

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 6 DE MADRID***Sentencia de 30 de septiembre de 2014**Rec. n.º 728/2012***SUMARIO:**

Concurso de acreedores. Calificación de culpable. Responsabilidad de administradores. AFINSA. Tres son los presupuestos de la declaración culpable del concurso: **1.-** presupuesto fáctico u objetivo, consistente en la conducta o actuación activa u omisiva del deudor común, representante legal y si es persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o hecho; **2.-** elemento causal, en cuanto aquellas conductas han de estar unidas causalmente a la causación o agravación del estado de insolvencia; y **3.-** la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o personas a quienes se atribuya aquella conducta. Ante la dificultad probatoria de tales presupuestos la ley establece presunciones iuris et de iure en el art. 164.2 de la LC, como es la irregularidad contable grave, pues en este caso los compromisos contractuales a futuro de la concursada para con sus clientes [-representados por el expreso, futuro y cierto mandato de venta a tercero y obligada adquisición para sí mismo en caso de no encontrar o buscar adquirente, de los sellos objeto del contrato, todo ello sobre precio estipulado inicialmente entre las partes-] debía tener reflejo contable en el pasivo de la concursada; circunstancia omitida en la contabilidad. A igual conclusión debe llegarse respecto de la invocada irregularidad desde la perspectiva del activo contable, en cuanto la valoración contable de los lotes filatélicos no se ajustaba a los precios de mercado; y entre ellos, el más bajo. la concursada contabilizada la filatelia adquirida con una importante sobrevaloración respecto a su valor de adquisición de mercado, y tal irregularidad contable debe calificarse de relevante y grave, hasta el punto de dar una imagen económico-financiera de la concursada plenamente distorsionada. Como segunda causa de culpabilidad en la calificación del concurso, sus administradores retrasaron la solicitud del concurso influyendo dicho retraso en la insolvencia generada y su agravación. Extiende la condena al pago del déficit concursal solo a los administradores sociales en los dos años anteriores al concurso por la incorrecta contabilización de las cantidades entregadas por los clientes, ya que se omitieron en las cuentas el compromiso futuro de restituirlas, y la sobrevaloración de los sellos, condenándolos a la cobertura del déficit concursal, de tal modo que respondan con sus bienes propios del pago de créditos concursales y contra la masa cuya satisfacción no se alcance dentro del concurso.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 2, 5.1, 8, 18.2, 71, 73.3, 145.3, 164, 165, 166, 172, 192 y 194.
Código de Comercio de 1885, arts. 42, 244, 886 y 887.
Código Civil, arts. 1.274, 1.277 y 1.291.3.
RDLeg. 1564/1989 (TRLISA), arts. 188, 260.1 y 262.
Ley 2/1995 (LSRL), art. 105.
RDLeg. 1/2010 (Sociedades de capital), arts. 18 y 225.
Ley 24/1988 (Mercado de Valores), art. 4.



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Don Francisco Javier Vaquer Martín.

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS

MADRID

PROCESO: Incidente nº 728/12

DIMANANTE: Concurso nº 208/06 (Afinza Bienes Tangibles, S.A.)

SECCIÓN 6º: SENTENCIA DE CALIFICACIÓN.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a TREINTA DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CATORCE.

Vistos por el SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN , Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta localidad y su partido judicial, los presentes autos de INCIDENTE CONCURSAL seguido en este Juzgado con el N° 728/12 ; actuando:

Como demandantes de calificación culpable:

- la ADMINISTRACION CONCURSAL , representada por el Letrado administrador D. Javier Díaz-Gálvez de la Cámara;
- el MINISTERIO FISCAL ;

Como coadyuvantes de la calificación culpable del concurso:

- 1.- DÑA. Ángela , representada por el Procurador Sr. Tejedor Díaz;
- 2.- DÑA. Azucena y OTROS , representadas por la Procuradora Sra. Sampere Meneses;
- la mercantil 3.- BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Rodríguez;
- 4.- DÑA. Carla , representada por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez;
- la entidad 5.-ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) , representada por el Procurador Sr. De Miguel López;-
- la 6.- ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS URKOA , representada por la Procuradora Sra. Uroz Moreno;

Como demandados y personas afectadas por la calificación:



www.civil-mercantil.com

- contra la concursada AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. , declarada en concurso en proceso nº 208/06 de éste Juzgado, representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 1.- D. Maximiliano y contra 2.- D. Bruno , representados por el Procurador Sr. Moreno Lozano y asistidos del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 3.- D. Ovidio , representados por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistido del Letrado D. Javier José Álvarez Tamés;
- contra 4.- D. Remigio , representado por el Procurador Sr. Lozano Moreno y asistido del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 5.- D. Rubén , representado por la Procuradora Sra. Mozos Serna y asistida del Letrado D. Esteban Mestre Delgado;
- contra 6.- D. Silvio , representado por el Procurador Sr. Lozano Moreno y asistido del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 7.- GMAI CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L., representada por la Procuradora Sra. Díez Espí y asistida del Letrado D. José María Abella Rubio;
- contra 8.- ESCALA GROUP INC, no comparecida en el presente incidente;
- contra 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A., no comparecida en el presente incidente;
- contra 10.- AUCTENTIA, S.L., no comparecida en el presente incidente;
- contra 11.- D. Jose Enrique y 12.- GESTYNESA, AUDITORES EXTERNOS, representadas por el Procurador Sr. Núñez Armendáriz y asistida del Letrado D. Alejandro Blázquez Lidoy;
- 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U., no comparecida en el presente incidente;
- 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, representada por la Procuradora Sra. De la Corte Macías y asistida del Letrado D. Santiago Cruz Cidoncha;

sobre oposición a la calificación culpable del concurso; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En la presente causa por Auto de 14.7.2006 se declaró el concurso necesario de la mercantil Afinsa Bienes Tangibles, S.A., habiéndose acordado por Auto de 4.11.2009 la apertura de la fase de liquidación, acordándose formar la Sección 6ª.

Segundo.

Formada dicha Sección y realizada la publicidad a que se refiere el Art. 168.1 L.Co., por escrito de 23.11.2009 del Procurador Sr. Tejedor Moyano en representación de.-1.- DÑA. Ángela , se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos.

Del mismo modo por escrito de 26.11.2009 de la Procuradora Sra. Sampere Meneses en representación de 2.- DÑA. Azucena y OTROS, se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos representadas por la Procuradora Sra. Sampere Meneses.

Asimismo por escrito de 25.11.2009 de la Procuradora Sra. Rodríguez Rodríguez en representación de la mercantil 3.- BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., , se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos.



www.civil-mercantil.com

Igualmente por escrito de 16.12.2009 de la Procuradora Sra. Bueno Ramírez en representación de 4.- DÑA. Carla , , se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos.

Por escrito de 29.12.2009 del Procurador Sr. De Miguel López en representación de 5.- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA [ADICAE] se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos.

Finalmente, por escrito de la Procuradora Sra. Uroz Moreno de 2.12.2009 en representación de la 6.- ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS URKOA, se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos.

Tercero.

Transcurrido el plazo de personación de interesados, al amparo del Art. 169.1 L.Co. por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL mediante escrito de 19.1.2010 se presentó informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, formulando propuesta de resolución calificando el concurso como culpable en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando como personas afectadas por la calificación a 1.- D. Maximiliano , a 2.- D. Bruno , a 3.- D. Ovidio y a 4.- D. Remigio , a los que debe extenderse la calificación culpable; solicitando para éstos la inhabilitación, la pérdida de derechos, indemnización de perjuicios y del déficit patrimonial en los términos que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.

Por el MINISTERIO FISCAL mediante dictamen de 8.7.2010 se realizó propuesta de calificación del concurso como culpable, formulando dictamen calificando el concurso como culpable en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando como personas afectadas por la calificación a 1.- D. Maximiliano , a 2.- D. Bruno , 3.- D. Ovidio , 4.- D. Remigio , 5.- D. Rubén , 6.- D. Silvio , 7.- GMAI CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L., 8.- ESCALA GROUP INC, 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A., 10.- AUCTIONIA, S.L., 11.- D. Jose Enrique , 12.- GESTYN SA AUDITORES EXTERNOS, 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U. y 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, a los que debe extenderse la calificación culpable; solicitando para éstos la inhabilitación, la pérdida de derechos, indemnización de perjuicios y del déficit patrimonial en los términos que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.

Cuarto.

Por Providencia de 30.7.2010 de conformidad con el Art. 170.2 de la L.Co. se emplazó a la concursada y a las personas afectadas por la calificación y cómplices, en su caso.

