



Roj: **STS 3447/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3447**

Id Cendoj: **28079110012021100611**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2021**

Nº de Recurso: **2284/2018**

Nº de Resolución: **619/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 619/2021

Fecha de sentencia: 22/09/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2284/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2284/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 619/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 22 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo. Es



parte recurrente la entidad Bacalaos Alimar S.L., representada por la procuradora María del Mar Baquero Duro y bajo la dirección letrada de Luis Seoanes Lorenzo; Marco Antonio, representado por la procuradora Cristina García-Bernardo Pendás y bajo la dirección letrada de Jesús López de Lerma Ruiz y Apolonio, Valentina, Vicenta y la entidad Granja la Luz S.A., representados por la procuradora Pilar Montero Ordoñez y bajo la dirección letrada de Viliulfo Díaz Pérez. Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Granja la Luz S.A., representada por el procurador Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de Alejandro Alvargonzález Tremols. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Mónica Fernández Leiva, en nombre y representación de Ezequias y Fausto, administradores concursales de la entidad Granja la Luz S.A. (en liquidación), presentó escrito con **informe** de calificación en el plazo establecido en el auto de 24 de marzo de 2014 y providencia de 19 de mayo de 2014, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, y solicito:

"1º.- Se declare culpable el concurso de la entidad Granja La Luz S.A.

"2º.- Se declare personas afectadas por la calificación a los administradores de hecho y de derecho desde los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Esta es, a D. Apolonio y D. Marco Antonio.

"3º.- Se acuerde la inhabilitación de todos los afectados para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier otra persona, durante los periodos que seguidamente se detallan para cada uno:

"a) D. Apolonio administrador único hasta el 29 de junio de 2011 y posteriormente, administradores de hecho por el plazo de 10 años.

"b) D. Marco Antonio, administrador único desde el 29 de junio de 2011, por el plazo de cinco años.

"4º.- Se acuerde la pérdida de todo derecho que como acreedores concursales, o contra la masa activa, pudieran detentar todas las personas afectadas y las declaradas cómplices.

"5º.- Se condene a D. Apolonio, a que satisfaga en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 10.759.759 €, reintegrándola a la masa activa hasta el límite del pasivo concursal y contra la masa no satisfecho. Responsabilidad que será solidaria, dentro de los respectivos límites cuantitativos con D. Marco Antonio.

"6º.- Se condene a D. Marco Antonio, a que satisfaga en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 1.543.008,30 €, reintegrándola a la masa activa. Responsabilidad que será solidaria, dentro de los respectivos límites cuantitativos con D. Apolonio.

"7º.- Se condene solidariamente a todas las personas afectadas a sufragar el déficit concursal en los siguientes porcentajes, D. Apolonio en el 100% y D. Marco Antonio en el 30%, pagando del importe de los créditos concursales que no hayan sido satisfechos con la liquidación de la masa activa, o en su caso, distribuido en los porcentajes que se estime por el Juez que conoce del concurso.

"7º (sic).- Se declare cómplice, con la consiguiente pérdida de todo derecho que tuviera como acreedora concursal, o contra la masa activa, así como a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados en las cantidades que seguidamente se reseñan a las siguientes personas física y jurídicas:

"D.ª Vicenta.- 7.902.919,20€, hasta el límite del pasivo concursal y contra la masa no satisfecho.

"D.ª Valentina.- 326.208,34€, más el valor de los bienes supuestamente alzados.

"Bacalaos Alimar S.L.- 326.208,34 €

"Exlual S.L.- 275.344,01 €

"Segismundo.- 797.423,61 €

"Superquique S.L. 208.620,91 €

"Sergio.- 309.834,86 €

"Comercial Delmi S.L.- 223.473,18 €

"Carnicería Martisan S.L.- 103.830,05 €



"Lácteas Cobreros S.A.- 136.864,00 €".

2. El Ministerio Fiscal presentó dictamen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169.2 LC, y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"Calificando el concurso como culpable, declarando que resultan afectadas por la calificación y son cómplices las personas a que se refiere el cuerpo de este escrito, interesando que se les inhabilite para la administración de bienes ajenos y para representar a cualquier persona por un plazo de siete años condenándoles a la pérdida de cualquier derecho que tuviesen como acreedores concursales o frente a la masa y a hacer frente de manera solidaria a los daños y perjuicios causados".

3. El procurador Gustavo Martínez Méndez, en representación de la entidad Carnicerías Martisan S.L., presentó escrito por el que se opuso a la calificación del concurso solicitada y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"En la que se califique el concurso como fortuito o subsidiariamente se deje sin efecto la declaración de cómplice y con expresa imposición de costas a quien se opusiere a dicha declaración".

4. La procuradora María del Mar Baquero Duro, en representación de la entidad Bacalaos Alimar S.L., presentó escrito por el que se opuso a la calificación del concurso solicitada y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"Por la cual absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas".

5. La procuradora Patricia Gota Brey, en representación de Sergio, presentó escrito por el que se oponía a la solicitud de calificación y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se declare que Don Sergio no es persona afectada por la calificación y se le absuelva de la consideración de cómplice pretendida por la Admon. Concursal y el Ministerio Fiscal, alcanzando la absolución a todos los pedimentos inherentes respecto del Sr. Sergio, con expresa imposición de costas a la actora".

6. La procuradora Pilar Montero Ordóñez, en representación de Apolonio, Valentina y Vicenta, presentó escrito por el que se oponía a la solicitud de calificación y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la cual declare el carácter fortuito del concurso o, subsidiariamente, para el caso de que se declare culpable, reduzca las responsabilidades de las personas afectadas por la calificación en los términos expuestos en el cuerpo de este escrito, y en particular absuelva a D.^a Vicenta y D.^a Valentina de toda responsabilidad".

7. El procurador Ramón Blanco González, en representación de la entidad Exlual S.L. presentó escrito por el que se opuso a la calificación solicitada y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"sin declarar cómplice en el Concurso de Granja la Luz S.A. a mi parte, y con expresa imposición de costas a quien se opusiere".

8. El procurador Rafael Cobián Gil-Delgado, en representación de Segismundo, presentó escrito por el que se opuso a la calificación solicitada y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la cual absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados contra el mismo, todo ello con expresa imposición de costas por ser preceptivo".

9. La procuradora Gabriela Cifuentes Juesas, en nombre de la entidad Lácteas Cobreros S.A., formuló oposición a la propuesta de declaración de cómplice y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se declare a mi mandante como no cómplice en el citado concurso, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de declaración y condena interesados de adverso".

10. La procuradora Pilar Montero Ordóñez, en representación de la entidad Granja la Luz S.A., formuló oposición a la propuesta de calificación y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la cual declare el carácter fortuito del concurso o, subsidiariamente para el caso de que se declare culpable, reduzca las responsabilidades de las personas afectadas por la calificación en los términos expuestos en el cuerpo de este escrito, y en particular absuelva a D.^a Vicenta y D.^a Valentina de toda responsabilidad".

11. La procuradora Carmen Augusto Fernández, en representación de la entidad Super Quique S.L., formuló oposición al **informe** de calificación y solicitó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la cual se desestime íntegramente la calificación de mi representada como cómplice, con todas sus consecuencias inherentes".

12. La procuradora Cristina García-Bernardo Pendás, en representación Marco Antonio, presentó escrito de oposición a la calificación del concurso y pidió al Juzgado que dictase sentencia:



"por la cual absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados contra el mismo, todo ello con expresa imposición de costas por ser preceptivo".

13. El procurador Gustavo Martínez Méndez, en nombre de la entidad Comercial Delmi S.L., se opuso a la propuesta de calificación y solicitó al Juzgado que dicte sentencia por la que:

"se desestime la solicitud de los administradores concursales y del Ministerio Fiscal de considerar a "Comercial Delmi S.L." como cómplice en la pieza de calificación del concurso, no realizando respecto a ella los pronunciamientos interesados por la Administración Concursal, con expresa imposición de costas a quien se opusiere".

14. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia con fecha 19 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Calificar como culpable el concurso de la entidad Granja La Luz S.A., con los efectos siguientes:

"1. Declarar personas afectadas por la calificación a Apolonio y Marco Antonio .

"2. Declarar cómplices a Vicenta , Valentina y Bacalaos Alimar, S.L. con pérdida de cualquier derecho que pudiera tener contra la concursada como acreedora concursal o contra la masa.

"3. Declarar la inhabilitación de Apolonio y Marco Antonio para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 10 Y 5 años respectivamente, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

"4. Condenar a Apolonio al abono del 100% de la cantidad, que una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores de la masa y concursales.

"5. Condenar a Apolonio a indemnizar a la concursada en la cantidad de 10.622.895 euros.

"6. Condenar a Vicenta a indemnizar a la concursada en la cantidad de 6.187.414,69; y a Valentina y Bacalaos Alimar, S.L. a indemnizar a la concursada, de forma conjunta y solidaria, en la cantidad de 326.208,34 euros.

"No procede condena en costas".

15. Instada la aclaración de la anterior sentencia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó auto de fecha 17 de febrero de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

"Se acuerda aclarar la sentencia recaída en estos autos en el único sentencia de incluir en el fallo de la sentencia la condena a Marco Antonio a abonar a la masa del concurso la cantidad de 130.000 euros; de eliminar de la fundamentación jurídica toda referencia a la condición de Vicenta como administradora de Bacalaos Alimar S.L.; y de rectificar la fundamentación jurídica de la sentencia en el sentido de que la fecha de adquisición del Sr. Vicenta de la condición de administrados de la concursada tiene lugar en el año 2003 y de que la cuota de participación de la mercantil Gallega de Alimentación que correspondería, al 50% Vicenta y su padre Apolonio ".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Apolonio , Vicenta , Valentina , Marco Antonio y las entidades Granja la Luz S.A. y Bacalaos Alimar S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias mediante sentencia de 1 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la Granja La Luz, S.A., Apolonio , Valentina y Vicenta ; Marco Antonio ; y Bacalaos Alimar S.L., contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición a las partes apelantes de las costas causadas en la presente alzada".

3. Instada la aclaración de la anterior resolución, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias dictó auto con fecha 20 de marzo de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"No ha lugar a aclarar, corregir, subsanar o complementar la sentencia de 1 de febrero de 2018, dictada en el presente rollo de apelación".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*

1. La procuradora María del Mar Baquero Duro, en representación de la entidad Bacalaos Alimar S.L., interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Se denuncia vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 CE, al incurrir en vicio de incongruencia interna de la sentencia.

"2º) Se alega infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia por falta de motivación.

"3º) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por incurrir la sentencia en manifiesta irrazonabilidad.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1274 del CC.

"2º) Con carácter subsidiario del anterior, se alega infracción del art. 1306 CC.

"3º) Se alega infracción de los arts. 172.2.3º y 172.3 LC en relación con el art. 1902 CC".

