, en función de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Como afirma la Sala, es irrelevante saber si las irregularidades contables son dolosamente causadas: lo que importa es que impidan la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor porque entonces se produce una lesión de la faceta funcional de los derechos de crédito. En este contexto, el término *irregularidades* que utiliza por tanto el artículo 164.2 apartado 1º LC es equivalente al de *errores*.

Otra cosa es que el error supere los límites de lo que hemos denominado el matiz subjetivo de la antijuridicidad porque la calificación concursal no se basa en meras faltas de diligencia por parte de los encargados de la gestión. La equiparación al dolo sugiere que la culpa grave se refiere a una actuación a la ligera, inconsciente, con absoluta falta de consideración a los deberes que incumben a los administradores en este contexto (*non intelligere quod omnes intelligunt*) y los supuestos específicos hay que interpretarlos y aplicarlos de modo conforme a la cláusula general de la que son expresión.

En ocasiones, las normas de contabilidad o los principios contables admiten distintas interpretaciones e incluso puede llegar afirmarse que la decisión adoptada por los administradores o sus auxiliares en lo que se refiere a la contabilización de una partida, dotación o no de una reserva, posibilidad real de la continuación de la actividad y aplicación del principio de empresa en funcionamiento, etc. no superó las reglas de la diligencia exigible a un administrador.

Es discutible si la infracción contable objeto de la resolución comentada reúne tales características, cuestión a resolver por los Tribunales caso por caso a la vista de las alegaciones y pruebas de las partes. La constancia en la memoria de las garantías otorgadas a favor de terceros con especial mención a si se trata de garantías intragrupo está expresamente prevista por la Ley (art. 260 Sexta a) LSC) y quedó acreditado en el caso que la garantía, de una cuantía relevante, se ejecutó contra el patrimonio de la sociedad concursada como razona la sentencia que, en nuestra opinión, resolvió correctamente la cuestión en el fondo.