Por escrito de 20.9.2010 del Procurador Sr. Torres Álvarez en representación de la concursada AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Del mismo modo por escrito de 17.9.2012 del Procurador Sr. Sanz Arroyo en representación de 1.- D. Maximiliano y contra 2.- D. Bruno , se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Igualmente por escrito de 28.9.2012 del Procurador Sr. Lozano Moreno en representación de 4.- D. Remigio y 6.- D. Silvio , se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.



www.civil-mercantil.com

Asimismo por escrito de 10.10.2012 del Procurador Sr. Venturini Medina en representación de 3.- D. Ovidio , se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 9.10.2012 de la Procuradora Sra. Mozos Serna en representación de 5.- D. Rubén , se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Igualmente por escrito de 9.10.2012 del Procurador Sr. Núñez Armendáriz en nombre y representación de 11.- D. Jose Enrique y 12.- GESTYN SA, AUDITORES EXTERNOS, se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 16.11.2012 de la Procuradora Sra. De la Corte Macías en representación de 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 16.11.2012 de la Procuradora Sra. Díez Espí en representación de 7.- CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L., se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

No comparecieron en las actuaciones 8.- ESCALA GROUP INC, 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A., 10.- AUCTIONIA, S.L. y 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U., pese a estar emplazadas en debida forma.

Quinto.

Ordenada la continuación de las actuaciones por el cauce del incidente concursal, previa subsanación de defectos procesales, y no estimando éste Tribunal la necesidad de convocatoria de vista, por Providencia de 1.2.2013 se acordó quedarán los autos conclusos para resolver.

Sexto.

Recurrida dicha resolución en reposición por la representación procesal de 3.- D. Ovidio , por Auto de 4.7.2013 se desestimó el mismo, quedando los autos conclusos para resolver

El Procurador Sr. Sanz Arroyo formuló renuncia a la presentación procesal de 1.- D. Maximiliano y contra 2.- D. Bruno , siendo sustituido por el Procurador Sr Lozano Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal ; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal .



www.civil-mercantil.com

Segundo. Calificación del concurso.

A.- Con carácter previo a entrar en el examen de la valoración de las propuestas de calificación formuladas por la Administración concursal y Ministerio Fiscal -en su caso-, debe significarse que la finalidad de la sección 6ª es la de calificar el concurso como fortuito o culpable y en este último supuesto determinar las personas afectadas por la calificación y, en su caso, cómplices, estableciendo una serie de pronunciamientos sobre los efectos personales y patrimoniales que la declaración culpable del concurso conlleva.

Frente al Derecho histórico - Art. 886 y Art. 887 del Código de Comercio - donde se recogía una definición legal de la quiebra fraudulenta, la legislación concursal vigente no define el concurso fortuito, limitándose a afirmar en el Art. 163.2 L.Co. que "... el concurso se calificará como fortuito o como culpable ...", por lo que debe concluirse que deben incluirse dentro de su ámbito todos aquellos no calificables de culpables; concurso culpable que sí define la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

B.- Al concurso culpable se refiere el artículo 164.1 de la LC , que señala que "... el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho ...".

Ello implica que el legislador no atribuye a la previa y necesaria situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria de la Ley Concursal; resultando que tal régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta [desvalor de la acción] del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado [desvalor del resultado] consistente en el agravamiento o causación de tal estado de insolvencia.

C.- De ello resulta, como conclusión, que el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia que dio lugar al proceso y definida en el Art. 2 de la L.Co., sino en la conducta activa u omisiva del deudor, dolosa o culposa grave, respecto a la producción o agravación de aquella insolvencia, no la insolvencia misma. En tal sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 9.4.2012 [ROJ: SAP CC 345/2012] que "... señala la SAP. de Pontevedra - sección 1ª-, nº 49/12, de 6 de Febrero (recaída en el recurso nº 675/11) que, a su vez, invoca la SJM. nº 5 de Madrid de 2 de Febrero de 2010 y que recoge que "al concurso culpable se refiere el artículo 164.1 de la Ley Concursal , que señala que "...el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho". Ello implica que el legislador ha tenido en cuenta, como presupuesto básico para la calificación, la situación de insolvencia del deudor, para luego examinar si su conducta ha tenido incidencia en la causación o agravamiento de la insolvencia; de esta manera, sólo estaremos en presencia del concurso culpable si el deudor ha participado en la causación o agravación del estado de insolvencia. Sin embargo, se requiere un requisito adicional para que el concurso pueda ser calificado como culpable, requisito que afecta a la conducta, ya que es necesario que el deudor común haya actuado de forma dolosa o con culpa grave. Por lo tanto, si el deudor común, con su actuar doloso o culposo (culpa grave), ha causado o agravado la situación de insolvencia, el concurso debe ser calificado como culpable. De lo anterior podemos concluir señalando que el legislador ha optado por esclarecer un criterio de atribución de responsabilidad que recae, no en la situación de insolvencia, sino en la valoración de la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce o agrava. Estamos, por tanto, en presencia de un elemento subjetivo en la



www.civil-mercantil.com

actuación del deudor común, que implica la infracción de los deberes más elementales que pesan sobre él y que tienden a evitar la causación o agravamiento del estado de insolvencia ...".

Tercero. *Presupuestos de la calificación concursal culpable.*

El citado Art. 164.1 L.Co. exige que la indicada causación o agravación de la insolvencia lo sea por dolo o culpa grave del deudor; elementos subjetivo o intencional de la conducta activa u omisiva que debe concurrir para la declaración del concurso como culpable; debiendo entender por dolo la malicia, voluntariedad y mala fe en el resultado de causación o agravación de la insolvencia, siendo culpa grave aquel comportamiento no voluntaria en la infracción de la norma de conducta ni en el resultado producido, pero integrada por una vulneración de la diligencia exigible en cuanto impuesta por normas jurídicas que contienen normas de comportamiento básico en cuanto exigibles de cualquier persona, para distinguir tal comportamiento de la culpa leve o levísima.

Resulta de ello que, como conclusión inicial y de todo lo indicado, podemos señalar que son tres los presupuestos o elementos de la declaración culpable del concurso, cuales son: 1.- presupuesto fáctico u objetivo, consistente en la conducta o actuación activa u omisiva del deudor común, representante legal y si es persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o hecho; 2.- elemento causal, en cuanto aquellas conductas han de estar unidas causalmente a la causación o agravación del estado de insolvencia; y 3.- la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o personas a quienes se atribuya aquella conducta y a que se refiere el Art. 164.1 L.Co. y en el resultado producido.

Cuarto. *Alcance de las presunciones.*

A.- Ahora bien, consciente el legislador de la dificultad probatoria de tales presupuestos en el ámbito del concurso, especialmente el elemento o presupuesto subjetivo o intencional, establece la Ley distintas presunciones y de diversa naturaleza. Así, las presunciones del Art. 164.2 L.Co. son presunciones " iuris et de iure " en cuanto no admiten prueba en contrario, resultando que la mera acreditación del " hecho base " conllevará necesariamente la calificación del concurso como culpable como " hecho consecuencia ", como se deduce de la expresión "... en todo caso..." incluida en la Ley. Sin embargo, las presunciones del Art. 165 L.Co. son " iuris tantum ", admitiendo prueba en contrario, presumiendo la concurrencia del presupuesto o elemento subjetivo (dolo o culpa grave) en la causación o agravación de la insolvencia, sin que sea necesario acreditar la relación de causalidad.

B.- En interpretación de tales preceptos señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 7.5.2012 [ROJ: SAP M 13211/2012] que "... Conforme al artículo 164.1 de la Ley Concursal : «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho». Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia. A la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. La primera y más

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

compleja exige la cumplida prueba de todos y cada uno de los requisitos antes enumerados, siendo facilitada la prueba del elemento subjetivo a través de las presunciones iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal , que admiten prueba en contrario y sólo cubren el elemento del dolo o culpa grave. La dificultad de acreditar los requisitos antes reseñados y de alcanzar la declaración de concurso culpable a través de la transcrita cláusula general, incluso favorecida por las presunciones de dolo o culpa grave, se evidencia por la inclusión en la Ley de un catálogo de presunciones iuris et de iure, las del artículo 164 .2 de la Ley Concursal , que permiten o, con mayor precisión, imponen, de concurrir, que "en todo caso" el concurso se declare culpable. Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164 .2 , el concurso inexorablemente, en todo caso, debe calificarse como culpable y si se alcanza dicha calificación es porque en la generación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, y una vez así declarado ya es irrelevante que a dicha calificación se haya llegado por la vía de la prueba de los requisitos de la cláusula general o mediante la prueba de los hechos base de una presunción iuris et de iure. Por ello, no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal , ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y el resultado, la generación o agravación de la insolvencia, puesto que se trata de "supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación , por su intrínseca naturaleza", tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, con tal de que sean imputables al deudor, o a sus representantes legales, o los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la persona jurídica. Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso cuando concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la referida a la propia conducta tipificada en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable. Por el contrario, cuando concurre una presunción iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal , ésta solo permite tener por acreditado, salvo prueba en contrario, el elemento subjetivo -la concurrencia de dolo o culpa grave- por lo que resulta necesario para calificar como culpable el concurso que , además, se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (sentencias de este tribunal de 24 de septiembre de 2007 , 5 de febrero de 2008 , 17 de julio de 2008 , 10 de septiembre de 2010 , 3 de diciembre de 2010 y 16 de septiembre de 2011 , entre otras) ...".

