

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 108/2015

**Fecha Sentencia:** 11/03/2015

**CASACIÓN**

**Recurso N°:** 1020/2013

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando Parcialmente

**Votación y Fallo:** 12/02/2015

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Sebastián Sastre Papiol

**Procedencia:** AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA, SECCIÓN 1ª

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**Escrito por:** ACS

**Nota:**

**Calificación del concurso como culpable. Responsabilidad por déficit.  
Solo procede en caso de apertura de la fase de liquidación o bien en caso  
de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio.**

**CASACIÓN Num.: 1020/2013**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Sebastián Sastre Papiol**

**Votación y Fallo: 12/02/2015**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Civil***

***SENTENCIA N°: 108/2015***

**Excmos. Sres.:**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Sebastián Sastre Papiol**

---

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por el procurador D. Luis Pérez-Ávila Pinedo en nombre y representación de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Álava, dimanante del incidente Concursal 171 391/2011, Concurso Ordinario 141/2007, que a nombre del Deportivo Alavés S.A.D., se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria.

Es parte recurrida, la procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero en nombre y representación del Deportivo Alavés S.A.D., y, parte interviniente, el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, en la Sección 1<sup>a</sup> del concurso, dictó Auto de fecha 23 de julio de 2007, declarando en concurso voluntario al Deportivo Alavés S.A.D. y, designando administración concursal. Con fecha 4 de marzo de 2010 se publica en el BOE la aprobación del convenio y el anuncio de la apertura de la Sección Sexta de calificación de concurso de Deportivo Alavés, S.A.D.

2. Con fecha 22 de marzo de 2010, el procurador D. José Ignacio Beltrán Arreche en nombre y representación del acreedor Trackimage Limited, presentó escrito solicitando la calificación del concurso como culpable y que se declarara como personas afectadas a D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikram Singh Piterman y D. José Nereo Ruiz Gómez.

3. La Diputación Foral de Álava, mediante escrito de 22 de marzo de 2010 se adhiere a la posible calificación de culpable del concurso que propugna la administración concursal.

4. Los tres administradores concursales del Deportivo Alavés S.A.D., con fecha 29 de marzo de 2010, emitieron informe de calificación del concurso, suplicando:

*“1.- Se declare culpable el concurso de la sociedad Deportivo Alavés S.A.D.*

*2.- Se declaren personas afectadas por tal calificación a D. Dimitry Piterman, D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y D. José Nereo Ruiz Gómez.*

*3.- Se inhabilite a D. Dimitry Piterman, D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y D. José Nereo Ruiz Gómez para administrar bienes ajenos durante un periodo de quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.*

*4.- Se condene a D. Dimitry Piterman, D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y D. José Nereo Ruiz Gómez a abonar solidariamente la cantidad de 14.361.551,598 euros o subsidiariamente la de 6.890.191,67 euros en concepto de daños y perjuicios causados por los mismos al patrimonio de la concursada, por razón de su actuar negligente.*

*5.- La expresa imposición de las costas que se causen, si los afectados por tal calificación se opusieran a la misma”.*

**5.** El Ministerio Fiscal emitió dictamen con fecha 22 de abril de 2010, en el sentido de manifestar su conformidad con la calificación del concurso como culpable, debiendo afectar esta calificación a D. Dimitry Piterman, D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y a D. José Nereo Ruiz Gómez.

**6.** Con fecha 21 de mayo de 2010, la procuradora D<sup>a</sup> Ana Rosa Frade Fuentes en nombre y representación del Deportivo Alavés S.A.D., manifestó su conformidad con la petición de calificar el concurso como culpable.

**7.** Con fecha 25 de julio de 2010 el procurador D. Luis Pérez-Ávila Pinedo, en nombre y representación de Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, presentó escrito oponiéndose a la calificación del concurso como culpable postulada por la Administración Concursal y por el Ministerio Fiscal, solicitando se declare el concurso como fortuito y, subsidiariamente, de declararse, se desestime la solicitud de la Administración concursal de declarar como persona afectada por la

calificación a D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, *“por cuanto no participó directamente en la gestión del Deportivo Alavés, S.A.D.”*

8. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, en la Sección VI de calificación del concurso 141/2007, Incidente Concursal 171 391/2011, dictó Sentencia núm. 46/2012 de 16 de abril de 2012, con la siguiente parte dispositiva: *”1.- Calificar como culpable el concurso de Deportivo Alavés S.A.D.*

