

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCION DÉCIMOQUINTA

Rollo núm. 608/2011-2.ª

Incidente concursal núm. 931/2010 (Pieza de calificación)

Dimanante de concurso núm. 887/08 (Concursada:)

Juzgado Mercantil núm. 2 Barcelona

2012 JUN 14

SENTENCIA núm. 154/2012

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN
D.ª MARTA RALLO AYEZCUREN
D. LUIS GARRIDO ESPA

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de abril de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Décimoquinta de esta Audiencia Provincial las presentes actuaciones de la Sección Sexta (calificación) del concurso de tramitada con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 2 de esta localidad, pendiente en esta instancia al haber apelado la propia concursada y los Sres.

la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 18 de mayo de 2010.

Han comparecido en esta alzada los apelantes

representados por la procuradora de los tribunales Sra. y defendidos por letrado, así como la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Que debía acordar y acordaba:*

1º) Calificar como CULPABLE el concurso de

2º) Determinar como personas afectadas por la calificación a

3º) Privar a
de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa.

4º) Inhabilitar a
para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años.

5º) Condenar a a
a pagar de forma solidaria a los acreedores concursales 2.756.508,90 euros.

6º) No haber especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales >>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación

Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 8 de febrero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de , consideró como personas afectadas por tal calificación a sus administradores, los Sres.

dispuso que los mismos resultaran inhabilitados para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de dos años y les condenó a pagar a los acreedores concursales la cantidad de 2.756.508,90 euros en concepto de responsabilidad concursal.

2. El recurso de la concursada y de sus administradores se limita a recurrir el pronunciamiento de condena relativo a la responsabilidad concursal de los administradores, que se ha fundado en el art. 172.3 LC, y se basa en los siguientes motivos:

Primero, y en cuanto al importe de 1.322.270,08 euros, que corresponde a facturas que la resolución recurrida ha imputado a salidas fraudulentas de la masa, se aduce que no se alcanzan a entender las razones por las que se ha considerado que esas facturas corresponden a salidas fraudulentas cuando lo cierto es que corresponden a servicios efectivamente prestados a la concursada.

Y segundo, y en cuanto a la cantidad de 1.434.238,58 euros, que se imputan al retraso en la solicitud del concurso, porque no está acreditado que el retraso de poco más de dos meses que se produjo haya agravado la insolvencia en ese importe.

SEGUNDO. No cuestionada la calificación del concurso como culpable, no por ello debe olvidarse, porque sirve de contexto a la controversia que plantea el recurso, que tal calificación se hizo por tres razones distintas: primera, al amparo del art. 164.2, 2.º LC, por las gravísimas irregularidades detectadas por la administración concursal en la contabilidad de la concursada al menos desde el cierre del ejercicio 2007, irregularidades que la resolución recurrida considera que impiden conocer la verdadera situación patrimonial de la empresa; segunda, al amparo de la causa establecida en el ordinal 5.º del propio art. 164.2 LC, esto es, por salidas fraudulentas del patrimonio de la concursada durante los dos años anteriores a la declaración del concurso; y tercera, al amparo del art. 165, 1.º LC, por el retraso en la solicitud del concurso.

TERCERO. 1. En cuanto al primer motivo del recurso, relativo a la responsabilidad por la salida de activos del patrimonio de la concursada, la resolución recurrida consideró culpable el concurso porque estimó acreditadas las afirmaciones de la administración concursal respecto a que había identificado un total de 55 facturas, por importe de 1.322.279,38 euros, que la concursada había pagado durante los meses anteriores a la solicitud de declaración del concurso por servicios de asesoramiento financiero e inmobiliario a sociedades vinculadas (

entre otras) y afirma que la concursada, en su escrito de oposición a la solicitud de calificación, no había cuestionado ni las salidas del patrimonio referidas ni tampoco la circunstancia de que esas sociedades estaban vinculadas a la concursada.

2. En el recurso se cuestiona que esas salidas, que no se discute que se produjeron, tengan el carácter fraudulento que le atribuye la administración concursal y la resolución recurrida, cuando la propia administración concursal admite que los

servicios se prestaron, no se ha probado en qué ha podido consistir el fraude y no es cierto que exista vinculación entre la concursada y las sociedades a las que se hicieron los pagos.

3. La administración concursal se opone a este motivo del recurso alegando que si solicitó la declaración de concurso culpable por este motivo fue porque: (i) el pago de estas facturas no se podía justificar en un entorno de fuertes pérdidas como fue aquel en el que se produjo; (ii) las facturas no correspondían a servicios efectivamente prestados; y (iii) las sociedades a las que se hicieron los pagos están relacionadas con la concursada, vinculación que ni siquiera ésta cuestionó en su escrito de oposición a la calificación.