Añade la citada Resolución, con cita de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de calificación, que "... Como establecen en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 y 16 de enero de 2012 , la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable y, conforme al segundo, previsto en el apartado 2 del artículo 164 , la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma, de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el



www.civil-mercantil.com

estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad ...".

Quinto. *Irregularidad contable relevante [art. Art. 164.2.1º L.Co.]*

A.- Planteamiento de las partes.

1.- La primera [-atendiendo al orden de examen de las presunciones expuesto y que debe comenzar por aquellas de las invocadas que no admiten prueba en contrario-] de las conductas alegadas [-tanto por la Administración concursal como por el Ministerio Fiscal como fundamento de la declaración culpable del concurso-] supone la invocación de irregularidad contable grave, sosteniendo que tanto en el activo como pasivo contable se realizaron por la concursada omisiones de partidas que distorsionaron la imagen fiel derivada de la contabilidad.

Sostienen las solicitantes de la culpabilidad concursal que en el lado del pasivo contable:

(i) En los contratos CIT:

a.-) Se registraban contablemente como dos operaciones diferentes, la inicial derivada del mandato de compra por los clientes y, pasado el tiempo, el reembolso por la concursada al hacer frente al mandato de venta de los mismos lotes filatélicos que adquiría para sí e incluía en su inventario.

b.-) En un primer momento temporal, si la filatelia provenía de las existencias de la concursada se contabilizaba sólo la venta de la filatelia y el cobro al cliente [-o en caso de tratarse de filatelia no inventariada, se contabilizaba la comisión percibida por la intermediación-].

c.-) Llegado el momento de la finalización del contrato, la concursada contabilizaba la ejecución del mandato de venta de dicha filatelia a su propio favor [-que integraba nuevamente sus existencias] por el importe inicial de venta más el de revalorización, minorando la tesorería contable en dicho importe.

d.-) Tanto en el supuesto de compra de filatelia por los clientes de la concursada de sus existencias filatélicas como en los supuestos de mera intermediación por la concursada en la compra, no se hacía constar en el pasivo contable el formal compromiso de reembolso derivado del mandato de venta asumido por la concursada, ni -por lo tanto- constaba contablemente su obligación futura de reembolso del precio más un diferencial pactado previamente y ejercitable a voluntad del comprador de la filatelia.

(ii) En los contratos PIC:

a.-) La compra y la muy posterior recompra se contabilizaban como dos operaciones separadas e independientes [-de modo idéntico al anterior-].

b.-) Por ello, tras la venta o la intermediación, tampoco se registraban en el pasivo del balance de la concursada la obligación asumida frente a terceros por el importe de la venta de los lotes filatélicos más su revalorización.

(iii) En los contratos MIP:

a.-) Se trataba de contratos de larga duración similar al anterior PIC, distinguiéndose de éste en que en aquel -MIP- el inversor- comprador adquiere los lotes de una sola vez, mientras



www.civil-mercantil.com

que en el otro -PIC- se adquirirían anualmente con posibilidad de fraccionar su pago a lo largo del año;

b.-) Que el objetivo de éste contrato -MIP- era la adquisición por el inversor a AFINSA de valores filatélicos, también como objeto de inversión, con la posibilidad de su posterior enajenación, a voluntad del inversor, a través de AFINSA.

(iv) En los contratos CIF:

a.-) Se articulaba formalmente como un contrato de compraventa de valores filatélicos, aunque en él no se hablaba de comprador, sino de inversor, que está interesado en adquirir a AFINSA valores filatélicos;

b.-) se adiciona a dicha compraventa un pacto de recompra por AFINSA, ejercitable a su voluntad por el comprador de los lotes.

Añaden las demandantes de culpabilidad que al vencimiento de los contratos AFINSA adquiriría de modo automático y general los lotes filatélicos que tenía mandato de vender por el precio más la revalorización fijada en el contrato, sin hacer comprobación del precio de mercado de tales lotes filatélicos y sin hacer contar en el pasivo los compromisos de recompra asumidos; no siendo bastante ni suficiente la expresión en la Memoria de las cuentas anuales del volumen de compromisos con terceros.

En el lado del activo contable, sostienen las demandantes:

(i) Que el valor en el balance de la filatelia contabilizada no cumplía con lo dispuesto en la normativa contable, en cuanto se fijaba la misma por el precio de recompra a los clientes, no reflejándose así el precio de adquisición o de mercado -y de entre ellos el más bajo.

(ii) Que no toda la filatelia propiedad de la concursada estaba reflejada en su balance.

(iii) Que todo ello determinaba que la imagen e información resultante de dicha documentación contable ni se ajustase a la imagen fiel, dejando a un lado la causa financiera de los contratos.

2.- A ello se oponen las demandadas comparecidas sosteniendo -en esencia-:

(i) Que la contabilidad de la concursada era llevada por un equipo contable de más de 20 personas de modo ordenado y diligente, habiendo recibido la concursada numerosas inspecciones tributarias sin tacha o disconformidad alguna.

(ii) Que los compromisos de intermediación en la reventa [-o la recompra por la propia AFINSA-] de los lotes al final de los contratos se encuentra bien contabilizadas, hasta el punto de haber obtenido inspecciones favorables de organismos contables y tributarios; negando la naturaleza financiera de los contratos y afirmando que el valor contabilizado de la filatelia se ajusta criterios contables y a precios de mercado.

B.- Examen de la pretensión.- Irregularidad grave en el pasivo.

1.- Afirmada por distintas jurisdicciones y órganos judiciales [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 31.1.2012 ; Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 7.7.2011; Sentencias de 13 de diciembre de 2010, de 9 de diciembre de 2010, de 27 de junio de 2011 y de 25 de enero de 2012, que la actividad esencial de la concursada se realizaba a través de la asunción de mandatos de compra y de venta con los clientes interesados en la compra-venta mercantil de filatelia [-estuviera o no determinada en los

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

contratos-], es ésta la perspectiva y naturaleza jurídica que debe primar en la fijación de la relevancia contable de aquellas operaciones.

2.- Es doctrina reiterada recogida -por todas- en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 2.11.2012 [ROJ: SAP M 17896/2012], que "... debemos recordar que la dinámica contractual de AFINSA se instrumentaba por medio de modelos denominados CIT (Contrato de Intermediación temporal), PIC (Plan de Ingresos complementarios), CONTRATOS CIF (Contrato de inversión filatélica, compraventa y depósito) y CONTRATOS MIP (Módulo de inversión planificada), cada uno de ellos con ciertas peculiaridades que hemos abordado con detalle en otras resoluciones de este tribunal ...", añadiendo que "... El tenor de los contratos apunta a la utilización combinada, para constituir una operación más compleja, de figuras tales como la comisión mercantil (artículos 244 y ss. del Código de Comercio), la compraventa de valores filatélicos (artículos 1445 del Código Civil y 325 del Código de Comercio) y el depósito (artículos 303 y ss. del Código de Comercio) por el cual AFINSA se obligaba, en determinados casos, a custodiar aquellos y conservarlos por el término que durase el contrato principal ..."; y afirma y concluye la citada Resolución, que "... La mecánica de las operaciones de AFINSA, con independencia del juicio que pueda merecer la gestión empresarial de que fue objeto esta entidad, tarea que no incumbe acometer en la sección concursal en la que recayó la resolución apelada, no responde a la figura contractual del préstamo con interés sino a otro tipo de operación mercantil compleja (mediante una operativa que incluía, conforme a diferentes modelos de contrato con sus peculiaridades respectivas, la venta de los sellos a sus clientes, el depósito de los mismos y el compromiso de su recompra por parte de AFINSA, que gestionaba -para lo que se otorgaba un mandato- para sí o para tercero tal adquisición, garantizando a aquéllos la obtención de un precio que merced a la aplicación de una revalorización superaría el precio de la compra inicial), que inicialmente era atípica (integrada por un serie de negocios jurídicos en los que subyacía una causa contractual - artículos 1274 y 1277 del C. Civil - verdadera y lícita, que no resulta empañada ni por la constitución, en la mayor parte de los casos, pero no en todos, de un depósito de los sellos simultáneo a la entrega, ni por la finalidad inherente al compromiso de recompra de poder obtener así una futura ganancia vía incremento patrimonial), que fue luego parcialmente contemplada en la ley (disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003) y resultó finalmente regulada, aunque lo fuera con vistas a futuro, como operación no financiera , por la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (BOE de 14 de diciembre de 2007) que contempla las relaciones jurídicas entre los consumidores y usuarios y las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera , comercializan bienes (entre ellos los sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales) con oferta de devolución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de ese importe ...".

3.- Partiendo de tales conclusión la cuestión a resolver en la presente sede calificatoria es la correcta y exigible contabilización de los mandatos de compra, de venta y de intermediación, como paso previo a examinar si la contabilización de las mismas por la concursada era la adecuada o no.