*2.- Determinar como personas afectadas por esta calificación a los administradores sociales de la anterior, es decir, D. Dimitry Piterman, D. José Nereo Ruiz Gómez y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y declarar la inexistencia de cómplices.*

*3.- Inhabilitar a D. Dimitry Piterman durante 15 años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; a D. José Nereo Ruiz Gómez durante 8 años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; a D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman durante 8 años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.*

*4.- Condenar solidariamente a D. Dimitry Piterman, D. José Nereo Ruiz Gómez y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman a indemnizar al Deportivo Alavés S.A.D en la cantidad de 6.890.191,67 euros de la que deberá deducirse el importe de las cantidades reintegradas en virtud de sentencias firmes.*

*5.- Condenar al pago de las costas procesales a D. Dimitry Piterman, D. José Nereo Ruiz Gómez y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman”.*

## **Tramitación en segunda instancia**

9. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y, por el procurador D. Alfonso Álvarez Pañeda en nombre y por la representación de D. José Nereo Ruiz Gómez. Los administradores concursales y, la representación procesal del Deportivo Alavés S.A.D, se opusieron a los recursos de apelación interpuestos de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó Sentencia núm. 602/2012 el 26 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva decía:

*"1.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales D. Luis Pérez-Ávila Pinedo en nombre y representación de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, frente a la sentencia de 16 de abril de 2012 dictada en los autos de incidente concursal del art. 171 LC nº 391/2011 por el Juzgado Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, en el procedimiento concurso ordinario nº 141/2007.*

*2.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales D. Alfonso Álvarez Pañeda, en nombre y representación de D. Jesús Nereo Ruiz Gómez, frente a la citada sentencia.*

*3.- Decretar la pérdida de los depósitos consignados para recurrir por los apelantes, que se ingresarán en la cuenta de recursos desestimados.*

*4.- Condenar a D. Dimitry Piterman, D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, y a D. Jesús Nereo Ruiz Gómez, al pago de las costas de sus respectivos recursos de apelación ."*

Con fecha 28 de enero de 2013 la Audiencia Provincial de Álava, dicto auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"1.- Acordamos no haber lugar a modificar la indicación del recurso que*

*procede contra la sentencia nº 602/12 de 26 de noviembre de 2012, dictada en el rollo de apelación 609/2012.*

*2.- Aclarar que el apartado 1 del fallo de la sentencia señalada debe decir: <<1.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales D. Luis Pérez-Ávila Pinedo en nombre y representación de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, frente a la sentencia de 16 de abril de 2012 dictada en los autos de incidente concursal del art. 171 LC nº 391/2011 por el Juzgado Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, en el procedimiento concurso ordinario nº 141/2007, cuyo apartado 4 se aclara en el modo siguiente: “4.- Condenar solidariamente a D. Dimitry Piterman, D. José Nereo Ruiz Gómez y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman a indemnizar a Deportivo Alavés S.A.D. en la cantidad de 6.890.191,67 euros de la que deberá deducirse el importe de las cantidades reintegradas en virtud de sentencias firmes, reduciéndose en un 50% si se declaró el cumplimiento del convenio>>.”*

### **Interposición y tramitación del recurso de casación.**

**10.** La representación de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en el siguiente motivo:

*“**ÚNICO.**- Al amparo del art. 477.1 LEC, se interpone el presente recurso por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente las normas que rigen la posibilidad de condenar a las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable a la cobertura del déficit. Consideramos vulneradas la siguientes normas aplicables: art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal)”*

**11.** Por Diligencia de ordenación de 29 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

**12.** Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla en nombre y representación de D. Dimitry Piterman y Dª Milanendra Vikramsingh Piterman. Y como recurridos, el Ministerio Fiscal y la procuradora Dª. Adela Cano Lantero en nombre y representación del Deportivo Alavés S.A.D.

**13.** Esta Sala dictó Auto de fecha 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Dimitry Piterman y Dª Milanendra Vikramsingh Piterman contra la Sentencia dictada, en fecha 26 de noviembre de 2012, aclarada por Auto de 28 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) en el rollo nº 609/2012, dimanante de los autos de incidente concursal nº 391/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz.*

*2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."*

**14.** El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de apoyar el motivo formalizado en el recurso interpuesto. La representación procesal del Deportivo Alavés, S.A.D, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.