2. La procuradora Cristina García-Bernardo Pendás, en representación de Marco Antonio , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Se denuncia infracción del art. 218 LEC por incongruencia ultra petita.

"2º) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por incurrir la sentencia en manifiesta irrazonabilidad.

Los motivos de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 172.2.3º LC en relación con el art. 1902 CC y jurisprudencia recaída en aplicación del mismo.

"2º) Con carácter subsidiario del anterior, se denuncia infracción del art. 33 LSC, en relación con los arts. 35.2 y 38 CC y 233 LSC, por inaplicación de los mismos.

"3º) Se alega infracción del art. 172.2.2ª LC".

3. La procuradora Pilar Montero Ordóñez, en representación de Apolonio , Valentina y Vicenta interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 339.2 LEC.

"2º) Vulneración del art. 282 LEC en relación con el art. 288.1 LEC.

"3º) Infracción del art. 217 LEC.

"4º) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por incurrir la sentencia en manifiesta irrazonabilidad".

"5º) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por incurrir la sentencia en manifiesta irrazonabilidad.

"6º) Se denuncia incongruencia interna de la sentencia recurrida, con vulneración del art. 24 CE".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Se alega infracción por inaplicación del art. 1 del TRLSC.

"2º) Se denuncia infracción del art. 33 LSC, en relación con los arts. 35.2 y 38 CC y 233 LSC, por inaplicación de los mismos.

"3º) Se alega infracción del art. 1274 CC.

"4º) Infracción de los arts. 172.2.3º y 172.3 LC en relación con el art. 1902 CC y jurisprudencia recaída en aplicación del mismo".

4. Por diligencia de ordenación de 27 de abril de 2018, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) tuvo por interpuestos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



5. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Bacalaos Alimar S.L., representada por la procuradora María del Mar Baquero Duro; Marco Antonio, representado por la procuradora Cristina García-Bernardo Pendás; Apolonio, Valentina, Vicenta y la entidad Granja la Luz S.A., representados por la procuradora Pilar Montero Ordoñez; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Granja la Luz S.A., representada por el procurador Antonio Ortega Fuentes. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

6. Esta sala dictó auto de fecha 17 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Bacalaos Alimar, S.L., contra la sentencia n.º 33/2018, de 1 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.ª, y su auto de aclaración de 20 de marzo de 2018, en el rollo de apelación n.º 193/2017, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 365/2008, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo.

"2º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Apolonio, D.ª Valentina y D.ª Vicenta, contra la sentencia n.º 33/2018, de 1 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.ª, y su auto de aclaración de 20 de marzo de 2018, en el rollo de apelación n.º 193/2017, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 365/2008, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo.

"3.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Marco Antonio, contra la sentencia n.º 33/2018, de 1 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.ª, y su auto de aclaración de 20 de marzo de 2018, en el rollo de apelación n.º 193/2017, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 365/2008, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo.

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

7. Dado traslado, la representación procesal de la administración concursal de la entidad Granja la Luz S.A. y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

8. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de septiembre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La entidad Granja la Luz, S.A. fue constituida el 20 de julio de 1965. Apolonio, que era titular de acciones que representaban el 70,384% del capital social, fue administrador de la sociedad desde el año 2003 hasta el 27 de julio de 2011, en que cesó y fue nombrado administrador Marco Antonio.

Granja la Luz, S.A. es titular del 99,9% del capital social de Queserías del Norte, S.A. (QUENOSA).

Por su parte, las participaciones de la sociedad Gallega de Alimentación y Logística, S.L. pertenecen al 50% al Sr. Apolonio y a su hija Vicenta.

El Sr. Apolonio tiene las participaciones que representan el 99% del capital social de Cocina Clásica, S.L., de la que es administrador único. La otra socia es su esposa, Valentina.

Valentina es titular de las participaciones que representan el 70% del capital social de Bacalaos Alimar, S.L.

Vicenta tiene el 98% del capital social de Distribución Canal Tradicional, S.L. y el 99,9% de Alindustria Marina, S.L. Estas dos sociedades son administradas desde el mes de octubre de 2008 por el Sr. Apolonio.

Granja la Luz, S.A. fue declarada en concurso de acreedores el 5 de noviembre de 2008. La sección de calificación se abrió tras la apertura de la liquidación, el 19 de diciembre de 2013, como consecuencia del incumplimiento del convenio concursal que había sido aprobado.

2. En su **informe**, la administración concursal solicitó la declaración de concurso culpable por las siguientes conductas: i) irregularidades graves y relevantes en la contabilidad, tales como ventas reales no contabilizadas ni declaradas fiscalmente, compras contabilizadas y pagadas que carecen de la suficiente documentación complementaria y habitual en el tráfico comercial de la empresa, lo que hace dudar que se trate de



operaciones reales, ventas contabilizadas que por las mismas razones parecen no obedecer a operaciones reales, utilización de papel de colusión, cancelación de teóricos créditos pendientes de cobro frente a empresas vinculadas sin haber recibido el cobro, utilización de la participada QUENOSA para desviar activos, y manipulación en la partida de existencias; ii) salida fraudulenta de activos de la sociedad mediante facturación B y apropiación del precio no declarado, apropiación de la venta al por menor en fábrica, desviación de las ventas realizadas a través de QUENOSA, generación de obligación inexistente a favor de Lácteas Cobreros, SA, endosos indebidos de pagarés con posterioridad a la fecha del auto de apertura de la liquidación y de sustitución del órgano de administración por la Administración Concursal; iii) incumplimiento del deber de colaborar con la administración concursal; iv) incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales del ejercicio 2012 y someterlas a auditoría; v) e inexactitud grave de la documentación presentada con la solicitud de concurso.

También pedía que se declarara personas afectadas por la calificación a Apolonio y Marco Antonio . Y cómplices a Vicenta , Valentina , Bacalaos Alimar, S.L., Exlual, S.L., Segismundo , Superquique, S.L., Sergio , Comercial Delmi, S.L., Carnicerías Martisan, S.L. y Lácteas Cobreros, S.A.

A continuación, solicitaba la inhabilitación de Apolonio por 10 años y de Marco Antonio por 5 años. Así como la pérdida de derechos, como acreedores concursales o contra la masa, de las dos personas afectadas por la calificación y de los cómplices.

Luego pedía la condena de Apolonio a indemnizar daños y perjuicios ocasionados en la suma de 10.759.759 euros, a favor de la masa y hasta el límite de los créditos concursales y contra la masa no satisfechos; y la condena de Marco Antonio a indemnizar 1.543.008,30 euros, a favor de la masa activa.

También pedía la condena de los cómplices al pago de las siguientes indemnizaciones: Vicenta , 7.902.919,20 euros; Valentina , 326.208,34 euros; Bacalaos Alimar, S.L., 326.208,34 euros; Exlual, S.L., 275.344,01 euros; Segismundo , 797.423,61 euros; Superquique, S.L., 208.620,91 euros; Sergio , 309.834,86 euros; Comercial Delmi, S.L., 223.473,18 euros; Carnicerías Martisan, S.L., 103.830,05; y Lácteas Cobreros, S.A., 136.864 euros.

Finalmente, el **informe** pedía la condena de Apolonio a la cobertura del déficit, en un porcentaje del 100%, y de Marco Antonio , en un porcentaje del 30%.

3. La sentencia dictada en primera instancia estima en parte la solicitud de la administración concursal, a la que se había adherido el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, la sentencia califica el concurso como culpable por las siguientes causas:

1º Irregularidades en la llevanza de contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada (art. 164.2.1º LC):

"Concluye, por tanto, el **perito** judicial en la existencia de ventas no contabilizadas por importe de 293.421,15 euros, ventas no facturadas ni contabilizadas por importe de 2.359.351,72 euros, anomalías en las operaciones comerciales entre empresas vinculadas con la concursada que ha incrementado el gasto en la cuenta de pérdidas en 466.449,82 euros con un efecto financiero de salida de tesorería de 479.688,62 euros. Pone igualmente de manifiesto que se habría incrementado la deuda bancaria como consecuencia de la devolución de efectos descontados por importe de 3.522.473,80 euros y se habría provocado un saldo deudor a favor de QUENOSA por importe de 837.351 euros.

"Asimismo, de la documental aportada por la administración concursal resulta acreditado que, con fecha 5 de agosto de 2013, se contabilizó un deterioro de existencias por importe de 4.770.005,10 euros;, según asiento contable 3525, cargando a la cuenta 69300 (pérdidas por deterioro de existencias) por importe de 2.075.278,80 euros; y 2.694.726,30 euros; y abonando por esas misma cantidades a la cuenta 350000 (existencias de productos terminados), sin que conste la realidad de tales existencias, hecho igualmente advertido por el auditor en el **informe** emitido en los ejercicios anteriores.

"En cuanto a la falta de contabilización de entradas de tesorería, el **perito** Sr. Santiago pone de manifiesto la falta de coincidencia entre los albaranes (todos ellos numerados), que corresponden con las entradas de efectivo anotadas en las hojas auxiliares de caja, por la "ventas directas", y los ingresos declarados y registrados en la contabilidad oficial por "ventas contado Herrera", extremo éste que es ratificado por el **perito** judicial cuando manifiesta que "existen diferencias entre los "Auxiliares de Caja" y la contabilidad de Granja La Luz dado que en los auxiliares se recogen cobros por entregas de mercancía que posteriormente no se facturan, y, consecuentemente, no se recogen en la contabilidad"

"Esta igualmente debidamente acreditado que la concursada contabilizaba operaciones inexistentes con terceras empresas. Basta en este sentido el reconocimiento que, por vía de transacción, realiza Lacteos

Cobreros en estos autos, del que resulta que esta mercantil habría emitido facturas por importe de 136.864 euros; para compensarlas con deudas pendientes con la concursada.

"Asimismo, como se dijo, tanto el **perito** Sr. Santiago como el **perito** judicial Sr. Vicente, son contestes en afirmar que, en el ejercicio 2008, la concursada habría descontado papel comercial por importe de 9.367.193,56 euros; sin que conste el soporte documental de las operaciones mercantiles correspondientes.

"Consta igualmente acreditado, no solo por el expreso reconocimiento por la concursada, que lo identifica como un sistema de financiación, sino por haber sido constatado tanto por el **perito** Sr. Santiago como por el **perito** judicial, que la concursada habría utilizado el conocido como "papel pelota" o papel de colusión, finalmente descontado en las entidades bancarias y no abonado, por importe de 3.522.473,80 euros.

"Igualmente, ambos **peritos** son contestes en afirmar que se canceló contra una cuenta de gasto las obligaciones pendientes frente a Distrib. Canal Tradicional, S.L., Gallega de Alimentación y Logística, S.L. Ibergadus, S.L., Logística Alimentaria Leonesa, S.L., Cocina Clásica, S.L. y Bacalaos Alimar, S.L., sin que conste el pago de las mismas ni la existencia de soporte documental alguna que justifique las operaciones de las que dimanar las supuestas deudas, como antes ha quedado de manifiesto.