Aunque no con la claridad terminológica y conceptual recogida en el Plan General Contable vigente [-aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre-], que luego se referirá, señala la Exposición de Motivos del Plan General Contable de 1990 [- aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, aplicable y vigente en los dos años anteriores a la declaración concursal-] que "... El Plan incluye en el subgrupo 14 una nueva modalidad de provisiones destinadas a cubrir ciertos riesgos y gastos. Su definición, coincide con la



www.civil-mercantil.com

establecida en el artículo 188 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , estableciéndose que las provisiones para riesgos y gastos tendrán por objeto «cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas que estén claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del balance, sean probables o ciertos pero indeterminados en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que se producirán» ...". Añade dicha Exposición de Motivos que "... Con las nuevas provisiones se profundiza en el principio de prudencia, contribuyendo así a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Este Plan modifica, en algunos casos, las relaciones contables de las provisiones tal y como se contemplaban en el texto de 1.973. En los casos de provisiones que corrigen valores de inmovilizado o de activos del grupo cinco, se establece la aplicación directa de las mismas a los activos por las pérdidas realizadas y se regulan las dotaciones por diferencias. En las provisiones por operaciones de tráfico, el tratamiento es diferente al señalado en el párrafo anterior, ya que a final de ejercicio se deberá anular la provisión inicial, con abono a cuentas de ingreso, y se dotará la provisión por el importe estimado a esa fecha. No obstante en la provisión para insolvencias de tráfico se admite también un tratamiento individualizado, pero con resultados análogos al anterior ...".

Añade la Parte Primera del Plan, dentro de los " Principios Contables ", al regular el de prudencia, que "... Únicamente se contabilizarán los beneficios realizados a la fecha de cierre del ejercicio. Por el contrario, los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior, deberán contabilizarse tan pronto sean conocidas; a estos efectos se distinguirán las reversibles o potenciales de las realizadas o irreversibles. En consecuencia, al realizar dicho cierre se tendrán presentes todos los riesgos y pérdidas previsibles, cualquiera que sea su origen. Cuando tales riesgos y pérdidas fuesen conocidos entre la fecha de cierre del ejercicio y aquélla en que se establecen las cuentas anuales, sin perjuicio de su reflejo en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias, deberá facilitarse cumplida información de todos ellos en la memoria ...", así como que "... el principio de prudencia tendrá carácter preferencial sobre los demás principios... ".

4.- En el desarrollo del plan contable de 1990 [-junto a otras cuentas destinadas a provisiones y su dotación que no vienen al caso-] dentro del subgrupo 4 de cuentas, bajo el ordinal 49 se regulan la cuenta de provisiones por operaciones de tráfico, siendo la subcuenta 499 la destinada a dejar constancia de las provisiones por operaciones de tráfico y la subcuenta 695 la correlativa dotación de dichas provisiones, siendo la subcuenta 795 la destinada a articular la aplicación de tales provisiones.

En efecto, señala la subcuenta 499 que "... Provisión para otras operaciones de tráfico. Provisiones para cobertura de gastos por devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otros conceptos análogos. Figurará en el pasivo del balance. Su movimiento es el siguiente: a) Se abonará, al cierre del ejercicio, por el importe de la estimación realizada, con cargo a la cuenta 695. b) Se cargará, al cierre del ejercicio, por la dotación efectuada en el año anterior, con abono a la cuenta 795. ...".

En cuanto a la subcuenta 695 se dice que "... Dotación a la provisión para otras operaciones de tráfico. Dotación, realizada al cierre del ejercicio, para riesgos y gastos derivados de devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otras operaciones de tráfico. Se cargará por el importe de la depreciación estimada, con abono a la cuenta 499 ...".

Finalmente, dentro del subgrupo 14 del grupo I de las cuentas anuales, se regula la subcuenta 142 destinada a "... Provisión para responsabilidades. Importe estimado para hacer frente a responsabilidades probables o ciertas, procedentes de litigios en curso, indemnizaciones u obligaciones pendientes de cuantía indeterminada, como es el caso de



www.civil-mercantil.com

avales u otras garantías similares a cargo de la empresa. Su movimiento es el siguiente: a) Se abonará al nacimiento de la responsabilidad o de la obligación que determina la indemnización o pago, con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 62 ó 67. b) Se cargará: b1) A la sentencia firme del litigio o cuando se conozca el importe definitivo de la indemnización o el pago, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57. b2) Por el exceso de provisión, con abono a la cuenta 790...".

5.- Así expuesta la mecánica mercantil de la concursada en sus distintas modalidades contractuales, y enfrentando la misma a la transcrita normativa contable, debe llegarse a la conclusión de que los compromisos contractuales a futuro de la concursada para con sus clientes [-representados por el expreso, futuro y cierto mandato de venta a tercero y obligada adquisición para sí mismo en caso de no encontrar o buscar adquirente, todo ello sobre precio estipulado inicialmente entre las partes-] debía tener reflejo contable en el pasivo de la concursada; circunstancia omitida en la contabilidad analizada y unida a autos.

En efecto, debe recordarse aquí que en la actividad empresarial desarrollada por la concursada durante más de 25 años y de la contabilidad en que se plasma, no resulta contabilizado ingreso alguno por comisiones de venta a terceros de los lotes filatélicos antes vendidos a los clientes, resultando una global, sistemática, mecánica y automatizada recompra de los lotes por AFINSA [- que pasaban a integrar su inventario con la consiguiente minoración del importe de caja o tesorería-]; esta sí documentada en contabilidad.

Si a tal modo de proceder adicionamos que la formalización de tres contratos en unidad de acto [-mandato de compra del cliente a AFINSA, contrato de depósito de la filatelia, y mandato de venta a tercero o supletoria recompra por AFINSA-] resulta que los riesgos derivados de la venta de sellos a clientes permanecía en el patrimonio de la concursada, lo que ineludiblemente exigía su constancia contable.

6.- En efecto, de un modo mucho más claro y expresivo, el Plan General Contable de 2007, dentro de su Parte Primera "Marco Conceptual de la Contabilidad" [-que pese a su dicción es norma jurídica plenamente exigible e imperativa-] y apartado 5º relativo a los "criterios de registro o reconocimiento contable de los elementos de las cuentas anuales" señala que "... los pasivos deben reconocerse en el balance cuando sea probable que, a su vencimiento y para liquidar la obligación, deban entregarse o cederse recursos que incorporen beneficios o rendimientos económicos futuros, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un pasivo implica el reconocimiento simultáneo de un activo, la disminución de otro pasivo o el reconocimiento de un gasto y otros decrementos en el patrimonio neto ...".

Dentro de la Parte Segunda del Plan de 2007, destinado a las " Normas de Registro y Valoración " dispone la Norma 14ª, regla 2ª " Ingresos por ventas " que "... Sólo se contabilizarán los ingresos procedentes de la venta de bienes cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: a) la empresa ha transferido al comprador los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad de los bienes, con independencia de su transmisión jurídica. Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia, cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa, y ésta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista ...".

Resulta de tal redacción, que tanto bajo la vigencia del Plan General Contable de 1990 como el de 2007, era necesario, obligado y exigible que los compromisos económicos por la ejecución futura de mandatos de venta de los lotes filatélicos a terceros -y constante, automática y masivamente recomprados por AFINSA- tuvieran reflejo en el pasivo contable de las cuentas anuales, tanto en las operaciones ejecutadas al finalizar los contratos, como los compromisos asumidos a futuro en dicha anualidad contable; y además expreso y necesario



www.civil-mercantil.com

reflejo en la Memoria contable de aquellos compromisos a futuro que excedieran de la anualidad contabilizada.

Tal conclusión debe entenderse apoyada igualmente en la Consulta nº 7 del I.C.A.C. de 1991, al señalar que "... La adquisición temporal de activos o adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional, es una operación que se entiende que nace el día de su desembolso y vence el día en que se resuelve el citado pacto, por la recompra por el cedente de los mismos valores cedidos u otros de la misma clase ..."; y en el mismo sentido el Documento nº 13 [-relativo a contabilización y principios contables en materia de ingresos, de julio de 1992-], elaborado y publicado por A.E.C.A. señalaba que "... No debe contabilizarse el ingreso cuando el vendedor al efectuar la venta se comprometa a readquirir el producto en una fecha posterior. Tales transacciones suelen suponer acuerdos de financiación con garantía real de las mercancías vendidas, y deben contabilizarse, en consecuencia, de conformidad con su naturaleza financiera ...".

7.- En efecto, como ponen de manifiesto las citadas Resoluciones judiciales, la concatenación en unidad de distintos contratos de mandatos de compra y venta, unido a un opcional [-pero absolutamente generalizado-] depósito, determina un bloque negocial dirigido a ofertar en el mercado un servicio de intermediación en la compra-venta de filatelia, como cauce para que los clientes aprovechen la revaloración de dichos bienes en el libre mercado; de tal modo que la concesión de los clientes de un futuro compromiso [-a fecha cierta y por precio cierto-] de venta a un tercero o de su re-compra por la concursada, colocaba el riesgo del mayor o menor del bien en el mercado en el patrimonio de AFINSA, en cuanto con independencia del real valor de la filatelia en el mercado la recompraba automáticamente a todo cliente por el precio fijado en los contratos [-hasta el punto de adelantar tales pagos mediante entregas parciales a los clientes al facilitar pagarés con vencimientos periódicos a los mismos, expresivos de su inicial propósito de recomprar para si los lotes filatélicos-].