4. La razón esencial que nos lleva a mantener el criterio que la resolución recurrida expresa consiste en que, frente a la apreciación probatoria del juzgado mercantil de que los administradores de la concursada no habían sabido dar razones que pudieran justificar unos pagos tan abultados, tampoco el recurso ofrece una explicación plausible para que esos pagos tan numerosos (55 facturas) y tan abultados (1.322.279,38 euros) se produjeran. El recurso no pasa de las consideraciones vagas y genéricas, del orden de afirmar que los servicios se han prestado, pero sin precisar en qué consistieron con detalle, más allá de lo que vagamente expresan las facturas, es decir, servicios de asesoramiento financiero e inmobiliario, y cuál fue la justificación para requerir que se prestaran por esas sociedades. Esa es razón suficiente para que este motivo del recurso no pueda prosperar, pues resulta irrazonable que realmente la concursada necesitara que le fueran prestados los servicios facturados y que efectivamente decidiera llevar a cabo un desembolso tan abultado en un entorno de crisis como el que ya se había desatado en el momento en el que esos pagos se produjeron.

El entorno de pérdidas en el que se encontraba la concursada cuando esos pagos se produjeron, que el informe de la administración concursal evidencia y que llevó a la concursada a asentar en sus libros operaciones simuladas que han terminado fundando asimismo la declaración de culpabilidad, constituye un dato añadido que contribuye a privar de credibilidad a las afirmaciones de los recurrentes.

Y lo mismo puede decirse respecto de las relaciones existentes entre la concursada y las sociedades destinatarias de esos pagos. Aunque el recurso cuestiona la existencia de una situación de grupo de empresas, no es preciso examinar con detalle si realmente se está ante una situación de grupo para resolver sobre la cuestión controvertida. Basta que exista cierta vinculación, la suficiente para poder explicar una operativa tan poco propia como la que se produjo entre la concursada y esas sociedades, y resulta determinante, tal y como la resolución recurrida expresa, que la existencia de esa vinculación no fuera siquiera cuestionada al oponerse a la calificación y se haya planteado en el recurso como una cuestión nueva.

CUARTO. 1. El segundo motivo del recurso expresa la disconformidad con la condena de 1.434.238,58 euros por el retraso en la solicitud del concurso. La resolución recurrida funda la condena, en este caso, en que la administración concursal ha cuantificado las pérdidas de explotación durante el período de tiempo que media entre el día 1 de septiembre de 2008 (fecha en la que ya debía haberse presentado el concurso) y el día 21 de noviembre (fecha en la que efectivamente se presentó la solicitud) en la cantidad de 5.032.823,22 euros, de manera que estima que el importe del agravamiento de insolvencia que puede imputarse a los administradores son los referidos 1.434.238,58 euros. No se toma en consideración, a efectos de fijar la cantidad que debían resarcir, la cantidad de 4.896.818,20 euros, importe de la financiación que durante ese período había logrado la concursada de diversas entidades bancarias utilizando la contabilidad falseada.

2. El recurso no cuestiona la demora en la solicitud del concurso que fija la resolución recurrida, esto es, de dos meses y veintidós días. Sin embargo discrepa que de ella se pueda derivar una indemnización tan abultada y alega que la mayor parte de los conceptos que se han tomado en consideración por la AC para llegar a esa cifra se refieren a desembolsos que se hubieran producido de todas formas, esto es, incluso en el caso de que el concurso se hubiera declarado tempestivamente, ya que se refieren a gastos de personal, *rentings* e intereses hipotecarios. Si de la liquidación presentada por la AC se deducen esos conceptos, se afirma en el recurso, resulta una suma de 524.452,32 euros. Por otra parte, también alegan que durante ese período de demora los administradores estuvieron negociando la venta de activos que hubieran seguido depreciándose y empeorando las cuentas de la sociedad.

3. La AC se opone a este motivo del recurso alegando que los recurrentes se fundan en una cuestión nueva, que no alegaron al oponerse a la calificación, donde se limitaron a cuestionar dos cosas: (i) que del resultado efectivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del período, calculado con base en el EBITDA (acrónimo que significa en inglés *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*, esto es beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), debía detrarse todo el resultado financiero y (ii) que no debían tomarse en consideración en el resultado los cargos correspondientes a servicios bancarios por comisiones de devolución ni de financiación –de estudio y apertura de préstamos-. También alegan que la pérdida total reconocida por la propia concursada para el ejercicio 2008 fue de 39.714.411,98 euros, de los cuales la mayor parte (37.824.805,28 euros) se produjeron en el período de retraso comprendido entre el 1 de septiembre y el 21 de noviembre de 2008, de forma que al calcular la cifra de 1.434.238,58 euros hizo un ejercicio de máxima prudencia al objeto de calcular el agravamiento de la insolvencia efectivamente generado.