"Igualmente, de la **pericial** emitida por el Sr. Santiago se desprende, con expreso reconocimiento por parte de sus representantes legales en el acto del juicio, que la concursada, entre los años 2009 y 2013, habría vendido mercancía a distintas empresas facturándose una parte de la mercancía suministrada. Identifica el **perito** así las siguientes mercantiles: Exlual, con un importe no facturado de 275.344,01 euros; Segismundo, con un importe no facturado de 797.423,61 euros; Superquique, con un importe no facturado de 208.620,91 euros; Sergio, con un importe no facturado de 309.834,86 euros; Comercial Delmi, con un importe no facturado de 223.473,18 euros; y Carnicerías Martisán, con un importe no facturado de 103.830,05 euros".

2º Enajenación fraudulenta de activos de la concursada:

"Por lo que respecta a la salida fraudulenta de activos de la concursada, tanto el **perito** Sr. Santiago como el **perito** judicial Sr. Vicente son contestes en afirmar la existencia de cobros y pagos en dinero no contabilizado en cuantía de 2.359.351,72 euros, así como también ponen de manifiesto como a través de la mercantil ALINDUSTRIA MARINA, SL, salieron de la sociedad, en concepto de pagos por productos no comprados, la cantidad de 6.187.414,69 euros; por la desviación de activos a través de la participada QUENOSA, la cantidad de 837.362,11 euros, por la operación de LÁCTEAS COBREROS, SA, la cantidad de 177.396,05 euros y por operaciones con las empresas vinculadas al administrador Sr. Marco Antonio "DISTRIBUIDORA MULTIMARCA DE QUESOS, S.L.", "REVILOSAM, SL", la cantidad de 130.000 euros. Asimismo, consta debidamente acreditado que la concursada, tras comunicar a este juzgado la imposibilidad de cumplimiento del convenio, ha endosado efectos pendientes de cobro por importe de 458.364,13 euros que aún no han podido ser cobrados".

3º Incumplimiento del deber de colaboración (art. 165.2 LC):

"En cuanto al incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal, ha quedado acreditado de los **informes** técnicos aportados con el escrito de calificación (doc. 25 y 26) que los ordenadores de la concursada habrían sido manipulados, habiendo concluido los informantes en afirmar tal manipulación por parte de personal especializado con el fin de eliminar datos entre finales de 2013 y principios de 2014, fechas éstas de la apertura de la fase de liquidación. Ello, unido a la falta de aportación de datos por parte de los responsables de la concursada sobre la operativa que ha quedado expuesta anteriormente y cuya información puntual se ha hurtado a la administración concursal, que hubo de obtenerla por sus propios medios, constituye un evidente acto, no ya de falta de colaboración, sino de obstrucción a la actuación de la administración concursal en los términos del art. 165 de la LC".

4º Incumplimiento del deber de formular las cuentas del ejercicio 2012 (art. 165.3 LC):

"En cuanto al incumplimiento del deber de formular las cuentas del ejercicio 2012, tal circunstancia resulta de difícil negación toda vez que éste hecho queda debidamente acreditado a la vista del escrito remitido por el auditor a la concursada el 12 de junio de 2014 en la cual manifiesta su imposibilidad de emitir **informe** de auditoría al no haberle sido entregadas las cuentas del ejercicio 2012 (vid doc. 27 del **informe** de calificación)".

5º Inexactitud grave de los documentos aportados con la solicitud de concurso (art. 164.2.2º LC):

"(...) por lo que respecta a la inexactitud grave en los documentos aportados junto con la solicitud de concurso, poco **puede** añadirse que no sea remitirnos, como así hace la administración concursal, a las irregularidades contables que antes han quedado puestas de manifiesto que en sí mismas evidencian la inexactitud de la contabilidad presentada y a la valoración de los activos y pasivos en orden a obtener una imagen fiel sobre la situación real financiera y patrimonial de la concursada".



6º Incumplimiento del convenio imputable al deudor (art. 164.2.3º LC):

"Ya por último, y por lo que respecta a los motivos que han llevado al incumplimiento del convenio se ha de decir que de la documental que ha sido aportada a los autos resulta acreditado que, desde la aprobación del convenio y hasta la apertura de la fase de liquidación, se habrían cobrado créditos no ingresados en las cuentas de la sociedad por importe de más de dos millones de euros; se habrían generado créditos contra empresas vinculadas con la concursada y no cobrados por importe cercano al millón de euros; se habrían cancelado créditos de empresas vinculadas por la concursada por importe superior a los tres millones de euros; y se habría procedido a hacer pagos a acreedores con créditos concursales no vencidos por más de medio millón de euros mediante la constitución de una hipoteca a favor de la Administración Autonómica. De ello se colige, en buena lógica, que la concursada, durante la fase de cumplimiento de convenio, lejos de abandonar las prácticas que le llevaron a su situación concursal, llevó a cabo una suerte de huida hacia adelante, continuando con el desvío de los ingresos de la sociedad, incrementando su endeudamiento y agravando así su situación de insolvencia, acompañado de pagos anticipados mediante el gravamen del propio patrimonio. Dicha operativa, no solo ha impedido el cumplimiento del convenio en su día suscrito con los acreedores sino que ha supuesto un evidente agravamiento de la situación de insolvencia que tiene su reflejo de reprochabilidad en el art. 164.2.3º".

Luego, declara personas afectadas por la calificación a Apolonio , administrador de derecho de la sociedad concursada hasta el 29 de junio de 2011, y administrador de hecho desde entonces; y a Marco Antonio , administrador legal desde su nombramiento el 29 de junio de 2011.

Declara cómplices a las siguientes personas:

i) Vicenta , hija del Sr. Apolonio , socia con un 98% de Distribución Canal Tradicional, con un 99% de Alindustria Marina y con un 50% de Gallega de Alimentación, S.L. (correspondiendo el otro 50% a su padre, el Sr. Apolonio):

"En éste sentido, habiendo quedado acreditado que Alindustria Marina habría emitido facturas de compra en el año 2008 (fecha en la que Vicenta era su administradora) por importe de 6.188.928,62 euros y habría recibido pagos de la concursada por importe de 6.187.414,69 euros sin haber realizado ésta entrega de mercancía alguna, no cabe duda alguna de que dicha mercantil, por medio de su administradora de derecho, había coadyuvado a la salida fraudulenta de activos de la concursada y se habría beneficiado con ello por el importe que ha quedado señalado.

"Igualmente, habiendo quedado acreditado que la sociedad Distribución Canal Tradicional, S.L. habría descontado efectos mercantiles durante el ejercicio 2008 por importe de 759.304,87 euros; que la mercantil Gallega de Alimentación lo habría hecho en el mismo ejercicio por importe de 1.775.004,49 euros y que Bacalaos Alimar habría hecho lo mismo por la cantidad de 1.378.554,20 euros, habiéndose cancelado créditos a favor de la concursada un total de 1.715.504,60 euros, no cabe duda de que dicha operativa llamada de "peloteo" ha provocado una salida de activos al haber sido cancelados los saldos pendientes del papel descontado sin que conste el pago de los créditos, e igualmente ha coadyuvado a dar una apariencia de liquidez a la concursada de la que carecía, posibilitando la obtención de financiación de las entidades bancarias a las que finalmente la concursada les dejó un saldo deudor por importe de más de tres millones de euros.

"Consecuentemente, **puede** concluirse que la antes citada, en su condición de socia y administradora de las mercantiles señaladas, ha sido cooperadora necesaria en la operativa llevada a cabo por parte de la concursada con evidente perjuicio para ésta última y manifiesto beneficio para las sociedades por ella participadas. Ello permite considerarla cómplice a los efectos de la presente calificación".

ii) Valentina , esposa del Sr. Apolonio y madre de la antes mencionada Vicenta , era socia con un 70% de Bacalaos Alimar, entidad que se favoreció de la cancelación de créditos derivados del papel descontado por un importe de 326.208,34 euros:

"En su consecuencia, resultando considerada cómplice su hija María Purificación en su condición de administradora única de ésta mercantil, igual suerte ha de correr la Sra. Vicenta en cuanto socia con un porcentaje de participaciones que le permitía ostentar el control absoluto de la misma y, por tanto, estaba en su condición de socia haber impedido esta operativa que, no obstante, consintió de forma consciente o inconsciente pero, en todo caso, gravemente negligente, con evidente perjuicio para la concursada y en beneficio de la mercantil participada por ésta".

Y iii) Bacalaos Alimar, S.L., "persona jurídica que finalmente se benefició de la operativa de descuento por el importe de 326.208,34 euros, conclusión razonable en atención al destino de las cantidades desviadas y al evidente beneficio de esta mercantil en perjuicio de la concursada"

La sentencia rechaza la pretensión de declaración de cómplices al resto respecto de los que se había solicitado.



A continuación inhabilita a Apolonio por 10 años y a Marco Antonio por 5 años. Y a ambos, personas afectadas por la calificación, les condena a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o contra la masa.

Luego realiza las siguientes condenas a indemnizar daños y perjuicios:

i) "por lo que respecta a la responsabilidad por daños y perjuicios que ha de alcanzar a Apolonio, de los hechos declarados probados resulta acreditado que este afectado por la calificación del concurso, mediante la desviación de fondos a través de QUENOSA, Alindustria de Alimentación, Distribuidora de Quesos y Revisolam, mediante la apropiación de fondos propios de Granja La Luz y mediante endosos realizados con posterioridad al auto de apertura de la liquidación, habría causado a la sociedad concursada un perjuicio de, al menos, 10.622.895 euros".

ii) "Asimismo, habiendo quedado acreditado que Vicenta es socia al 98% de Distribución Canal Tradicional y al 99% de Alindustria Marina, así como administradora de Bacalaos Alimar y como es cierto que Alindustria Marina habría recibido pagos derivados de compras inexistentes a Granja La Luz por importe de 6.187.414,69 euros, se ha de condenar a la antes citada a indemnizar a la mercantil en la citada cantidad (...)"

iii) "Por último, a la vista de que ha quedado acreditada la existencia de un saldo cancelado a favor de Bacalaos Alimar por importe de 326.208,34 euros sin que conste el cobro de dichas cantidades, procede igualmente la condena de la propia Bacalaos Alimar y de su socia mayoritaria Valentina, a indemnizar a la concursada en dicha cantidad de forma solidaria".

En el auto aclaratorio añade al fallo de la sentencia la condena de Marco Antonio a indemnizar a la masa del concurso con la suma de 130.000 euros, que en la fundamentación jurídica de la sentencia se argumentaba que correspondía a la devolución del dinero salido desde la concursada a favor de dos sociedades administradas por el Sr. Marco Antonio (Distribuidora Multimarca de Quesos, S.L. y Revilosam, S.L.)