Resulta de ello que la contabilización del precio de la inicial venta por AFINSA al cliente infringe normas contables básicas, principios contables de obligada e imperativa exigencia y las reguladoras de la dotación de provisiones por riesgos de las operaciones, en cuanto previsibles a fecha cierta y por importe cierto. Nótese que con este modo de contabilización, el bien enajenado con pacto o promesa de recompra [-y si riesgo de mayor o menor valor a futuro-] sale del patrimonio de la vendedora, siendo anotado mero ingreso de caja o tesorería que revertirá definitivo si el mandato de recompra no se ejercita, o revertirá en una ganancia o pérdida si se ejercita, pero todo ello en el patrimonio de la vendedora.

Puede, por ello afirmarse, que AFINSA conocía y sabía de sus compromisos de compra adquiridos con terceros, de sus fechas de vencimiento y de sus importes, manteniendo constante vigencia de los contratos con clientes, el riesgo y ventura de la operación en su patrimonio; circunstancias contablemente relevantes que carecían de constancia en sus cuentas anuales, especialmente en balance y en memoria.

8.- Y tal irregularidad contable debe calificarse de relevante y grave. Es doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 24.10.2012 [ROJ: SAP A 2961/2012] que dentro del concepto de relevante irregularidad "... deben destacarse los siguientes elementos: a.-) material: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; b) cuantitativo: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; c) cualitativo : debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; d) subjetivo:



www.civil-mercantil.com

debe revelar la irregularidad cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado... ".

En el caso que nos ocupa, tanto por el número de asientos y partidas contables [cientos de miles] no registradas, personas afectadas, enorme importe de tales asientos y compromisos de recompra, resulta la relevancia de la irregularidad, hasta el punto de dar una imagen económico-financiera de la concursada plenamente distorsionada; sin que impida tal conclusión la simple referencia a los compromisos de recompra en la memoria, pues ello desdibuja gravemente el balance.

C.- Examen de la pretensión.- Irregularidad grave en el activo.

1.- A igual conclusión debe llegarse respecto de la invocada irregularidad desde la perspectiva del activo contable, en cuanto la valoración contable de los lotes filatélicos no se ajustaba a los precios de mercado; y entre ellos, el más bajo.

2.- Del examen del informe pericial Anfil-Yepes (soporte digital_Anexo A-7.26, parte 1 y 2) unido al informe de la Administración concursal, resulta como probado y relevante:

(i) en cuanto a los catálogos: a.-) que los mismos tienen una doble finalidad en el mercado filatélico tradicional, cual es la identificación de los sellos y la fijación de un precio de referencia, variando significativamente entre los sellos de una misma tirada, b.-) que el específico precio de mercado de un sello o elemento dentro de una misma serie o tirada lo determinan muchos factores, tales como la calidad de la impresión, su colorido, su centrado, sus perforaciones, su conservación, etc, por lo que no es posible que un catálogo recoja para cada pieza su valoración, limitándose a señalar una valoración de referencia a cada serie o tirada, salvo sellos significados, c.-) que pueden existir y, de hecho existen, confluencia de intereses en los redactores, asesores y colaboradores de los catálogos, en cuanto suelen dedicarse profesionalmente al mercado filatélico, d.-) que los propios catálogos de uso nacional (Edifil) e internacional (Yvert o Michel) advierten que sus precios son orientativas, eximiéndose de cualquier responsabilidad sobre una posible variación del precio real de compra o de venta en el mercado, e.-) que la propia Afinsa, Bienes Tangibles, S.A., a través de sus filiales dedicadas al comercio tradicional de sellos, realizaba ofertas a precio fijo o subastas referenciando las mismas al valor de mercado y al valor catalogado, para que el comprador pudiera valorar la diferencia, y 6.- que el catálogo " Brookman " y " Brookman Europa " - ampliamente utilizados por la concursada al valorar los sellos y adjudicarlos a los clientes- son poco conocidos y utilizados en el mercado nacional e internacional de filatelia, tanto para filatélicos o coleccionistas como -sobre todo- para un cliente sin conocimientos en filatelia.

(ii) en cuanto a la formación de las muestras para la pericia: a.-) que el ingente volumen de la filatelia de Afinsa, S.A. hacía imposible su examen físico directo individualizado por los peritos, el cual habría durado unos 10 años, b.-) que el muestreo estadístico ha permitido, con un coste humano, temporal y económico muy inferior, obtener una valoración de los sellos, con un grado de error -sobre el global del fondo filatélico- mínimo, al extrapolar las observaciones y valoraciones de las muestras -en cuanto representan la totalidad- al conjunto a valorar, c.-) que para la conformación de las muestras, que luego examinaron los peritos filatélicos de Anfil, el matemático D. Demetrio , utilizó una metodología estadística de universal aceptación para el fin perseguido -valorar la globalidad valiéndose de la valoración de una muestra representativa-denominada " dollar sampling ", que permite la selección aleatoria de muestras filatélicas con la cualidad de presentar una altísima probabilidad del valor del total fondo filatélico, mediante la adecuada estratificación de la totalidad de los sellos atendiendo a un elemento común de relevancia (época, país, calidad, catálogo utilizado para su valoración, series de emisión de los



www.civil-mercantil.com

sellos, etc) y la selección aleatoria y proporcional de diversas muestras dentro de cada estrato; d.-) que el valor así alcanzado presenta unos niveles de probabilidad entre el 95% y el 99%, es decir, presenta un margen máximo de error del 5%, dato determinado mediante método universalmente aceptado llamado " bootstrap "; y e.-) que tales muestras, estratos y agrupaciones filatélicas se han conformado de modo objetivo, siguiendo normas estadísticas de aplicación nacional e internacional a distintas actividades - p.ej.: la auditoria de cuentas a grandes empresas o grupos- con la exclusiva finalidad de hallar el valor de mercado de la globalidad del fondo filatélico a partir de dichas metodología científica.

(iii) en cuanto al fondo filatélico global de Afinsa, S.A.: a.-) que durante 25 años adquirió y acumuló al tiempo de la declaración concursal unos 150 millones de sellos, de distintas series, épocas y países, resultando una media de 6 millones de sellos anuales, b.-) que entre los sellos adquiridos -y que excepcionalmente vendía- existe una relevante parte de sellos sueltos (pertenecientes a series no completas en la mayoría de sus elementos), así como series nacionales, temáticas o históricas, incompletas en alguno de sus elementos, lo que disminuían sus valoraciones y hace difícil su venta en un tiempo razonable y por un valor razonable, c.-) que las colecciones completas adquiridas por Afinsa, S.A. fueron divididas y adjudicadas por piezas separadas a los distintos inversores y por su valor catalogado, lo que disminuía el valor de mercado de cada pieza respecto al conjunto, d.-) que la concursada había adquirido relevantes series de sellos no normales, por suponer pruebas, bocetos o propaganda, e.-) que del total fondo filatélico de Afinsa, S.A. el 85,90% estuvo o estaba asociada a los contratos CIT/CIF, de los que el 78,3% estaba adjudicado al algún contrato en el momento de la declaración concursal, f.-) que de igual total del fondo filatélico el 13,5% estuvo o estaba asociado a los contratos PIC/MIP, de los que el 11,9% estaba adjudicado a contratos al tiempo de la declaración concursal, g.-) que los sellos presentan muy diversa calidad entre sí, siendo de menor calidad los asociados a los contratos CIT y presentando mayor calidad los de los contratos PIC y MIP, y h.-) que era sabido y conocido en el mercado nacional e internacional de sellos la adquisición por Afinsa, S.A. de importantes -por su número- lotes de sellos de modo masivo e indiferenciado, abonando por ello un precio entre el 15% y el 50% de su valor de catálogo, que luego eran adjudicados a los contratos por su valor catalogado en " Brookman " y " Brookman Europa ".

3.- Resulta de tales conclusiones periciales que tanto desde su primera adquisición como en sucesivas recompras, la concursada contabilizada la filatelia adquirida con una importante sobrevaloración respecto a su valor de adquisición de mercado.

En efecto, señala la Norma de Valoración 13ª del Plan General Contable de 1990 [Parte 5ª del Plan] que las existencias se valorarán por su coste de adquisición, añadiendo la citada Norma que "... Cuando se trate de bienes cuyo precio de adquisición o coste de producción no sea identificable de modo individualizado, se adoptará con carácter general el método del precio medio o coste medio ponderado. Los métodos FIFO, LIFO u otro análogo son aceptables y pueden adoptarse, si la empresa los considera más convenientes para su gestión ...".

Tal como ha puesto de manifiesto la pericia de valoración de la filatelia, Afinsa Bienes Tangibles, S.A. adquiriría enormes lotes de sellos en el mercado nacional e internacional, valorando los sellos individualmente como si pertenecieran a una colección o serie completa en poder del comprador, y sin discriminar el estado real de cada una de las unidades puestas en el mercado de los compromisos de compra y de venta; a lo que debe unirse el uso de un único precio de carácter orientativo [-cuál es el que deriva de un único catálogo-] para fijar el valor de la transacción presente con el cliente, siendo la voluntad de las partes y no el mercado [-riesgo



www.civil-mercantil.com

patrimonial a más o menos que asumía exclusivamente la concursada-] el que fijaba el precio del compromiso de venta [-entiéndase de recompra por Afinsa-].