4. Tiene razón la AC cuando alega que los recurrentes se están extralimitando respecto de las alegaciones introducidas al oponerse a la solicitud de calificación. El art. 456 LEC determina cuál es el ámbito del recurso de apelación al establecer que *(e)n virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia (...)*. Se trata de la consagración legislativa de la prohibición de innovar durante la segunda instancia. Antes de que la LEC lo estableciera, era reiterada la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "*pendente appellatione, nihil innovetur*" a que se alude en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de julio de 1997, entre otras muchas.

Los recurrentes tuvieron la oportunidad de haber alegado durante la primera instancia las cuestiones que introducen como nuevas en el recurso y no lo hicieron. Con ello impidieron que el debate durante la primera instancia se pudiera extender a ellas y que la administración concursal pudiera justificar con mayor detalle esta pretensión de responsabilidad. Por ello no podemos entrar en el examen de esta cuestión en el recurso.

No obstante, afectando lo alegado a un hecho constitutivo de la pretensión, en el fundamento siguiente haremos consideraciones adicionales sobre esa cuestión, si bien para ello es preciso que, previamente, nos detengamos a analizar la naturaleza de la responsabilidad concursal.

QUINTO. 1. Esta Sala había venido manteniendo que la responsabilidad del administrador del concursado persona jurídica que establecía el art. 172.3 LC, actual art. 172-bis, es una responsabilidad de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, esto es, una responsabilidad por daño y culpa, pues presupone la concurrencia de estos dos presupuestos. No obstante, la opinión de la Sala no era unánime, como lo evidencia el voto particular formulado a la Sentencia de 3 de noviembre de 2010 (Rollo 364/2009). Los ulteriores pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal Supremo en las STS de 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011, antes referidos, nos llevan a replantearnos la cuestión.

2. La doctrina jurisprudencial antes citada, a la que cabría añadir la que resulta de las previas SSTS núm. 56/11, de 23 de febrero de 2011, y la núm. 615/11, de 12 de septiembre, aún no ha resuelto todas las dudas que genera la interpretación de esos preceptos. Aunque su lectura pueda sugerir que se ha decantado por la tesis resarcitoria

o indemnizatoria que veníamos sosteniendo, no creemos que haya sido así, como exponemos a continuación. Que esta responsabilidad no tenga carácter sancionador, como también ha afirmado la propia Sala Primera respecto de la responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (actual art. 367 LSC), no significa que necesariamente tenga carácter indemnizatorio y sea una responsabilidad por daño y culpa; y que tenga una función de resarcimiento, como se afirma en esas resoluciones, tampoco implica que su naturaleza sea la propia de una acción de daños, como tampoco ocurre en la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, que también cumple, indirectamente, una función resarcitoria.

3. Que no se trata de una acción estricta de resarcimiento o de daños resulta del contexto en el que la norma en examen (el originario art. 172.3 LC) estaba enclavado: de forma separada aunque cercana a la verdadera responsabilidad por daños derivados de la calificación concursal, la establecida en el art. 172.2, 2.º LC. Ésa sí es una responsabilidad que debe ser declarada <<*atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos (la culpa) y la entidad del perjuicio (el daño)*>>, pero no así la del art. 172.3, que no tendría sentido alguno si su contenido se identificara con el art. 172.2, 2.º LC, pues quedaría convertida en una norma que nada añade a la anterior.

4. La doctrina jurisprudencial a la que antes nos hemos referido no le atribuye el carácter de una acción de daños porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el "*daño que indirectamente fue causado a los acreedores*". Por consiguiente, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso.

Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit.

5. También la reciente reforma que ha operado la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha trasladado la norma del originario art. 172.3 al actual art. 172-bis

creemos que ha contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, como se establece en la nueva regulación. La referencia a la expresión *déficit* ha reforzado la idea de que había que asimilar esta institución de nuestra Ley Concursal con otras similares acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia –ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -la S. 214 de la *Insolvency Act* de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial.

También estimamos que esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el párrafo 2.º del art. 172-bis apartado 1: <<...*el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura*>>.

Por consiguiente, lo que establece el legislador es que, para determinarla, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

6. La nueva redacción del precepto no creemos que haya comportado un cambio sustancial de su contenido anterior, razón por la que no existe inconveniente alguno para que pueda ser aplicado de forma retroactiva, al tratarse de una retroactividad de carácter meramente interpretativo, que la jurisprudencia admite.