Finalmente, en cuanto a la cobertura del déficit, la sentencia condena al Sr. Apolonio al pago del 100% de la cantidad que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores de la masa y concursales. La sentencia emplea la siguiente argumentación:

"(...) ha sido la conducta desplegada por el administrador Apolonio la **directamente** causante de la situación de insolvencia de la mercantil concursada, así como también el propio incumplimiento del convenio. Dicho esto, y atendida la gravedad de la conducta desplegada por éste en su condición de administrador de hecho y de derecho, éste Juzgador considera que procede la condena de Apolonio al abono del 100% del déficit concursal tanto respecto de los créditos contra la masa como de los concursales, sin que proceda la condena de Marco Antonio al considerar éste juzgador que quien en todo momento tuvo el control de hecho o de derecho de la administración de la sociedad concursada ha sido el anteriormente mencionado Sr. Apolonio".

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Y frente a la sentencia de apelación se interponen los siguientes recursos:

Apolonio, Valentina y Vicenta formulan, mediante un escrito común, recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en seis motivos, y recurso de casación, fundado en cuatro motivos.

Por su parte, Bacalaos Alimar, S.L. formula recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y recurso de casación, fundado en tres motivos.

Y Marco Antonio formula recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en dos motivos, y recurso de casación, fundado en tres motivos.

Procederemos a analizar, de forma sucesiva, los recursos extraordinarios por infracción procesal y después los de casación.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal de Apolonio, Valentina y Vicenta

1. Formulación del motivo primero. El motivo se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC y denuncia la "vulneración del art. 339.2 LEC, al haberse admitido indebidamente la solicitud de dictamen **pericial** judicial formulada por la Administración Concursal, de forma extemporánea, después de haber presentado su **informe** de calificación (que hace las veces de demanda), contra lo expresamente indicado en dicho precepto".

En el desarrollo del motivo, se aduce que "la **pericial** cuya indebida admisión se invoca, fue propuesta por la AC en el apartado 4º de su escrito de solicitud de vista de fecha 16-12-2014, sin haberla anunciado antes en su **informe** de calificación, que como es sabido en esta clase de procedimientos hace las veces de demanda (...). El juzgado la admitió mediante providencia de 18-1-16, aunque en forma de ampliación de la **pericial** propuesta



por (...) EXLUAL, cuando debió ser rechazada conforme a lo dispuesto en el art. 339.2 LEC, por no haberse anunciado en el momento procesal oportuno".

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

2. Desestimación del motivo primero. La irregularidad denunciada para justificar la ineficacia de la sentencia se refiere a la admisión de una prueba **pericial** judicial, que a juicio de los recurrentes se había solicitado de forma extemporánea.

Como hemos reiterado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 515/2019, de 3 de octubre, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, reconocido en el art. 24.2 CE, que garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria de acuerdo con sus intereses, está delimitado por un juicio de pertinencia, diligencia y relevancia:

"i) Pertinencia. El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba "pertinentes", implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] (...), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (...), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE (...).

"ii) Diligencia. Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (...). Es preciso, por un lado, que la parte legitimada **haya** solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento (...).

"iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (...); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (...), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (...), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (...).

Procede examinar en primer lugar si la admisión de esa prueba **pericial** era o no pertinente.

La administración concursal presentó el **informe** de calificación regulado en el art. 169 LC (actualmente, en el art. 448 TRLC), que conforme a la jurisprudencia de esta sala cumple la función de una demanda en el incidente de calificación (sentencias 203/2016, de 1 de abril; 583/2017, de 27 de octubre; y 258/2020, de 5 de junio), y así se prevé en el actual art. 448.2 TRLC, cuando prescribe que el **informe** "tendrá la estructura propia de una demanda". Este **informe** de calificación fue acompañado de un **informe pericial**, emitido por el Sr. Juan Ignacio . Motivado por la oposición y las objeciones de la parte demandada a las valoraciones contenidas en este **informe**, la administración concursal solicitó la designación de un **perito** judicial para informar sobre determinados extremos que eran contradichos por la otra parte. El juzgado admitió la prueba y adicionó esos extremos sobre los que se solicitaba el **informe pericial** judicial a la **pericial** judicial que había sido solicitada por una de las demandadas (Exlual, S.L.) y que había sido admitida.

Propiamente, estamos ante una prueba **pericial** judicial, cuya regulación se contiene en el art. 339 LEC. Conforme al apartado 2 del art. 339 LEC, el **demandante** que pretenda la designación judicial de **perito** debe solicitarlo en la demanda. El párrafo segundo apostilla que "salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, **informe pericial** elaborado por **perito** designado judicialmente". Esta salvedad se complementa con la previsión contenida en el apartado 3 del art. 339, en relación con el apartado 4 del art. 427 LEC, respecto de la posibilidad de pedir una prueba **pericial** judicial en relación con las alegaciones o pretensiones complementarias formuladas en la audiencia previa, o en la vista de un juicio verbal.

Consiguientemente, no resulta de aplicación directa el art. 338 LEC. Este precepto se refiere a la aportación de dictámenes por las partes y regula una excepción a la regla general contenida en los artículos precedentes sobre el momento preclusivo para la aportación de los dictámenes (con el escrito de alegaciones -demanda o contestación- y, cuando no sea posible, previo anuncio de su aportación contenido en el escrito de alegaciones, cinco días antes de la audiencia previa o vista del juicio verbal). Conforme al art. 338 LEC, cabe la aportación posterior de dictámenes **periciales** "cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de alegaciones complementarias admitidas en la audiencia...". El art. 338 LEC no es **directamente** aplicable a nuestro caso, en que la prueba que se



denuncia indebidamente admitida es una **pericial** judicial, pero **puede** ser tenida en consideración cara a una interpretación sistemática del precepto aplicable, el art. 339 LEC.

El **demandante puede presentar** un **informe pericial** que **directamente haya encargado** a un **perito** (designado por la parte), para lo cual se sujeta a las reglas previstas en los arts. 336 a 338 LEC, y/o también solicitar la designación judicial de un **perito** para que **informe** sobre unos determinados extremos, que se regula en el art. 339 LEC. Estas normas regulan el tiempo en que se **puede** interesar uno u otro peritaje. En ambos casos, la iniciativa del **demandante** debe ejercitarse en la demanda, ya sea mediante la aportación del **informe** elaborado por un **perito** designado por la parte o, cuando no sea posible, anunciando su posterior aportación que deberá hacerse cinco días antes de la audiencia previa o vista de juicio verbal, ya sea mediante la solicitud de designación judicial de **perito**. También en ambos casos, la excepción a esta regla general para el **demandante** viene determinada porque la necesidad o utilidad del posterior **informe pericial** (ya sea su aportación, ya sea la petición de una **pericial** judicial), se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en su contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia previa. Esto es, también en el caso de la designación judicial de **perito**, el **demandante puede** solicitarla para que **informe** sobre cuestiones suscitadas con ocasión de la contestación de alguno de los demandados, siempre y cuando no se trate de suplir la omisión de una petición que debía haberse realizado con la demanda. Así lo expusimos en la sentencia 515/2019, de 3 de octubre, en relación con los **informes** aportados por las partes:

"La posibilidad de que el **demandante** aporte un **informe pericial** con ocasión de la contestación a la demanda, está justificada por el contenido de las alegaciones formuladas en dicho escrito y la necesidad o utilidad del **informe** para contradecirlas. Se trata de una excepción a la regla general, que debe ser empleada sólo en esos casos, nunca para suplir la omisión del **informe** con la demanda. De tal forma que este **informe pericial** del **demandante** no **puede** venir justificado porque la demandada **haya** presentado un **informe** con su contestación, no habiéndolo hecho la **demandante** con su demanda, sino por el contenido de las alegaciones de la contestación. Se entiende que estas alegaciones guardan relación con excepciones o causas de oposición que amplían el objeto litigioso, esto es, que van más allá de la causa petendi de la demanda. Porque si las alegaciones del demandado suponen una negación o mera contradicción de los hechos aducidos en la demanda, en ese caso debe entenderse que el **demandante** corría con la carga de aportar el **informe pericial** con la demanda si entendía que era necesario o conveniente para acreditar algún extremo de los introducidos por él con la demanda".

De forma equivalente, la designación judicial de **perito** podrá hacerse cuando venga motivada por lo alegado en la contestación. En nuestro caso, la administración judicial, que había presentado junto con su **informe** de calificación (demanda) un **informe pericial**, cuando solicita la **pericial** judicial sobre determinados extremos lo es no para suplir un defecto u omisión anterior, sino para contradecir las objeciones formuladas por la demandada en su contestación. Razón por la cual no advertimos que la admisión de esta **pericial** judicial fuera impertinente. Por lo que falta el primero de los requisitos para que pueda ser apreciada la infracción denunciada en este motivo primero.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC y denuncia la "vulneración del art. 282 LEC sobre aportación de parte en materia de prueba, en relación con el principio dispositivo que luce en el art. 288.1 LEC". La infracción denunciada consiste "en haber mantenido como diligencia final la emisión de dictamen por **perito** judicial respecto de los extremos solicitados por la administración concursal, a pesar de que la parte que la expuso (Exlual) había renunciado a su práctica".

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

4. Desestimación del motivo segundo. El art. 282 LEC que se denuncia infringido prescribe en primer lugar que "las pruebas se practicarán a instancia de parte". Pero, a continuación, excepciona que "el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

El apartado 2 del art. 435 LEC legitima expresamente al juez para acordar, de oficio o a instancia de parte, "que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos". Razón por la cual, una prueba **pericial** judicial que había sido solicitada y acordada en su día, pero que no pudo ser practicada en el juicio, podía ser acordada como diligencia final, no sólo al amparo del art. 435.1.2º LEC y a solicitud de la parte, sino también de oficio, al amparo del art. 435.2 LEC, si se cumplen los presupuestos legales ("...que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos"), que no han sido **directamente** cuestionados en el motivo.



Por otra parte, conviene advertir que la prueba **pericial** judicial cuestionada, solicitada (por la administración concursal) y acordada, aunque para su realización se hubiera designado al mismo **perito** que había sido designado para realizar la **pericial** solicitada por Exlual, no era una mera ampliación, ni por tanto accesoria, a la **pericial** de Exlual. Por esta razón, la renuncia que Exlual realizó a su prueba **pericial** judicial ni alcanzaba a la solicitada por la administración concursal ni impedía su práctica, en este caso a través de una diligencia final.

5. Formulación del motivo tercero. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y denuncia "la infracción del art. 217 LEC sobre distribución de la carga de la prueba en que incurre la sentencia impugnada al condenar, en concepto de cómplices a Vicenta y Valentina, cuando no consta ni una sola prueba practicada en autos que acredite su participación personal en los hechos que motivan la calificación culpable, por lo cual, conforme a lo dispuesto en el precepto dictado, debió ser desestimada la petición formulada contra ellas".