Resulta de ello que frente a una exigible ponderación de precio medio por cualquiera de los métodos contables habituales [FIFO, LIFO] la concursada procedió contablemente a atribuir un valor similar a las unidades de cada colección o serie, sin tener en cuenta que las transmitía por partes ínfimas [-lo que necesariamente disminuía el valor de cada unidad-], rechazando igualmente la valoración contable del estado real y calidad de cada unidad filatélica; y todo ello acudiendo a un único catálogo de carácter orientativo, con exclusión de una ponderación media actualizada en el tiempo de cada pieza, lote, serie y colección.

4.- Y tal irregularidad contable debe calificarse de relevante y grave, de conformidad con la doctrina antes expuesta [- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 24.10.2012 [ROJ: SAP A 2961/2012]-]; y ello porque, tanto por el número de asientos y partidas contables [decenas de millones] registradas con sobrevaloración respecto al contable exigido [-precio de mercado unitario o precio medio ponderado de mercado atendiendo a criterios objetivos y no uno meramente orientativo-] , personas afectadas, enorme importe de tales asientos y compromisos de recompra, resulta la relevancia de la irregularidad, hasta el punto de dar una imagen económico-financiera de la concursada plenamente distorsionada; sin que impida tal conclusión la simple referencia a los compromisos de recompra en la memoria, pues ello desdibuja gravemente el balance.

Sexto. Salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor [art. 164.2.5ª L.Co.].

A.- Planteamiento de las partes.

1.- Invocan, como segunda causa de culpabilidad, tanto el Ministerio Fiscal como la administración concursal, la salida fraudulenta de bienes de la concursada, sosteniendo que Afinsa Bienes Tangibles, S.A. donó a la "Fundación Albertino de Figueredo para la Filatelia" el importe conjunto de 940.260,00 euros entre julio de 2004 y julio de 2006, que posteriormente han debido ser reintegradas a la masa a través de la oportuna acción de reintegración [- Sentencia nº 752/08 de 18.7.2008 de este Juzgado, ratificada por Sentencia nº 316/12 de 26.10.2012 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en rollo nº 22/12].

De igual modo invocan la existencia de operación societaria de constitución por Afinsa de sociedad unipersonal [OIKIA REAL ESTATE, S.L.U.] a la que se cedieron importantes y numerosos bienes inmuebles de la concursada por el cauce de la aportación no dineraria, pasando ésta a ser arrendadora de tales inmuebles antes de su titularidad; todo ello objeto de reintegración en ICO nº 364/11 y sentencia ya firme de 26.9.2011.

2.- A ello se oponen las demandadas comparecidas sosteniendo que tales operaciones fueron públicas, con criterios y valoraciones inmobiliarias perfectamente asumidas por las entidades financieras, pudiendo enmarcarse las donaciones dentro de las habituales y ordinarias de la concursada a favor de entidades colaboradoras y divulgadoras de la cultura filatélica.

B.- Examen de la pretensión.

1.- Para resolver tal cuestión debe significarse que es doctrina recogida en Sentencia de igual Audiencia de Barcelona, Sección 15ª, de 16.6.2011 [Roj: SAP B 8909/2011] que "... Para que se cumpla este supuesto de hecho, no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal, al amparo del art. 71 LC , pues para ello sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa, sino que es necesario,



www.civil-mercantil.com

además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude. Este plus en relación con la acción rescisoria concursal, que expresamente excluye la concurrencia del fraude, supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso. No es necesario que este elemento subjetivo concurra en el adquirente, sin perjuicio de que, si lo hace, su conducta le pueda deparar los efectos previstos en el art. 73.3 LC y la posible consideración de cómplice (art. 166 LC) ..."; añadiendo la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17.3.2014 [ROJ: STS 1228/2014] que "... 2.-El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal . El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude. 3.- La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo , y núm. 406/2010, de 25 de junio , y las que en ellas se citan). 4.- Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan ...".

2.- Atendiendo a tal doctrina debe concluirse que la donación por Afinsa, a lo largo de dos años [14.7.2004 a 14.7.2006], de distintas cantidades de dinero a una Fundación Filatélica, no puede considerarse por sí sola como fundamentadora de un reproche culpabilístico por fraude acompañado de la conciencia de relevante y grave disminución del patrimonio de la concursada, en cuanto ni resulta acreditado dicho ánimo de perjudicar el crédito ni aparece acreditado un deterioro real y relevante en las reales posibilidades de que los acreedores vieran desatendidos sus créditos.

3.- A igual conclusión debe llegarse respecto a la constitución de sociedad participada y la aportación no dineraria realizada por Afinsa en el capital de Oikia Real Estate, S.L.U. señalarse como hechos relevantes, derivados de la documentación aportada con la demanda: 1.- Consta en incidente nº 364/11 y sentencia de 26.9.2011 [-ya firme-]: 1.-que con fecha 27.10.2005 se constituyó la mercantil OIKIA REAL ESTATE, S.L.U. [en adelante OIKIA], siendo su socio único fundador la mercantil AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. [en adelante AFINSA]; 2.- que con fecha 20.12.2005 la mercantil "OIKIA" procedió a realizar ampliación de capital por importe de 43.944.000,00 euros, suscrita íntegramente por su socio único la mercantil "AFINSA"; 3.- que en pago de dicha aportación "AFINSA" aportó bienes inmuebles de su titularidad o sujetos a arrendamiento financiero por dicho importe; 4.- que consecuencia de dicha aportación el inmovilizado material inmobiliario de la concursada se vió reducido en una cantidad muy relevante y significativa; 5.- que la mercantil "AFINSA" procedió a alquilar a "OIKIA" los inmuebles, antes de su propiedad, aportados a la sociedad; 6.- que en el contrato de cesión de bienes en aportación social mediante suscripción de la totalidad de la ampliación de capital, la concursada "AFINSA", asumió sin contraprestación alguna, como obligación propia las deudas y obligaciones de la mercantil "OIKIA"; 7.- que consecuencia de lo anterior se



www.civil-mercantil.com

disminuyó la garantía patrimonial de "AFINSA" para hacer frente a sus obligaciones y compromisos de pago, convirtiendo un patrimonio inmobiliario cierto en una participación social, pasando a ser arrendataria de tales inmuebles y generando unos gastos de explotación antes inexistentes.

Resulta de ello que si tal operación de ampliación de capital o aportación no dineraria perjudica el patrimonio de la concursada y supone un sacrificio patrimonial injustificado para los acreedores de Afinsa, no aparece acreditado que tal operación fuera acompañada de fraude y del buscado deterioro o daño en la calidad crediticia de los acreedores de Afinsa.

Séptimo. Retraso en la solicitud concursal [art. Art. 165.1º L.Co.].

A.- Planteamiento de las partes.

1.- Tanto el Ministerio Fiscal como la administración concursal invocan una segunda causa de culpabilidad basada en presunción "iuris tantum" del art. 165 L.Co., sosteniendo que de haberse procedido por la concursada a la correcta contabilización de sus compromisos de venta [-automática y constantemente ejecutados como recompra por Afinsa de los lotes filatélicos por el precio pactado-] y a la correcta contabilización del valor de mercado de la filatelia, resultará un patrimonio neto negativo al tiempo de la declaración concursal de 1.823.521.966,74 euros, lo que hacía exigible la solicitud concursal por la deudora.

Del examen del informe provisional y, concretamente, de las valoraciones sobre la solvencia y capacidad financiera de la concursada, concluyen los administradores que las ratios relativas a fondo de maniobra y ratio de solvencia son buenas y positivas, mejorando incluso en los años 2004 y 2005. Asimismo la ratio de garantía [activo sobre pasivo exigible] es positiva y mejora en el ejercicio 2005.

Pero, de modo acumulado a lo anterior, afirma la administración concursal que el cómputo del real valor de la filatelia [-lo que minoraría el activo de modo sustancial-] y la correcta contabilización de los compromisos de recompra [-lo que dispararía la deuda a corto, medio y largo plazo-].

2.- A ello se oponen las demandadas comparecidas sosteniendo que tal desbalance y patrimonio negativo era inexistente, así como que al tiempo de la intervención existía una situación saneada y el total cumplimiento de las obligaciones exigibles.

B.- Examen de la pretensión.

1.- Así expuesto lo pedido y la causa de pedir, debe señalarse que es doctrina recogida en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 1.4.2014 , que "... No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo



www.civil-mercantil.com

ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas ...".

Añade la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15.10.2013 [ROJ: STS 5186/2013] que "... No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL , y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados» ...".