7. La doctrina jurisprudencial de constante cita, particularmente la STS de 6 de octubre de 2011, ha incidido en la necesidad de que los hechos imputados para justificar la calificación del concurso culpable al amparo del ordinal 1.º del art. 165 LC sean relevantes desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, lo que lleva a calificar esa norma (de calificación culpable del concurso) como <<un tipo de daño>>. Eso no significa que también la norma de responsabilidad asociada a la misma se convierta en una norma de daños, al menos en sentido propio, como podría parecer, ya que, en su fundamento 4.º, precisa la STS de 6 de octubre de 2011, que el juez debe valorar, al realizar la condena del administrador con fundamento en el art. 172.3, los criterios normativos incluidos en la norma con fundamento en la cual la responsabilidad se ha declarado, a fin de fundamentar el reproche necesario. En suma, si para declarar culpable el concurso es preciso que la demora en la solicitud del concurso sea relevante desde la perspectiva de la generación o el agravamiento de la insolvencia, la importancia o entidad en la que se haya traducido tal generación o agravamiento deben ser factores determinantes al hacer la imputación de la responsabilidad por el déficit generado.

Eso es razonable pero no lleva consigo la conclusión de que el TS esté interpretando el art. 172.3 LC (lo que sería trasladable al actual 172-bis) como una norma que, puesta en relación con las conductas del art. 165 LC, deba ser interpretada como una norma de responsabilidad por daños. Eso sería tanto como afirmar que se trataría de una norma que establece dos sistemas de responsabilidad contradictorios entre sí o que respondan a principios distintos: (i) uno de responsabilidad por daño, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 165 LC, y (ii) el otro de responsabilidad por deudas, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 164.2 LC. Lo que creemos que el TS ha querido decir es que ambos son supuestos de responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados (como la del art. 262.5 TRLSA, por no instar la disolución existiendo causa legal para ello) sino plurales y abiertos y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso. Por esa razón el legislador no se limita a establecer la responsabilidad por todo el descubierto o déficit y deja que sea el juez quien en cada caso precise su importe.

8. Es cierto que con ello queda aún sin resolver una cuestión crucial, cual es el criterio de imputación conforme al cual se deba atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial. La Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 afirma que habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable. Ello no tiene por qué significar que debamos identificar la <<generación>> o <<agravamiento>> de la insolvencia con el daño causado al patrimonio del deudor (de forma que se produzca una indirecta afectación de todos sus acreedores), porque ello conduciría a un reduccionismo del alcance de la norma poco compatible con la finalidad que ha perseguido el legislador.

La finalidad que esta norma persigue no es estrictamente resarcitoria, para lo que ya existen otras normas en la propia LC (la del art. 172.2, 2.º) o en la legislación societaria (las diversas acciones de responsabilidad por daños, particularmente la acción social), sino de distribución o atribución de la responsabilidad derivada de la insolvencia. En suma, se trata de una norma sobre distribución o atribución de los riesgos; en el caso, de atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso.

Esa misma naturaleza es la que ostenta la norma de responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (actual art. 367 LSC). Desde que el administrador conoce o debió haber conocido que la sociedad se encuentra en causa legal de disolución y ha incumplido el deber de convocar la junta, le son imputadas las nuevas deudas que la sociedad adquiriera, sin necesidad de ningún requisito adicional. Es decir, un riesgo que

previamente pesaba sobre la sociedad deudora y sobre los acreedores se traslada por el legislador al administrador, que debe soportarlo.

9. Como tal norma de imputación de los riesgos, el art. 172.3 LC (actual 172-bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172-bis.1 que la sentencia *<<deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso>>*.

En suma, la alegación y prueba de hechos justificativos de la actuación que se haya seguido en cada caso podrá permitir limitar el alcance de la responsabilidad y el alcance de la condena, lo que es tanto como afirmar el uso ponderado y razonable de la norma sobre responsabilidad.

10. Aplicando esos principios al caso en examen hemos de considerar que no es correcto el enfoque de la cuestión que propone el recurso respecto de la forma de enjuiciar la responsabilidad de los administradores por los 1.434.238,58 euros discutidos, por más que esa forma de plantearla haya venido condicionada por la posición que esta Sala había venido manteniendo sobre la acción de responsabilidad del art. 172.3 LC. No se trata de enjuiciar en qué medida esa cantidad de descubierto es consecuencia directa de la decisión de los administradores de demorar la solicitud del concurso durante algo más de dos meses, como sería procedente si la concibiéramos como una acción de daños. De lo que se trata es de determinar en qué medida es imputable a los administradores el descubierto o déficit originado en el patrimonio de la concursada. Para ello no debe atenderse a cada uno de los hechos que fundan la declaración de culpabilidad, como si se tratara de "actos dañosos", como ha hecho la resolución recurrida, aplicando rigurosamente la tesis que hasta ahora habíamos venido manteniendo sobre esta acción de responsabilidad. El proceder debe ser distinto, pues se trata de enjuiciar en qué medida le es imputable a los administradores el descubierto, para lo cual deben ser tomados en consideración, de forma tanto conjunta como independiente, todos los hechos a los que se ha asociado la declaración como culpable del concurso.