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

6. Desestimación del motivo tercero. El recurso denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, cuando no han sido empleadas. Ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia en lo que ha sido ratificado por la de apelación, han acudido a las reglas de la carga de la prueba para la acreditación de los hechos en que se funda la argumentación sobre la responsabilidad de Vicenta y Valentina. Como hemos afirmado en otras ocasiones, "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria" (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 26/2017, de 18 de enero).

7. Formulación del motivo cuarto. Se formula con carácter subsidiario al anterior y al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC. Denuncia la "vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia recurrida en el vicio de "manifiesta irrazonabilidad" en el razonamiento que conduce a apreciar la existencia de actos perjudiciales para la concursada, realizados por Vicenta y Valentina, por partir el mismo de premisas manifiestamente erróneas, siguiendo un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en las razones aducidas". Y, a continuación, aclara que esta infracción se habría cometido por el tribunal de apelación "al valorar la prueba practicada respecto de la existencia de daños y perjuicios causados por actos realizados por Vicenta y Valentina, de forma totalmente irrazonable y contraria a las normas de la sana crítica, alcanzando una conclusión que no se deduce de las pruebas".

En el desarrollo del motivo concreta que "resulta contrario a la lógica atribuir sin más el libramiento y descuento de efectos cambiarios a mis mandantes sin que exista nada que así lo acredite (máxime en el caso de María Purificación que al no ser administradora no tiene en ningún caso facultades representativas de ningún tipo que le permitan realizar los actos discutidos)".

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

8. Desestimación del motivo cuarto. El motivo impugna la valoración de la prueba por la que la sentencia concluye la responsabilidad de Vicenta y Valentina respecto de los daños y perjuicios ocasionados a la concursada, por su participación significativa "en la dinámica de descuento de efectos de colusión determinante del perjuicio ya contemplado...". El motivo entiende que se trata de una valoración de la prueba irrazonable.

El análisis y la resolución del motivo se enmarca en la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, que se contiene, entre otras, en la sentencia 334/2016, de 20 mayo:

"(...) aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados".

En este caso, la irracionalidad denunciada afecta a una valoración jurídica por la que se concluye la responsabilidad de Vicenta y Valentina por los daños y perjuicios sufridos por la concursada como consecuencia de conductas que han merecido la calificación de concurso culpable y respecto de los que se les atribuye la consideración de cómplices. Esta valoración jurídica debe impugnarse, como de hecho se hace, mediante el recurso de casación, en este caso por infracción del art. 172.2 LC, con arreglo al cual la sentencia



recurrida confirma la condena de Vicenta y Valentina a indemnizar daños y perjuicios a la concursada derivados de la conducta que mereció la calificación de concurso culpable y respecto de los que se les ha considerado cómplices.

9. Formulación del motivo quinto. El motivo también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC. Denuncia la "vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia recurrida en el vicio de "manifiesta irrazonabilidad" en el razonamiento que conduce a apreciar la existencia de daños y perjuicios causados a la concursada mediante el mecanismo de financiación instrumentado a través de la emisión recíproca entre sociedades de pagarés que no responden a operaciones comerciales reales". Esta infracción se habría cometido por la sentencia recurrida "al valorar la prueba practicada respecto de la existencia de los supuestos daños y perjuicios, de forma totalmente irrazonable y contraria a las normas de la sana crítica, alcanzado una conclusión que no se deduce de las pruebas".

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

10. Desestimación del motivo quinto. Hemos de partir de lo expuesto en el apartado 8 de este fundamento jurídico segundo, respecto de la jurisprudencia sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC. También en este caso la valoración de la prueba que se impugna, la que lleva a apreciar la existencia de daños y perjuicios causados a la concursada como consecuencia de una de las conductas que merecieron la calificación culpable, es una valoración jurídica. No se impugna una valoración de la prueba para considerar acreditados unos determinados hechos, sino la valoración de que lo acaecido ocasionó o no un perjuicio para la concursada susceptible de ser indemnizado al amparo del art. 172.2.3º LC.

11. Formulación del motivo sexto. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia interna porque "el importe de las condenas impuestas en el fallo no se corresponde con lo que resulta de la motivación".

En el desarrollo del motivo se advierte que por una parte el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de apelación razona lo siguiente:

"(...) los datos muestran en 2008 un descuento de papel comercial no vinculado a operaciones reales de más de 9.000.000 euros, resultan por esta práctica un papel de colusión exigible a concursada de más de 3.500.000 euros y, lo que es decisivo, que se incrementó seriamente el pasivo de la misma frente a la A. Tributaria por el IVA devengado por operaciones inexistentes y singularmente frente a las entidades financieras que por el descuento de aquel papel de efectos comerciales artificiosos adelantaron importes que no pudieron recuperar".

Y por otra, el fallo de la sentencia de primera instancia confirmado por la de apelación, realiza las siguientes condenas:

"Condenar a Apolonio a indemnizar a la concursada en la cantidad de 10.622.895 euros.

"Condenar a Vicenta a indemnizar a la concursada en la cantidad de 6.187.414,69; y a Valentina y BACALAO ALIMAR, S.L. a indemnizar a la concursada, de forma conjunta y solidaria, en la cantidad 326.208,34 euros".

La incongruencia proviene, según el recurso, de que ni la suma total objeto de condena (más de 17 millones), ni los importes de las condenas individuales hallan su explicación en el fundamento transcrito. Y se añade que aunque la sentencia recurrida advierte que esos importes no se acumulan sino que están fijados bajo un criterio solidario, no se sabe de dónde obtiene tal conclusión.

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

12. Desestimación del motivo sexto. Conforme a nuestra jurisprudencia, la incongruencia interna **puede** tener lugar "por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -*ratio decidendi*- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos" (sentencias 668/2012, de 14 de noviembre; 571/2012, de 8 de octubre; y 291/2015, de 3 de junio).

En este caso no apreciamos incongruencia entre la fundamentación jurídica y el fallo. La sentencia de apelación ratifica la de primera instancia y aclara que los reseñados importes de condena a indemnizar daños y perjuicios no se acumulan, sino que la responsabilidad es solidaria hasta sus respectivos importes.

En cuanto a las sumas objeto de condena provienen de lo concluido en la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia, ratificada al igual que su fallo, por la de apelación, y por ello son congruentes con la argumentación vertida:



"(...) por lo que respecta a la responsabilidad por daños y perjuicios que ha de alcanzar a Apolonio , de los hechos declarados probados resulta acreditado que este afectado por la calificación del concurso, mediante la desviación de fondos a través de QUENOSA, Alindustria de Alimentación, Distribuidora de Quesos y Revisolam, mediante la apropiación de fondos propios de Granja La Luz y mediante endosos realizados con posterioridad al auto de apertura de la liquidación, habría causado a la sociedad concursada un perjuicio de, al menos, 10.622.895 euros.

"Asimismo, habiendo quedado acreditado que Vicenta es socia al 98% de Distribución Canal Tradicional y al 99% de Alindustria Marina, así como administradora de Bacalaos Alimar y como es cierto que Alindustria Marina habría recibido pagos derivados de compras inexistentes a Granja La Luz por importe de 6.187.414,69 euros, se ha de condenar a la antes citada a indemnizar a la mercantil en la citada cantidad (...).

"Por último, a la vista de que ha quedado acreditada la existencia de un saldo cancelado a favor de Bacalaos Alimar por importe de 326.208,34 euros sin que conste el cobro de dichas cantidades, procede igualmente la condena de la propia Bacalaos Alimar y de su socia mayoritaria Valentina , a indemnizar a la concursada en dicha cantidad de forma solidaria".

TERCERO. *Recurso extraordinario por infracción procesal de Bacalaos Alimar, S.L.*

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia: "el vicio de incongruencia interna en que incurre la sentencia impugnada, toda vez que en su fundamentación jurídica se reconoce que (...) Bacalaos Alimar, S.L. no recibió mercancía de Granja La Luz, S.A., sino que los pagarés emitidos por aquella "no obedecen a operaciones comerciales reales", y en diversas ocasiones califica de "supuesta" deuda la que habría asumido aquella con la emisión de los pagarés litigiosos; pero luego de forma contradictoria, se condena a mi mandante a la indemnización de los perjuicios y por tanto al pago de la deuda como si fuera real".

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

2. Desestimación del motivo primero. Hemos de partir de la jurisprudencia de la sala sobre qué debe entenderse por incongruencia interna, expuesta en el apartado 12 del fundamento jurídico segundo. En este caso no existe ninguna contradicción entre las conclusiones alcanzadas en la fundamentación jurídica, por lo que respecta a la condena a Bacalaos Alimar, S.L., y el fallo de la sentencia.

Al margen de si resultaba o no correcta esa responsabilidad, en la fundamentación de la sentencia se razona así:

Por último, a la vista de que ha quedado acreditada la existencia de un saldo cancelado a favor de Bacalaos Alimar por importe de 326.208,34 euros sin que conste el cobro de dichas cantidades, procede igualmente la condena de la propia Bacalaos Alimar y de su socia mayoritaria Valentina , a indemnizar a la concursada en dicha cantidad de forma solidaria".

Y la condena a indemnizar impuesta a Bacalaos Alimar, S.L. en el fallo de la sentencia es congruente con la conclusión alcanzada en el reseñado razonamiento.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y denuncia la falta de motivación de la sentencia impugnada porque ni esta ni la que confirma de primera instancia explicitan en qué consiste el perjuicio irrogado a Granja la Luz, S.A. por el hecho de que Bacalaos Alimar, S.L. le entregara pagarés que no respondían a operaciones reales para que los descontara. En ninguna de estas dos sentencias se concreta en qué consiste el perjuicio, ni cómo y cuándo supuestamente se produjo.

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

4. Desestimación del motivo segundo. La sentencia recurrida no incurre en falta de motivación, a la vista de cómo ha sido interpretada esta exigencia por la jurisprudencia de esta sala.

Hemos declarado en otras ocasiones que "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, y 759/2015, de 30 de diciembre).

En nuestro caso, la razón por la cual la sentencia recurrida ratifica la decisión del juez de primera instancia sobre la condena a Bacalaos Alimar, S.L. a indemnizar a la masa en la suma de 326.208,34 euros, esta expresada en el siguiente párrafo, en relación con los anteriores:

"Por último, a la vista de que ha quedado acreditada la existencia de un saldo cancelado a favor de Bacalaos Alimar por importe de 326.208,34 euros sin que conste el cobro de dichas cantidades, procede igualmente la condena de la propia Bacalaos Alimar y de su socia mayoritaria Valentina, a indemnizar a la concursada en dicha cantidad de forma solidaria".

Cuestión distinta es que la fundamentación o razonamiento sea correcto, lo que debe ser objeto de impugnación mediante el recurso de casación, en relación con la aplicación del precepto legal que prevé esta responsabilidad. En realidad, el recurso impugna que uno de los requisitos de la responsabilidad, el daño o perjuicio al que ha sido condenada a indemnizar la recurrente, no está justificado, en cuanto que no se habría producido el perjuicio apreciado. Esto no puede combatirse como falta de motivación, sino mediante el recurso de casación, en relación con la valoración jurídica por la que se aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la apreciación de la responsabilidad declarada.