2.- Añade la citada Resolución que "... tampoco es correcta la equiparación que hacen los recurrentes entre insolvencia y cesación de pagos. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la Ley Concursal . Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la Ley Concursal). Y, al contrario, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ..."; ahora bien, si ambos conceptos no son extrapolables, la situación de infracapitalización o patrimonio neto negativo sí supone un fuerte indicio de dicha insolvencia, señalando -entre otras- en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 20.12.2010 [SAP O 2563/2010] que "... la circunstancia de que las cuentas anuales revelen la existencia de unas pérdidas cualificadas que lleven a los fondos propios a presentar un resultado negativo, será una señal indicativa de que la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución (art. 260-1-4º L.S.A .), pero no necesariamente que se encuentre en situación de insolvencia, aún cuando dicho dato pueda constituir un indicio fundado de este estado ...".

Y para la valoración de dicho indicio debe estarse a la real situación económico-patrimonial del deudor, resultando irrelevante que la contabilidad exprese correctamente u oculte [-mediante distintos artificios contables como los antes expresados y declarados probados-] las pérdidas acumuladas.



www.civil-mercantil.com

3.- Atendiendo a tal doctrina debe concluirse que la concursada Afinsa Bienes Tangibles, S.A. se encontraba en situación de insolvencia al menos desde el cierre del ejercicio 2005. Y ello, tal como resulta del informe y del estado de su contabilidad:

(i) porque en el año 2004 y 2005 se produce un brutal incremento cuantitativo y cualitativo de la concursada en los ingresos por venta de sellos a particulares [-que suponen el 100% y el 97% de sus ingresos por operaciones comerciales, respectivamente-], de tal modo que frente a unas ventas en desbordante crecimiento resultan unos compromisos de recompra de filatelia con un exponencial incremento, éste aún mayor y más relevante que las propias ventas:

En miles de euros 2003 2004 Varia. 04/03 2005 Varia. 05/04 Ventas a clientes 275,363,17 451,292,37 63,89% 688,600,98 52,58% Compras a Clientes 77,694,62 195,447,62 151,56% 342,654,64 75,16% Flujo de Caja proc. De Cliente 197,668,54 255,844,75 29,43 346,246,34 35,33%

(ii) porque la tesorería e ingresos por venta de filatelia [-comprometido en firme y de facto la concursada a su restitución al cliente, junto a la segura revalorización; lo que obligada a su provisión en el pasivo-] a los clientes se utilizaba para la adquisición masiva de nueva filatelia, pasando de 41.456.200,00 euros en 2003 a la cantidad de 138.535.000 euros en el año 2005: Variaciones de la aplicación de fondos procedentes de los clientes En miles de euros 2003 2004 2005 Var.04/03 Var.05/04 Compras de Sellos externos 23,430,74 7,328,53 -4,984,04 -68,72% - 168,01% Compras de Sellos a Empr. Grupo 41,456,20 100,794,10 138,535,02 143,13% 37,44% Gastos Comerciales 34,526,41 43,188,63 60,529,37 25,09% 40,15% Gastos Externos 9,452,80 9,443,43 11,659,37 -0,10% 23,47% Gastos de Personal 21,714,50 22,565,54 25,040,74 3,92% 10,97% Inv.Fin.Empr.Del Grupo 722,52 10,361,36 46,536,30 -1334,05% 349,13% Otras Inv. Fin. 505,95 882,38 -186,04 -74,40% -121,08% Otras Operaciones 65,859,40 61,280,78 69,114,99 -6,95% 12,78% Total Fondos Aplicados 197,668,54 255,844,75 346,246,34 29,43% 35,33% destinando parte de los beneficios empresariales [-solo posibles por efecto de la ausencia de provisiones-] a constantes y anuales ampliaciones de capital mediante el incremento del valor nominal de las acciones [-cada acción llegó a tener un nominal de 22.500.-€] y con cargo a reservas de libre disposición.

(iii) porque tal volumen de adquisición anual de filatelia [-de modo abrumador, a empresas del grupo-] sólo se podía mantener haciendo uso de las cantidades comprometidas a los clientes en ejecución de los futuros mandatos de venta a tercero o de recompra por la concursada; volviendo a colocar en el mercado la filatelia así adquirida para generar nueva tesorería con la que hacer honor a las recompras de dicho ejercicio contable; hasta el punto en relación al periodo temporal 2003-2005, resulta que "... De los fondos obtenidos con origen en los contratos suscritos durante este periodo (1.413.998,33 €), un 44% se destinan a atender los compromisos de recompra asumidos en los contratos que vencen en el periodo. Esta aplicación de fondos va aumentando a lo largo del periodo considerado pasando del 31% en el ejercicio 2003 al 49% en el ejercicio 2005 ..." [pág. 72 informe].

(iv) porque por la propia mecánica de las operaciones comerciales, Afinsa carecía de patrimonio o inmovilizado [-salvo el inmobiliario y el financiero, de escasa relevancia en relación con sus compromisos de recompra-] para atender los pagos comprometidos, pues la titularidad de sus ingentes existencias se transmitía a los compradores filatélicos [-clientes-] de modo continuado; lo que hacía de aquella provisión contable de futuros pagos un elemento esencial para conocer la situación financiera de la concursada y medir su capacidad de inversión en la adquisición de nuevas existencias.



www.civil-mercantil.com

(v) porque la concursada, a la finalización de los contratos con los clientes, recompraba la filatelia por el importe de la venta más la revalorización, anotando en el inventario y activo contable dichos lotes con dicho precio, dando por bueno que el precio de mercado coincidía con el fijado libremente por las partes; con la consecuencia de un progresivo incremento del valor de las existencias entre un 6% y un 10% anual, de forma mecánica y progresiva, no habiéndose podido acceder a los cálculos actuariales que se citan en la Memoria [-cálculos que deben tenerse por inexistentes-].

Y (vi) porque si la concursada hubiera provisionado en el pasivo sus compromisos futuros frente a clientes, y explicitado las cuantías de tales compromisos en el largo plazo, destinando a la adquisición de nueva filatelia y nuevos contratos la tesorería restante, no habría podido hacer frente a sus compromisos de recompra a corto, medio y largo plazo; y ello al menos desde el cierre del ejercicio 2005 y, en menor medida, desde el ejercicio 2004.

4.- Tal conducta debe incardinarse en el art. 165.1 L.Co. Debe señalarse que es doctrina recogida por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 9.3.2012 [ROJ: SAP M 7054/2012] que "... El artículo 165 de la LC contempla presunciones "iuris tantum" a partir de comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, aunque necesitan, además, para justificar la calificación como culpable del concurso, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (sentencias de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007 , 5 de febrero y 17 de julio de 2008 , 30 de enero , 6 de marzo , 8 de mayo , 26 de junio y 2 de octubre de 2009 y 5 de febrero de 2010 y más recientemente sentencia de la Sala 1ª del TS de 17 de noviembre de 2011). La aplicación del nº 1 del artículo 165 de la LC (que contempla la presunción de actuación culpable si se incumple el deber de solicitar la declaración de concurso), en relación con el artículo 5.1 del mismo cuerpo legal (que establece la obligación del deudor de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia), puede estar justificada si ese comportamiento pudiese ser relacionado con la génesis de la insolvencia o, cuando menos, aunque el deudor no la hubiese generado por causa de ese comportamiento omisivo, su tardanza en acudir al concurso hubiera influido en el agravamiento de la misma. En tal caso la existencia de dolo o culpa en el comportamiento del deudor se presumiría y lo que habría que acreditar en la pieza de calificación sería exclusivamente que el retraso en la solicitud de concurso influyó en que la insolvencia se generase o, cuando menos, en que se agravase ..."; añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 31.5.2012 [ROJ: SAP LE 790/2012] que "... no se trata aquí de que el deudor lleve a cabo determinados actos u omita determinados comportamientos a los que se halla obligado, sino de que los lleve a cabo o los omita intencionadamente, correspondiéndole a él la prueba de esa falta de intencionalidad o la ignorancia o el desconocimiento; así pues, se presume el dolo o culpa grave si se incumple el deber de instar el concurso y tal deber se tiene si se conocía el estado de insolvencia o bien se presume si se ha dado alguna de las circunstancias del art. 2.4 de la Ley Concursal siendo todas ellas presunciones "iuris tantum". La trascendencia de tal obligación en el ámbito de la responsabilidad de administradores va a ser notable, contemplándose en el art. 5.2 los supuestos en que se presumirá tal conocimiento por el deudor ...".

De tal doctrina resulta que era obligación del Consejo de administración de la concursada solicitar el concurso, habiendo desatendido -al menos de modo culpable grave-dicha exigencia legal, determinante de una agravación de la insolvencia.



www.civil-mercantil.com

Octavo. *Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Órgano de administración social.*

A.- Declarada la calificación culpable del concurso, procede, de conformidad con el Art. 172 de la L.Co. establecer el alcance subjetivo de tal declaración y las personas afectadas por la misma.

Tanto por la Administración concursal como por el Ministerio Fiscal se interesa, al amparo del nº 1 del apartado 2º del Art. 172 de la L.Co. [en la redacción anterior a la Ley 38/2011, en cuanto vigente al tiempo de formular la calificación-] la extensión de los efectos de la declaración culpable del concurso, determinando como personas afectadas por la calificación, respecto:

(i) a D. Maximiliano (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal);

(ii) a D. Bruno (administrador de hecho de la concursada);

(iii) a D. Remigio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal);

y (iv) a D. Ovidio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal).