El objeto del enjuiciamiento no consiste en analizar si existe nexo causal entre la conducta imputada a los administradores que ha determinado la calificación culpable del concurso y el concreto agravamiento de la insolvencia, sino en si ese agravamiento

le es imputable a los administradores y en qué medida. Es cierto que para hacer este juicio de imputación no son indiferentes los hechos que han determinado la calificación, si bien a estos efectos no se toman en consideración como hechos originadores de un concreto daño (en forma de agravamiento de la insolvencia) sino exclusivamente como un parámetro más que permita hacer correctamente el juicio de imputación del déficit o descubierto. Y será un parámetro todo lo relevante que en cada caso se estime adecuado, atendidas la totalidad de las conductas que han justificado la calificación culpable del concurso, pero no el único factor determinante que se pueda tomar en consideración, como ocurriría en el caso de hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva de una acción de daños.

En ese sentido, no puede perderse de vista a estos efectos que la razón esencial que la resolución recurrida tomó en consideración para declarar culpable el concurso fueron las gravísimas irregularidades contables cometidas por los administradores que impedían conocer cuál era la situación patrimonial de la sociedad en el momento de instar el concurso. Ésa hubiera sido razón suficiente para imputarles todo el déficit patrimonial originado en el concurso, lo que supone una cantidad muy superior, del orden de los sesenta millones de euros, a aquella por la que los recurrentes resultaron condenados. Ello no significa que vayamos a incrementar el importe de la condena que se les ha impuesto a los administradores (2.756.508,90 euros). No podemos, porque el deber de congruencia nos lo impide. Pero tampoco podemos dejar de tomar en consideración ese hecho para juzgar si la imputación de responsabilidad que realiza la resolución recurrida es adecuada.

Por otra parte, la propia resolución recurrida tomó en consideración que las pérdidas acumuladas únicamente durante el ejercicio 2008 fueron de 39.714.411,98 euros, de las cuales 5.032.823,22 euros corresponden al período de tiempo que media entre el 1 de septiembre de 2008, momento en el que ya debió haberse instado el concurso, y el 21 de noviembre siguiente, momento en el que efectivamente se instó.

11. No obstante, es cierto que para determinar el monto efectivo de la condena pueden tomarse en consideración otras circunstancias que resulten conocidas y que permitan concluir que al menos una parte de déficit no sea imputable, ni directa ni indirectamente, a los actos llevados a cabo por los administradores que han determinado la calificación culpable del concurso. Y en tal caso podrían encontrarse algunos conceptos, tales como los correspondientes a los intereses devengados por préstamos hipotecarios, que se habrían producido de todas formas con independencia de cuándo se hubiera instado el concurso o de cuáles sean las regularidades contables cometidas. El carácter privilegiado de ese crédito, y que el devengo no se interrumpa como consecuencia de la declaración del concurso, determinan que su importe se podría haber deducido a los efectos de determinar cuál es el concreto importe del déficit patrimonial del que responden los administradores.

No ocurriría lo mismo respecto de los gastos de personal. Aunque los mismos se hubieran producido igualmente tras la declaración del concurso, lo que no es tan claro que efectivamente hubiera ocurrido, han supuesto una carga sobre la masa que no se ha acreditado que haya implicado, como contrapartida, un beneficio relevante para la misma. Por consiguiente, no existe razón que pueda justificar su exclusión a la hora de realizar la imputación atributiva del descubierto.

En cualquier caso, no podemos considerar que, incluso en el caso de que se hubieran deducidos esos intereses, el importe del descubierto del que deberían responder los administradores concursales fuera inferior a aquel a que han resultado condenados, lo que también nos lleva a confirmar la resolución recurrida.

SEXTO. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, que se remite a estos efectos al art. 394 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, a pesar de haber sido desestimado el recurso, atendidas las dudas de derecho que el mismo plantea y que esta Sala ha cambiado su criterio en esta misma resolución sobre las cuestiones que el recurso plantea.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por contra la sentencia
del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 18 de mayo de 2010, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, firme que sea, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.