5. Formulación del motivo tercero. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, al incurrir la sentencia recurrida en el vicio de "manifiesta irrazonabilidad" en el razonamiento que conduce a apreciar la existencia de daños y perjuicios causados por Bacalaos Alimar, S.L. a la concursada, por partir de premisas manifiestamente erróneas, siguiendo un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en las razones aducidas. Esta infracción se habría cometido por la sentencia recurrida "al valorar la prueba practicada respecto de la existencia de los supuestos daños y perjuicios, de forma totalmente irrazonable y contraria a las normas de la sana crítica, alcanzado una conclusión que no se deduce de las pruebas".

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

6. Desestimación del motivo tercero. Hemos de partir de lo expuesto en el apartado 8 del fundamento jurídico segundo, respecto de la jurisprudencia sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC. También en este caso, la valoración de la prueba que se impugna, la que lleva a apreciar la existencia de daños y perjuicios causados a la concursada como consecuencia de una de las conductas que merecieron la calificación culpable, es una valoración jurídica, cuya impugnación no tiene cabida por este cauce del recurso extraordinario por infracción, sino, en su caso, por el recurso de casación.

CUARTO. Recurso extraordinario por infracción procesal de Marco Antonio

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y en concreto denuncia la "infracción del art. 218 LEC por incongruencia *ultra petita* en que incurre la sentencia impugnada, al condenar a mi mandante a la indemnización de daños y perjuicios por motivos que no habían (sido) solicitados por la AC en su **informe**".

En el desarrollo del motivo se alega que, si bien el importe de la condena coincide con lo solicitado, se ha alterado la causa de pedir. En la sentencia la condena a indemnizar la suma de 130.000 euros se funda en la devolución de este importe de dinero salido desde la concursada a las sociedades vinculadas con el Sr. Marco Antonio (Distribuidora Multimarca de Quesos, S.L. y Revilosam, S.L.). Sin embargo, en el **informe** de la administración concursal la indemnización solicitada se refería "a la reparación del daño derivado de la facturación no contabilizada que no entró en la sociedad desde el 29 de junio de 2011 al 19 de diciembre de 2013, periodo temporal en el que fue administrador y a las cantidades derivadas de los endosos irregulares realizados con posterioridad al auto de apertura de la liquidación".

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

2. Estimación del motivo primero. Como en otras ocasiones, hemos de partir del marco jurisprudencial sobre el deber de congruencia de las sentencias, contenido, entre otras, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*infra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" (sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)



En el presente incidente de calificación, la administración concursal y el Ministerio Fiscal acumularon una pluralidad de pretensiones, que se fundaban en la previa calificación de concurso culpable por unas determinadas conductas, y la declaración de quienes eran, respecto de cada una de esas conductas, personas afectadas por la calificación. Esas pretensiones tienen que ver con la pluralidad de eventuales pronunciamientos de condena consiguientes a la declaración de concurso culpable, previstos en el art. 172.2 LC. Entre estos pronunciamientos se encontraban los relativos a la condena a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados por las actuaciones que hubieran fundado la calificación de concurso culpable (art. 172.2.3º LC). Siendo una pluralidad las conductas que justificaban la calificación culpable, era preciso identificar respecto de cuáles se solicitaba la condena a la indemnización de daños y perjuicios a cada uno de los posibles destinatarios de esa responsabilidad. En este caso, era preciso identificar respecto de qué conductas que hubieran merecido la calificación de concurso culpable se solicitaba la responsabilidad de Marco Antonio al amparo del art. 172.2.3º LC. Esa identificación afecta a la *causa petendi* (causa de pedir) que, junto con el concreto *petitum* (suplico), conforma la pretensión ejercitada.

De tal forma que una condena al pago de una determinada cantidad, si responde en su justificación a una causa de pedir distinta de aquella que había sido esgrimida en la demanda (en este caso el **informe** de calificación), **puede** estar viciada de falta de congruencia. La exigencia de congruencia de la sentencia está ligada al derecho de defensa del demandado respecto del que se solicita su condena. Este se habrá defendido sobre la procedencia de una determinada condena indemnizatoria, de acuerdo con la causa de pedir esgrimida, de tal forma que si el tribunal procede a la estimación parcial de la petición de indemnización, pero por una causa de pedir distinta, se ocasiona la indefensión del demandado, que no ha podido defenderse respecto de la causa de pedir apreciada por el tribunal.

En este caso, el **informe** de calificación (demanda), después de precisar el alcance de la condena a indemnizar daños y perjuicios ex art. 172.2.3º LC respecto de Apolonio (10.759.759 euros) y las distintas conductas que habrían ocasionado el perjuicio que se pretendía reparar, expresamente ciñe la responsabilidad solidaria de Marco Antonio "a la reparación del daño económico derivado de la facturación no contabilizada que no entró en la sociedad desde el 29 de junio de 2011 al 19 de diciembre de 2013, periodo temporal en que fue administrador y a las cantidades derivadas de los endosos irregulares realizados con posterioridad al auto de apertura de la liquidación" (1.543.008,30 euros).

La sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, condena a Marco Antonio a indemnizar a la masa en la suma de 130.000 euros, que se corresponde con las cantidades desviadas a favor de dos sociedades vinculadas por el Sr. Marco Antonio (Distribuidora Multimarca de Quesos, S.L. y Revilosam, S.L.). Esta condena indemnizatoria es distinta y no está incluida dentro de la que había sido pedida en el **informe** de calificación. No existe duda de que la desviación de 130.000 euros a favor de Distribuidora Multimarca de Quesos, S.L. y Revilosam, S.L. se mencionaba expresamente en el **informe** de calificación entre las distintas causas que justificaban la condena indemnizatoria de Apolonio, y sin embargo ni se menciona entre las causas que justificaban la responsabilidad solidaria del Sr. Marco Antonio, ni cabe incluirla dentro de estas últimas.

En consecuencia, la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, incurre en el vicio de incongruencia respecto de este extremo, lo que provoca la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

3. Efectos derivados de la estimación del motivo primero.

La consecuencia de la estimación de este recurso es dejar sin efecto el pronunciamiento de condena a Marco Antonio a indemnizar a la masa del concurso en la suma de 130.000 euros.

En la medida en que este pronunciamiento ha quedado sin efecto, resulta innecesario pronunciarse sobre el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal y sobre los motivos primero y segundo del recurso de casación de Marco Antonio, porque impugnaban aquel mismo pronunciamiento que ahora ha quedado sin efecto. De modo que tan sólo queda pendiente de resolución el motivo tercero del recurso de casación, que impugna un pronunciamiento distinto, la inhabilitación de Marco Antonio por cinco años.

QUINTO. Recurso de casación de Marco Antonio

1. *Formulación del motivo tercero.* El motivo denuncia la infracción del ordinal 2º del art. 172.2 LC, sobre graduación de la sanción de inhabilitación. El recurso afirma que sólo existe una sentencia de la sala (sentencia 719/2016, de 1 de diciembre) que rehúsa entrar a conocer de la cuestión relativa a la graduación de la sanción de inhabilitación, que no constituye jurisprudencia. Solicita otro pronunciamiento del tribunal que aclare la cuestión en el sentido pretendido por el recurrente. Entiende "necesario que la Sala puntualice, concrete y



aclare tal doctrina, toda vez que el precepto que se invoca como infringido sí que contiene elementos reglados para la graduación de la sanción, susceptibles de control por la Sala en su aplicación".

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

2. Desestimación del motivo tercero. El ordinal 2º del art. 172.2 LC establece un pronunciamiento necesario y consiguiente a la declaración de concurso culpable, que es la inhabilitación de las personas declaradas afectadas por la calificación. Siendo, como es el caso, que la concursada es una persona jurídica, es necesario identificar las personas naturales a quienes se declara "personas afectadas por la calificación" respecto de cada una de las conductas que hubieran merecido la calificación de concurso culpable. En nuestro caso, la sentencia de calificación declaró personas afectadas por la calificación a Apolonio , por ser administrador legal hasta el 29 de junio de 2011 y desde entonces administrador de hecho; y también a Marco Antonio , por ser administrador legal de la concursada desde el 29 de junio de 2011. Mientras que el Sr. María Purificación se declara persona afectada por la calificación respecto de todas las conductas que han justificado la calificación de concurso culpable, el Sr. Marco Antonio se entiende que es declarado persona afectada por la calificación respecto de las conductas realizadas a partir de su nombramiento como administrador.

Una vez calificado el concurso culpable e identificadas las personas afectadas por la calificación, el art. 172.2.2º LC impone necesariamente que se condene a estas últimas a la inhabilitación por un periodo comprendido entre los 2 y los 15 años. La graduación de la inhabilitación es una facultad discrecional del tribunal, que **puede** atender a diferentes criterios, entre los que la ley menciona "la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos". Aunque la sentencia recurrida no hace mención explícita a estos criterios, cuando ratifica la inhabilitación decretada por la sentencia de primera instancia, subyacen a su argumentación, al entender de menor entidad la intervención del Sr. Marco Antonio respecto del Sr. María Purificación , e imponer la mitad del periodo de inhabilitación que correspondía a este último.

Ratificamos lo que declaramos en la invocada sentencia 719/2016, de 1 de diciembre, en un caso en que se había impuesto una inhabilitación por cinco años:

"la sala no **puede** realizar un control de la discrecionalidad del tribunal de instancia, en tanto que no ha incurrido en evidente y notorio error de hecho, ni ha resuelto de forma caprichosa, desorbitada o injusta".

En realidad esta doctrina ya había sido expuesta antes en la sentencia 327/2015, de 1 de junio:

"Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad en la fijación de la duración de la inhabilitación que imponen a las personas especialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no **puede** ser objeto de recurso de casación, salvo casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el tribunal de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta".

En nuestro caso, si tenemos en cuenta que el arco de graduación de la inhabilitación previsto en la Ley va de dos a quince años, la fijación de cinco años (tres por encima del mínimo y diez por debajo del máximo) no se advierte caprichosa, desorbitada o injusta, sino proporcionada a la gravedad de las conductas realizadas cuando el Sr. Marco Antonio era administrador y que contribuyeron a calificar culpable el concurso por incumplimiento del convenio imputable al deudor concursado.

SEXTO. Recurso de casación de Bacalaos Alimar S.L.

1. Formulación de los motivos primero y segundo. El motivo primero denuncia la "infracción del art. 1274 CC, sobre causa de los contratos, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a la emisión de títulos cambiarios "de favor", que no tienen causa *solvendi* sino de liberalidad.