**15.-** Por providencia de 8 de enero de 2015 se acordó para votación y fallo el día 12 de febrero de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**, Magistrado de Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. La entidad concursada Deportivo Alavés, S.A.D., obtuvo un convenio con sus acreedores, aprobado por sentencia de 19 de noviembre de 2009, con una quita del 50 por ciento del total pasivo ordinario y una espera de 5 años. De acuerdo con el art. 163.1.1º LC, en su redacción vigente al tiempo en que se circunscriben los hechos, la apertura de la sección sexta se acordó a consecuencia del carácter gravoso del contenido del convenio, al ser la quita superior a un tercio del importe de sus créditos y la espera superior a tres años.

2. La administración concursal formuló el informe que ordena el art. 169.1.1º LC, con exposición razonada sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuestas de resolución. Propuso la calificación del concurso como culpable, así como las personas afectadas por dicha calificación. El Ministerio Fiscal se adhirió al referido informe.

A los efectos del presente recurso interesa destacar del informe de los administradores concursales, los siguientes extremos:

1º. Como hechos determinantes en la calificación se señalan: a) irregularidades en la contabilidad del deudor, en sus aspectos formales y sustanciales, tales como la falta de depósito de las cuentas anuales, y los fondos propios negativos, hallándose la sociedad en causa de disolución prevista en el art. 260.1.4º LSA, sin que mediara convocatoria de Junta de accionistas, para la adopción de acuerdos para restablecer el equilibrio patrimonial; b) gastos suntuarios y desproporcionados aprobados por los administradores; c) no hacer constar en las cuentas anuales las retribuciones reales de los miembros del Consejo de administración, entre otras partidas; d) la documentación presentada con ocasión de la solicitud del concurso fue incompleta, incluso la presentada con posterioridad, sin presentar detalle del activo, ni datos del inmovilizado financiero, entre otras partidas.

2º. Con la propuesta de calificación los administradores concursales invocaron: a) el art. 164.2 LC, ordinales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º; y, b) el art. 165, ordinales 1º y 3º. Todos los preceptos invocados llevaron a proponer al Juzgado la calificación del concurso como culpable, determinaron las personas afectadas y propusieron los pronunciamientos condenatorios a que se refiere el art. 172.2.2º y 3º LC, que se han dejado reproducidos en los Antecedentes de hecho, apartado 4º, de la presente resolución.

3º. De entre las propuestas de condena, a los efectos del presente recurso, interesa destacar la referida al art. 172.2.3º, in fine, LC: “[...] así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3º LC)”.

Respecto a tal condena, los administradores concursales razonan:

*<< En cuanto a tales daños y perjuicios, esta Administración Concursal entiende que los mismos vienen dados por el **déficit patrimonial** generado por la conducta de los afectados por la calificación, desde que la*

*situación de insolvencia de la concursada fue evidente y debió serlo para los miembros de su Consejo de Administración anteriormente referidos (Balance de fecha 30 de junio de 2005), hasta la fecha de declaración de concurso (se toma como referencia tal fin el Balance a fecha 30 de junio de 2007), el cual queda cuantificado en 14.361.551,59 euros.*

*<< Y ello, al resultar palmaria la agravación de la insolvencia generada en tal periodo, derivada de la inadecuada gestión de los administradores sociales, en los términos que detallan los folios 5 a 14 de este escrito, a los cuales nos remitimos en su integridad; debiendo responder solidariamente todos los afectados por la calificación en su causación, por su necesaria participación en la misma, conforme a lo ya expuesto.*

*<<Subsidiariamente y de discutirse de contrario la cuantía, **en ningún caso podrá valorarse dicho perjuicio patrimonial en una cantidad inferior a la que resulta del déficit existente a la fecha de elaboración de los textos definitivos (6.890.161,67 euros), el cual trae necesariamente causa de tal nefasta gestión y del incumplimiento por parte de los afectados por la calificación, de los mínimos deberes de actuación diligente que a los mismos correspondía, en su condición de integrantes del órgano de administración de la sociedad a la fecha de generarse el mismo>>***" ( los énfasis no figuran en el informe).

**3.** Las personas afectadas se opusieron a la propuesta de calificación del concurso como culpable, a la imputación que se hace de las mismas por dicha calificación y, en lo que aquí interesa, subsidiariamente, caso de mantener la calificación como culpable, impugnan la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a que se refiere el art. 172.2.3º LC que la administración concursal identifica con el importe del déficit concursal. Alegan que la administración concursal pretende condenar a las personas afectadas a abonar una cantidad que, de conformidad con el convenio aprobado, no debe abonarse, pues se contempla una quita del 50 por ciento.