Y a continuación se explica la infracción denunciada del siguiente modo:

"(...) la sentencia de instancia (...) condena a mi mandante como cómplice del concurso de Granja la Luz S.L. al pago de la suma de 326.208,34 euros, en concepto de daños y perjuicios causados a la concursada, al no haberse atendido efectos cambiarios por dicho importe, emitidos por mi mandante a favor de la concursada. Al hacerlo así (...) entiende que era exigible a mi mandante el pago de tales efectos, incurriendo así en el error de Derecho denunciado, toda vez que se confunde en cuanto a la causa jurídica a la que responde la emisión, pues es un hecho reconocido en ambas sentencias como probado que no respondían a la efectiva entrega de mercancía, es decir, no se emitieron por causa *solvendi* sino por causa de liberalidad para permitir a la concursada obtener financiación. De donde resulta que Bacalaos Alimar, S.L. no estaba obligada a su pago



frente a Granja la Luz, S.L. y por tanto ni ha incumplido obligaciones frente a esta, ni le ha causado perjuicio que justifique la condena impuesta, debiendo por tanto ser revocada".

El *motivo segundo* se formula con carácter subsidiario al anterior y denuncia la infracción del art. 1306 CC, sobre las consecuencias de la ilicitud de la causa. El motivo se formula por si se entendiese que el pagaré no era "de favor", sino "papel de colusión", cuya emisión respondería a una causa ilícita. En ese caso, al ser la causa de la emisión ilícita, no podría compelerse a Bacalaos Alimar a cumplir la promesa de pago contenida en los pagarés, pues resultaría de aplicación el art. 1306 CC, que recoge la regla *nemo audiatur*, según la cual no es posible a las partes en un contrato de tal naturaleza exigir a la contraria el cumplimiento de lo pactado.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. La infracción de los preceptos que se denuncian infringidos, los arts. 1274 y 1306 CC, presupone que la sentencia hubiera declarado la nulidad de la emisión de esos pagarés por ilicitud de la causa, para justificar la condena de Bacalaos Alimar a pagar a la masa una suma que coincide con el importe de los pagarés librados (326.208,34 euros). Al margen de la consideración realizada por el tribunal de instancia para fundar la calificación de concurso culpable, entre otras conductas, en la operación por la que sociedades vinculadas a la concursada le emitían pagarés a su favor, sin entrega de mercancía, y su descuento por la concursada, la condena a indemnizar a la masa por el importe de los pagarés emitidos por la recurrida, que aparecían contabilizados como créditos de la concursada, se funda en el art. 172.2.3º LC, que es el que, en su caso, habría que denunciar como infringido si se estimara que por todo lo argumentado en el motivo no había perjuicio al no existir obligación de atender al pago por parte de quien emitió los pagarés. Como quiera que el motivo tercero, impugnando el mismo pronunciamiento relativo a la condena a indemnizar a la masa 326.208,34 euros, se funda en la infracción del art. 172.2.3º LC, procede desestimar los dos primeros motivos, y entrar a analizar la cuestión desde la perspectiva de este último precepto.

En cualquier caso, como no existe un pronunciamiento de nulidad por ilicitud de la causa, resulta improcedente la denuncia que se contiene en el motivo segundo a la infracción del art. 1306 CC.

3. Formulación del motivo tercero. El motivo denuncia la infracción de los arts. 172.2.3º y 172.3 LC, sobre responsabilidad por daños y perjuicios exigible a los declarados cómplices, en relación con el art. 1902 CC y la jurisprudencia que los interpreta. La sentencia recurrida, se afirma en el motivo, "prescinde de la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad de los cómplices e impone una condena prescindiendo del requisito de la relación causa-efecto propio de este tipo de responsabilidad por daños, tratándola como si fuera una responsabilidad objetiva". La sentencia recurrida "teniendo por probado que Bacalaos Alimar, S.L. no recibió mercancía alguna de Granja la Luz, S.A. (...), sin embargo la condena al pago de un saldo meramente contable, por el mero hecho de haber emitido los pagarés que constituyen su soporte documental".

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

4. Estimación del motivo tercero. El motivo denuncia la infracción de los arts. 172.2.3º y 172.3 LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, aplicable al caso en atención al momento en que se abrió la sección de calificación.

Ley 38/2011 mantuvo la redacción originaria del art. 172.2.3º LC y modificó la del art. 172.3 LC.

El art. 172.2.3º LC disponía lo siguiente:

"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".

Por su parte, el art. 172.3 LC pasó a tener el siguiente tenor literal:

"3. 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".

En realidad, este último precepto (art. 172.3 LC) no añade nada que no estuviera recogido en el art. 172.2.3º LC por el que cabía condenar a los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, ya tuvieran o no la condición de acreedores, sin perjuicio de que si además tenían esta condición el art. 172.2.3º LC les imponía la pérdida de sus derechos en el concurso. De ahí que nos centremos en la argumentación que da respuesta a este motivo y a otros en los que se cuestione la procedencia de la condena a un cómplice a indemnizar daños y perjuicios, en el art. 172.2.3º LC.

En la actualidad, el art. 455.2 TRLC desglosa el contenido de la sentencia de calificación del art. 172.2.3º LC, en tres ordinales distintos: 3º ("La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación



o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa"), 4º ("La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa") y 5º ("La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados"). Este último ordinal se corresponde con el último inciso del art. 172.2.3º LC, en virtud del cual se justificaba la condena de un cómplice a indemnizar daños y perjuicios.

5. Como hemos declarado en otras ocasiones, la responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso-, sino también a otras conductas que pueden ocasionar daños y perjuicios a la sociedad por dolo o culpa grave (sentencia 108/2015, de 11 de marzo, y 490/2016, de 14 de julio).

En la posterior sentencia 135/2019, de 6 de marzo, expusimos los requisitos legales exigibles para la apreciación de esta responsabilidad y la forma de acreditarlo:

"En la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No **puede** acordarse una condena "en globo" que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas".

En nuestro caso, la sentencia identifica perfectamente la conducta que, habiendo contribuido a la calificación de concurso culpable, habría ocasionado los daños y perjuicios a cuya indemnización se condena a Bacalaos Alimar: la emisión de pagarés a favor de Granja la Luz, sin que hubiera mediado entrega alguna de mercancía, propiciando que la concursada pudiera descontarlos y que contabilizara un crédito frente a Bacalaos Alimar (por un importe de 326.208,34 euros) que no cobró y luego canceló. Identifica la participación de Bacalaos Alimar en la realización de esta conducta como cómplice, al haber emitido los pagarés.

Lo que ahora resulta controvertido es la determinación del perjuicio ocasionado. La sentencia de primera instancia lo cifra en 326.208,34 euros, que es el importe del crédito contabilizado a favor la concursada y contra Bacalaos Alimar, que habría dejado de exigirse. La sentencia entiende que esta es la cuantía en que se benefició Bacalaos Alimar de esta operativa de descuento, y añade: "conclusión razonable en atención al destino de las cantidades desviadas y al evidente beneficio de esta mercantil en perjuicio de la concursada". La sentencia de apelación, para confirmar la procedencia de este pronunciamiento de responsabilidad, expresamente da por reproducida esa fundamentación.

Tiene razón la recurrente en que el perjuicio no **puede** ser la restitución de una cantidad no debida, en cuanto que el pagaré emitido a favor de la concursada era de favor y no respondía a la entrega de mercancía o prestación alguna. La propia sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, reconoce que esos pagarés eran emitidos por sociedades del grupo o vinculadas a la concursada, sin que hubiera mediado prestación alguna de la concursada que justificara dicha emisión, que se hacía para que la concursada pudiera descontarlos y obtener así una financiación, pero con el compromiso de no reclamar el importe de los "supuestos créditos", aunque se hubieran contabilizado.

6. Resulta de aplicación la explicación contenida en la sentencia 341/2011, de 6 de junio, sobre los pagarés de favor:

"35. El pagaré de favor o de complacencia caracterizado porque la causa externa de la declaración cambiaria está constituida por el designio del declarante de favorecer al tomador para aumentar su crédito y, en su caso, facilitar su descuento bancario, responde a un contrato por el que el librador se obliga frente al tomador tan solo aparentemente, sin perjuicio de que asuma una posición próxima a la del avalista cambiario para el caso de que el título circule cambiariamente.

"36. De forma paralela, el tomador favorecido se obliga alternativamente:

"1) A no **presentar** el pagaré al cobro en el caso de que llegado su vencimiento esté en posesión del mismo, previo rescate de ser preciso;

"2) A proveer al librador de fondos con los que atender su pago en el caso de que no siendo el tenedor no **haya** procedido al rescate.



"37. En definitiva, el pacto de favor es determinante de que el tomador asuma frente al librador la obligación de mantenerle indemne pese a la asunción de la obligación cambiaria frente a terceros acreedores cambiarios y, en el caso de ejercitar el mismo la acción cambiaria, de conformidad con los artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, el deudor cambiario favorecedor **puede** oponer al acreedor favorecido la excepción personal de "pacto de favor" o "pacto de no pedir".

Por regla general, los pagarés de favor no son ilícitos per sé, sin perjuicio de que su utilización abusiva en perjuicio de tercero pueda conllevar otras consecuencias jurídicas. En nuestro caso, los pagarés emitidos por Bacalaos Alimar formaban parte de una práctica más amplia en la que intervenían otras sociedades vinculadas a la concursada que también emitían pagarés de favor. El importe total de los pagarés de favor recibidos y descontados fue superior a 9.000.000 euros. En ese contexto, la contabilización de los "supuestos créditos" distorsionaba la imagen de solvencia de la concursada, y por eso el tribunal incluyó esta práctica entre las que permitían calificar culpable el concurso al amparo del ordinal 1º del art. 164.2 LC, por irregularidades en la llevanza de la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía.

En lo que ahora interesa, al margen del abuso que pudiera haberse hecho de esta práctica, los pagarés emitidos por Bacalaos Alimar eran pagarés "de favor", que no respondían al pago de un crédito de la Granja la Luz, aunque este lo hubiera contabilizado como tal. Por esta razón, el perjuicio susceptible de indemnización como consecuencia de haber intervenido en esa práctica no podía ser el importe del crédito contabilizado y no pagado (326.208,34 euros), que fue el apreciado por la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia.

La emisión de los pagarés de favor por parte de Bacalaos Alimar podía haber ocasionado algún perjuicio susceptible de indemnización, como el coste tributario y del descuento, así como las consecuencias de haber contribuido a generar una imagen falseada de la situación patrimonial de la concursada (por los créditos inexistentes) y el sobreendeudamiento. Pero la condena a indemnizar solicitada y concedida no responde a estos perjuicios, que además habría que cuantificar y justificar.

De acuerdo con lo argumentado, procede estimar el motivo y dejar sin efecto este pronunciamiento de condena en la sentencia de instancia.

SÉPTIMO. Recurso casación de Apolonio , Valentina y Vicenta

1. Formulación de los motivos primero y segundo. El *motivo primero* denuncia la infracción por inaplicación del art. 1 LSC, en cuanto que establece el principio de responsabilidad limitada de los socios en las sociedades de capital. La infracción denunciada consiste "en que la sentencia recurrida no ha aplicado dicho precepto, sino que imputa a Valentina y Vicenta , por el mero hecho de ser socia mayoritaria (la primera) y socia y administradora (la segunda), una responsabilidad que en todo caso correspondería a las sociedades de las que son socias".

Por lo que respecta a Valentina , "la sentencia recurrida confirma su condena a la indemnización de los daños y perjuicios que supuestamente habría causado Bacalaos Alimar, S.L. a la concursada, sobre la única base de ser aquella socia mayoritaria, titular de un 70% de su capital". Y en relación con Vicenta , resultarían de aplicación " *mutatis mutandis* las mismas consideraciones (...), en la medida en que en el Fundamento Jurídico Séptimo de la recurrida, se alude como fundamento de su responsabilidad al porcentaje de participación que titulaba en diversas entidades".

El *motivo segundo* denuncia la "infracción del art. 33 LSC, en relación con los arts. 35.2º y 38 CC (sobre reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades), y 233 LSC (sobre representación de la sociedad por sus administradores), por inaplicación de los mismos". "Aunque los preceptos invocados reconocen la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles debidamente constituidas e inscritas, y por tanto su capacidad para ser titulares de relaciones jurídicas, sin embargo la sentencia impugnada atribuye **directamente** a Vicenta las consecuencias jurídicas de hechos realizados por diversas sociedades (Alindustria Marina, Distribución Canal Tradicional, Gallega de Alimentación y Bacalaos Alimar), prescindiendo así indebidamente de la personalidad de éstas y de su carácter de centro de imputación de las consecuencias jurídicas de tales hechos, y desconociendo que la sociedad, en tanto que persona jurídica, interviene en el tráfico jurídico por medio de sus administradores como representantes orgánicos, que por tanto actúan alieno nomine, sin que por tanto las consecuencias jurídicas de los actos así realizados puedan repercutirse en la esfera jurídica de los administradores (como indebidamente hace la sentencia impugnada), sino en la de la sociedad".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. No cabe apreciar la infracción de los preceptos mencionados de la Ley de Sociedades de Capital, porque la condena a indemnizar daños y perjuicios impuesta



a Valentina y a Vicenta proviene de que han sido consideradas cómplices, al amparo del art. 166 LC, al estimar relevante su intervención en algunas de las conductas que han merecido la calificación de concurso culpable. Cuestión distinta es que en la argumentación por la que se justifica su consideración de cómplices, y para apreciar relevante su intervención, se **haya** tenido en consideración su condición de socias y, en el caso de Vicenta, de administradora de algunas de las sociedades que contribuyeron a realizar las operaciones de colusión. El título en virtud del cual se les hace responsables de unos determinados daños y perjuicios es su propia y personal participación como cómplices en unas conductas que, a juicio de la sentencia recurrida, han ocasionado los daños y perjuicios cuya indemnización se solicita.

En su caso, debería haberse impugnado el art. 172.2.3º LC que prevé la condena a los cómplices a indemnizar daños y perjuicios, que es el título en virtud del cual la sentencia realiza la condena.

3. Formulación del motivo tercero. El motivo denuncia la "infracción del art. 1274 CC, sobre causa de los contratos, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a la emisión de títulos cambiarios "de favor", que no tienen causa *solvendi* sino de liberalidad".

Y a continuación se explica la infracción denunciada del siguiente modo:

"(...) la sentencia de instancia (...) ha condenado a mis mandantes al resarcimiento de unos supuestos daños, derivados del libramiento recíproco de pagarés entre varias sociedades, que no respondían a operaciones comerciales reales, sin tener en cuenta que esos libramientos respondían a un mecanismo de financiación (...), tratándose de verdaderos pagarés de favor emitidos, no con *causa solvendi*, sino por causa de liberalidad, y cuyos pagos respondían a la necesidad de cumplir el pacto de favor, liberando al favorecedor. Por tanto, todos los pagos hechos por Granja la Luz, S.A. al respecto no tenían carácter dañoso para la concursada ni suponían una salida reprochable de activos concursales, sino que respondían a la previa recepción de efectos de favor que procedió a descontar, financiándose así con el numerario recibido por el descuento, que es el que en definitiva luego se devolvía al emisor del pagaré".

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

4. Desestimación del motivo tercero. El tratamiento de este motivo es equivalente al que hemos hecho respecto del motivo primero del recurso de casación de Bacalaos Alimar, al plantearse una cuestión similar. La infracción del precepto que se denuncia infringido, el art. 1274 CC, presupone que la sentencia hubiera declarado la nulidad de la emisión de esos pagarés por ilicitud de la causa, para justificar la condena de Bacalaos Alimar a pagar a la masa una suma que coincide con el importe de los pagarés librados. Al margen de la consideración realizada por el tribunal de instancia para fundar la calificación de concurso culpable, entre otras conductas, en la operación por la que sociedades vinculadas a la concursada le emitían pagarés a su favor, sin entrega de mercancía, y su descuento por la concursada, la condena a indemnizar a la masa se funda en el art. 172.2.3º LC, que es el que, en su caso, habría que denunciar como infringido si se estimara que por todo lo argumentado en el motivo no había perjuicio al no existir obligación de atender al pago por parte de quien emitió los pagarés.

5. Formulación del motivo cuarto. El motivo denuncia la infracción de los arts. 172.2.3º y 172.3 LC, sobre responsabilidad por daños y perjuicios exigible a los declarados cómplices, en relación con el art. 1902 CC y la jurisprudencia que los interpreta. En la sentencia recurrida, se afirma en el motivo, "no se ha atendido a la naturaleza aquiliana o resarcitoria de la responsabilidad por daños del cómplice que exige un acto u omisión que cause un perjuicio indemnizable. En cambio, la recurrida prescinde de la naturaleza resarcitoria y en concreto del requisito de la relación causa-efecto propio de este tipo de responsabilidad por daños, tratándola como si fuera una responsabilidad objetiva".

La sentencia recurrida "aun teniendo por probado que Bacalaos Alimar, S.L. no recibió mercancía alguna de Granja la Luz, S.A. (...), sin embargo condena tanto a la propia mercantil como, en lo que ahora interesa, a mis mandantes al pago de 326.208,34 euros, (saldo meramente contable) a modo de responsabilidad objetiva o por mera actividad, obviando como decimos el carácter resarcitorio que ha de revestir necesariamente la condena al cómplice".

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

6. Estimación del motivo cuarto. Resulta de aplicación la argumentación vertida en el apartado 5 del fundamento jurídico sexto, al dar respuesta al motivo cuarto del recurso de casación de Bacalaos Alimar S.L.

Del mismo modo que respecto de la responsabilidad de Bacalaos Alimar hemos declarado que el importe del crédito contabilizado correspondiente a pagarés "de favor" emitidos por esta sociedad a favor de la concursada no podía considerarse un perjuicio o daño susceptible de indemnización al amparo del art. 172.2.3º LC, tampoco **puede** atribuirse esta consideración de perjuicio respecto de la acción de responsabilidad solidaria frente a Valentina. Al margen de la intervención de uno u otro cómplice en la emisión de estos pagarés de



favor, como el crédito contabilizado no era debido, no **puede** considerarse un daño que no se reclamara a ni pagara Bacalaos Alimar, razón por la cual la ausencia de perjuicio impide su condena a indemnizarlo tanto a la sociedad como a Valentina .

La estimación del motivo supone dejar sin efecto la condena solidaria de Valentina a indemnizar a la masa en el importe del crédito contabilizado y no pagado de 326.208,34 euros.

OCTAVO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Apolonio , Valentina y Vicenta , procede imponer a los recurrentes las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC). Con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Estimado en parte el recurso casación de Apolonio , Valentina y Vicenta , no procede hacer expresa condena de las costas generados por su recurso (art. 398.2 LEC). Con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La estimación de este recurso de casación ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación de Apolonio , Valentina y Vicenta , por lo que no procede hacer expresa condena de las costas de este recurso de apelación (art. 398.2 LEC)

2. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Bacalaos Alimar, S.L., procede imponer a la recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC). Con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Estimado en parte el recurso casación de Bacalaos Alimar, S.L., no procede hacer expresa condena de las costas generados por este recurso (art. 398.2 LEC). Con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La estimación de este recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación formulado por Bacalaos Alimar, S.L., razón por la cual tampoco procede hacer expresa condena de las costas del recurso de apelación (art. 398.2 LEC).

3. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Marco Antonio no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC). Y como la estimación de este recurso ha impedido entrar a analizar los dos primeros motivos del recurso de casación de Marco Antonio , tampoco hacemos expresa condena de las costas de ese recurso (art. 398.2 LEC). Con devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como la estimación de este recurso ha supuesto estimación en parte del recurso de apelación de Marco Antonio , tampoco procede hacer expresa condena del recurso de apelación (art. 398.2 LEC).

4. La estimación en parte de los reseñados recursos de apelación no afecta al pronunciamiento de no imposición de las costas de primera instancia, en cuanto que las pretensiones de las partes afectadas han sido estimadas en parte (art. 394 LEC).

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal de Apolonio , Valentina y Vicenta contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a) de 1 de febrero de 2018.

2.º Estimar en parte el recurso de casación de Apolonio , Valentina y Vicenta contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a) de 1 de febrero de 2018, que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte el recurso de apelación de Apolonio , Valentina y Vicenta contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Oviedo de 19 de octubre de 2016, que modificamos en el sentido de dejar sin efecto la condena de Valentina a indemnizar a la masa del concurso la suma de 326.208,34 euros.

4.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal de Bacalaos Alimar, S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a) de 1 de febrero de 2018.



- 5.º** Estimar en parte el recurso de casación de Bacalaos Alimar, S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2018, que modificamos en el siguiente sentido.
- 6.º** Estimar en parte el recurso de apelación de Bacalaos Alimar, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Oviedo de 19 de octubre de 2016, que modificamos en el sentido de dejar sin efecto la condena Bacalaos Alimar, S.L. a indemnizar a la masa del concurso la suma de 326.208,34 euros.
- 7.º** Desestimar el recurso de casación de Marco Antonio contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2018.
- 8.º** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal de Marco Antonio contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2018, en el siguiente sentido.
- 9.º** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Marco Antonio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Oviedo de 19 de octubre de 2016, que modificamos en el sentido de dejar sin efecto la condena de Marco Antonio a indemnizar a la masa del concurso la suma de 130.000 euros.
- 10.º** Imponer a Apolonio , Valentina y Vicenta las costas generadas por su recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir. No hacer expresa condena en costas por su recurso de casación, ni por su recurso de apelación. Y acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.
- 11.º** Imponer a Bacalaos Alimar, S.L. las costas generadas por su recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir. No hacer expresa condena en costas por su recurso de casación, ni por su recurso de apelación. Y acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.
- 12.º** No hacer expresa condena en costas por los recursos extraordinario por infracción procesal, casación y apelación formulados por Marco Antonio . Con devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.
- 13.º** Confirmar la no imposición de costas en primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.