La improcedencia de la propuesta, advierten, deriva de aplicar el art. 172.3 LC que sólo procede en caso de liquidación o de reapertura de la sección de calificación como consecuencia del incumplimiento del convenio. Por el contrario, la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el art. 172.2.3º LC constituye un régimen de responsabilidad civil, de naturaleza rescisoria y culpabilística, que debe acreditar la relación causal entre la conducta y el daño, lo que no ha podido acreditar la administración concursal.

4. El Juzgado de lo mercantil, dictó sentencia por la que acordó calificar como culpable el concurso, determinó como personas afectadas a D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman y D. José Nereo Ruiz Gómez; inhabilitó por 15 años a D. Dimitry Piterman, y a 8 años a los dos restantes; y condenó solidariamente a los tres a indemnizar a Deportivo Alavés, S.A.D. en la cantidad de 6.890.191,67 euros, de la que deberá deducirse el importe de las cantidades reintegradas. Justificó la indemnización porque *“las conductas realizadas por la entonces administración social del Deportivo Alavés S.A.D. que motivan la calificación de culpable han determinado una agravación de la insolvencia que se traduce en un perjuicio económicamente evaluable en el **importe íntegro del déficit** consignado por la Administración concursal en los textos definitivos de fecha 23 de enero de 2009, en la cantidad de 6.890.191,67 euros”*(énfasis añadido).

5. Apelada la sentencia, los recursos fueron desestimados por la Audiencia Provincial en sentencia de 26 de noviembre de 2012, aclarada por auto de 28 de enero de 2013, en el sentido de que si el convenio se cumpliera debería tenerse en cuenta la quita del 50 % a efectos de reducir el importe de la condena por déficit.

En lo que aquí interesa, la Audiencia Provincial, después de ratificar que el concurso debe ser calificado como culpable, aborda la cuestión relativa a la condena al déficit concursal.

La Audiencia Provincial, tras indicar que el art. 172.2.3º LC contempla una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa, señala que, sin embargo, la acción ejercitada por la Administración Concursal ha sido, en realidad, la del art. 172.3 LC –antes de la reforma operada por la Ley 38/2011-, ya que la reclamación de la condena al déficit no es propia del art. 172.2.3º LC, sino del art. 172.3 LC, y era este el precepto esgrimido en el informe de la Administración Concursal. Considera la Audiencia Provincial que en virtud del principio *iura novit curia* puede condenarse a los integrantes del consejo de administración a la cobertura del déficit en aplicación del precepto que entiende apropiado, el art. 172.3 LC, y resultar, del conjunto de elementos objetivos y subjetivos, la procedencia de dicha condena.

## **RECURSO DE CASACIÓN**

### **SEGUNDO.- Formulación del motivo del recurso de casación.**

Se articula en los siguientes términos: “*Al amparo del art. 477.1 LEC, se interpone el presente recurso por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente las normas que rigen la posibilidad de condenar a las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable a la cobertura del déficit. Consideramos vulneradas la siguientes normas aplicables: art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal)*”

1. El recurso, que contiene un único motivo, denuncia la infracción del art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis, tras la reforma operada por la Ley 38/2011) y se alega la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS de 16 de julio y 21 de marzo de 2012, y de 17 de noviembre de 2011, entre otras) que establece que la responsabilidad del art. 172.3 LC procede, única y exclusivamente, en el caso de que la sección de calificación se hubiera formado como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada, y, en el presente caso, la sección de calificación no se formó por la apertura de la fase de liquidación al haberse llegado a una solución de convenio que se está cumpliendo.

2. Señalan los recurrentes que las cantidades a que se refiere la administración concursal (14.361.551,59.-€ y, subsidiariamente, 6.890.191,67.-€) se corresponden con el *“déficit patrimonial generado, según la Administración concursal, por la conducta del Sr. Piterman, desde que la situación de insolvencia era evidente o debió conocerse (30-06-2005) hasta la fecha de declaración del concurso (30-06-2007). Por su parte, el importe ... que se reclama con carácter subsidiario ... sería el déficit existente a la fecha de elaboración de los textos definitivos.*

*>> En ambos casos, pues, la Administración concursal está basándose o, mejor dicho, está utilizando el concepto y la cuantía del déficit patrimonial, es decir, la diferencia ente el activo y el pasivo de la sociedad, para establecer la cuantía de los daños y perjuicios causados por la actuación de mis representados.*

*>> O lo que es lo mismo, como claramente se deduce del informe de calificación, la Administración concursal obvió toda prueba o justificación sobre la cuantía concreta de los daños y perjuicios que, al patrimonio de la*

*sociedad concursada, se hubieran derivado directamente de los actos imputados a mis mandantes>>” (énfasis del recurrente).*

Concluye que, en el presente caso, la Administración concursal no realizó actividad alguna encaminada a acreditar que los actos concretos denunciados se encuentren en el origen del déficit patrimonial.

3. El escrito de oposición del Deportivo Alavés S.A.D. reconoce que la administración concursal en ningún momento interesó una petición basada en el art. 172.3 LC, por lo que coincide con los recurrentes en que no cabe determinar que los administradores hayan de cubrir un déficit por causa de liquidación, que es para lo que está prevista la responsabilidad concursal del actual art. 172 bis (antes, art. 172.3 LC). Sin embargo, dice, a pesar de que la sentencia ha recurrido a una norma que no le era aplicable, la parte recurrente ha podido identificar los hechos, su culpabilidad, identificar la cuantía y las bases de su cálculo, *“así como el necesario nexo de causalidad”*, por lo que, concluye, no se ha producido ningún tipo de indefensión.

### **TERCERO.- Estimación del motivo.**

El motivo que funda el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1. El supuesto previsto en el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC), solo es aplicable en caso de apertura de la fase de liquidación o bien en caso de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio. Así se encabeza el precepto: *“Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación ...”* Sobre la naturaleza jurídica y características de la responsabilidad por el déficit concursal ya se ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones

judiciales, la más reciente la STS del Pleno núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015. En cualquier caso, en lo que aquí interesa, es presupuesto ineludible de imputabilidad que la concursada se halle en la fase de liquidación.

Distinta a la responsabilidad por déficit concursal es la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC tanto por razón de su objeto como del presupuesto subjetivo. 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 aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores (art. 172.2.3º LC en su redacción por la Ley 38/2011).

*2. Dice el art. 172.2.3º LC, "la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos [...] 3º 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 hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados".*

**3.** En el presente caso, está claro que la administración concursal, después de haber puesto de manifiesto una serie de conductas, de las que hace derivar daños y perjuicios, invocando el art. 172.2.3º LC, propone la aplicación de la condena del déficit patrimonial, que es mas propio del art.



172.3 LC, lo que, según lo expuesto, no era posible, por haberse aprobado un convenio. La Audiencia Provincial invocando el principio *iura novit curia*, por error, corrige la normativa que debió ser aplicada por la administración concursal (art. 172.3 LC) por la que entiende justifica la condena por déficit concursal, sin tener en cuenta tampoco que faltaba el presupuesto normativo para su aplicación: la apertura de la fase de liquidación o la reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio.

Ninguno de los dos supuestos se da en el caso enjuiciado.

El motivo se estima.

#### **CUARTO.- Costas.**

No procede la imposición de las costas originadas en el recurso que ha sido estimado. Tampoco procede imponerlas en las dos instancias, en la medida en que, la estimación del recurso de casación, supone estimar en parte el recurso de apelación y desestimar, en parte, la propuesta de los administradores concursales que figuraba en su informe.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **F A L L A M O S**

**Estimar, en parte,** el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Dimitry Piterman y D<sup>a</sup> Milanendra Vikramsingh Piterman, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1<sup>a</sup>, de fecha 26 de noviembre de 2012, en el Rollo 609/2012, que casamos y dejamos sin efecto. En su lugar, estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, así como por D. Jesús Nereo Ruiz Gómez, y dejamos sin efecto la condena impuesta a las personas afectadas a indemnizar

solidariamente a Deportivo Alavés S.A.D. en la cantidad de 6.890.191,67.-€ (seis millones ochocientos noventa mil ciento noventa y un euros con sesenta y siete céntimos de euro), absolviéndoles de tal pronunciamiento, manteniendo los restantes. No se imponen las costas del recurso de casación ni las devengadas en las dos instancias a ninguno de los litigantes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastián Sastre Papiol**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.