B.- Pues bien, atendiendo a los hechos justificativos de la calificación culpable procede extender los efectos de la calificación a las personas de sus administradores (i) D. Maximiliano (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), (iii) D. Remigio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), y (iv) D. Ovidio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), al deber concluirse que los actos o hechos contenidos en las presunciones estimadas [art. 164.2.1ª L.Co. y art. 165.1 L.Co.] eran y son responsabilidad del órgano colegiado de administrador social.

En efecto, del examen los hechos y conductas activas u omisivas recogidas en los arts. 164 y 165 L.Co. resulta que mientras algunas de ellas hacen referencia a elementos o actividades propias de la esfera jurídica del administrador social [-cuentas anuales, contabilidad, solicitud de concurso y documentos que la acompañan, deber de colaboración con el administrador concursal, entre otras-], otras conductas no presentan una específica atribución competencial al administrador de derecho o de hecho pudiendo ser realizadas por los apoderados generales a que se refiere el art. 164.1 L.Co. [-actos de simulación, salida fraudulenta, alzamiento o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, entre otras-].

Siendo ello así no cabe duda que los graves, prolongados y constantes actos contables generadores de graves irregularidades afectantes a la imagen fiel de la concursada, deben imputarse a los tres miembros del órgano de administración en cuanto ellos participaron de modo directo y voluntario en la elaboración de las mismas, acordando someter esas específicas cuentas a la junta de socios para su aprobación; y todo ello a sabiendas de que no expresaban la imagen fiel económico-financiera de la concursada, o al menos, con la grave omisión de la diligencia exigible para hacer coincidir tal contabilidad con la real situación patrimonial y financiera de la concursada [-recuérdese que la falta de expresión contable de los compromisos de recompra a corto y largo plazo permitió tanto generar beneficios ficticios, como destinar las cantidades abonadas por adquirentes de filatelia a ampliaciones de capital con



www.civil-mercantil.com

cargo a reservas, a la adquisición de mayores volúmenes de filatelia y su venta en el mercado, y a realizar inversiones inmobiliarias y financieras en otras sociedades del grupo, en menor medida-], permitiendo ocultar una situación de desbalance determinante de causa de disolución por pérdidas al menos desde el 31.12.2005; lo que otorga a dicha irregularidad una gravedad relevante, imputable a todos los partícipes por igual grado. Y en igual grado de imputación subjetiva debe estarse respecto al retraso en el deber de solicitar la declaración concursal.

Noveno. Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Administrador de hecho.

A.- Tanto por la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitan la extensión de los efectos de la calificación culpable respecto a (ii) D. Bruno , sosteniendo que el mismo actuó como administrador de hecho de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal (administrador de hecho de la concursada).

Fundan dicha afirmación en que D. Bruno presidió el consejo de administración de la concursada hasta el año 2004 y es propietario del 50% de las acciones de la concursada; habiendo ostentado en años anteriores (entre 1981 y 1998), en diferentes momentos, los cargos de administrador mancomunado de la concursada, administrador solidario y consejero presidente. De igual modo se afirma que D. Bruno asumió cargos de administración social en distintas sociedades del grupo y participadas al 100% por la concursada, tales como Auctentia, S.L.U., Domfil Catálogos Temáticos Internacionales, S.L.U., Mundimer, S.L.U., Galería Almirante, S.L.U. y Finarte Casa D'arte España, S.A.

B.- En la siempre compleja delimitación del concepto de administrador de hecho en el ámbito de los grupos de sociedades señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 8.4.2013 [ROJ: SAP M 6910/2013] que "... El Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2008 señala que la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal... (sic). Lo que caracteriza al administrador de hecho es que ejerza un poder de dirección y gestión similar al que corresponde a los administradores de derecho y, además, que tal poder se ejerza de manera independiente y, en general, de forma constante, sin subordinación al administrador de derecho, en caso de que esté designado ..., añadiendo la citada Resolución que "... Especialmente delicada es la cuestión en el seno del grupo de sociedades sin que exista base alguna para atribuir a la entidad dominante o sus administradores, por el mero hecho de serlo, la condición de administrador de hecho de la dominada, sin que tampoco se haya hecho esfuerzo alguno para justificar por qué se atribuye dicha condición a la sociedad dominante y no directamente a los administradores de ésta ...", afirmando que "... Que el socio mayoritario o el minoritario de control proponga y con su voto se nombre en la junta general a la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad dominada no atribuye a la dominante la condición de administrador de hecho de la dominada..." y sostener que "...tampoco puede asentarse la calificación de administrador de hecho de la sociedad dominante en el mero control que ésta ostente o puede ostentar, directa o indirectamente, sobre la dominada pues éste es, precisamente, el concepto sobre el que gira actualmente el propio concepto de grupo (artículo 42 del Código de Comercio , artículo 18 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 4 de la Ley del Mercado de Valores). De igual forma, tampoco puede confundirse la dirección unitaria en el seno de un grupo de sociedades con la gestión directa de la dominada por la dominante de modo que por ejercer la dominante la dirección unitaria del grupo pueda atribuirse a ésta la condición de administrador de hecho de aquélla, siendo exigible, al menos, que la dominante ejerza directamente la gestión de la dominada impartiendo orgánicamente instrucciones imperativas a los



www.civil-mercantil.com

administradores de la dominada o, en su caso, que en el curso de la gestión de la dominante decida sobre los asuntos de la dominada, imponiendo tales decisiones a los administradores de la dominada ...".

C.- Resulta de tal doctrina que la imputación de la cualidad de administrador de hecho a D. Bruno se pretende justificar únicamente en las condiciones objetivas y abstractas que caracterizan a las sociedades de capital en relación con sus socios y por haber ocupado cargos en el órgano de administración social de la concursada, pero sin referencias en el escrito de calificación a decisiones y actuaciones concretas que pudieran justificar la adopción de decisiones de administrador y el desempeño de labores de dirección, planificación y gestión similar al que ejercería su administrador de derecho.

Décimo. Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Cómplices.

A.- Por el Ministerio Fiscal, por el cauce del art. 166 L.Co. se solicita la extensión de la calificación culpable del concurso a distintas personas físicas y jurídicas -10 en total- en quienes no concurren ninguna de las cualidades del art. 164.1 L.Co; y cuyos actos en los dos años anteriores a la declaración concursal fueron necesarios o cooperadores en la comisión de los hechos justificativos de la calificación culpable.

Se afirma por el Ministerio Fiscal que D. 5.- D. Rubén presenta una vinculación con el entramado social de Afinsa y era secretario del consejo de administración de la concursada I tiempo de la declaración concursal, habiendo vinculado su suerte y su actividad a la de D. Bruno en toda aquella sociedad en la que éste tuviera una participación social, tanto en la concursada como en sociedades vinculadas. Sostiene el Ministerio Fiscal que dicha persona fue apoderado de la concursada entre 2001 y 2002, dirigió distintas comisiones y su relación con la concursada era calificada de alta dirección con importantes emolumentos.

En relación con 6.- D. Silvio se afirma que igualmente participó en la vida societaria del entramado de empresas de Afinsa, ocupando en los mismos cargos directivos diversos.

En cuanto a 11.- D. Jose Enrique y 12.- GESTYNESA, AUDITORES EXTERNOS sostiene el Ministerio Fiscal que el primero fue el auditor de Afinsa desde 1999 y la segunda la empresa auditora; y son los responsables de la comprobación de las cuentas anuales de Afinsa y de que las mismas ofrecieran una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, incumpliendo dicha obligación y coadyuvando con ello al mantenimiento artificial de la actividad de Afinsa.

En cuanto a las personas jurídicas, solicita el Ministerio Fiscal se extienda la calificación culpable por complicidad a 7.- GMAI CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L., 8.- ESCALA GROUP INC, 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A., 10.- AUCTENTIA, S.L., - 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U., 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, al entender que todas ellas colaboraron a sabiendas para el sostenimiento ficticio de los precios de los sellos, para la masiva adquisición de los sellos sobrevalorados en el mercado y su posterior venta a la concursada, así como en la recepción mediante aportación no dineraria al capital de importantes inmuebles de la concursada.

B.- Es doctrina reiterada, recogida entre otras, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 19.12.2007 [ROJ: SAP MA 2957/2007] que "... El artículo 166 de la Ley Concursal define a los cómplices como "aquellas personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor, o si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable"; es decir, requiere el precepto la existencia de dolo o

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

culpa grave, que han de resultar cumplidamente acreditados, pues en el campo jurídico, la buena fe se presume siempre, si bien esta presunción puede desvirtuarse mediante prueba en contrario y una indudable relación de causalidad entre la actuación del cómplice y la situación de insolvencia...".

Añade la citada Resolución que "... Así las cosas, el artículo 166 de la LC exige para la declaración de complicidad dos requisitos, a saber, que la persona cuya complicidad se postula haya cooperado con el deudor, con dolo o culpa grave, y, en segundo lugar, que lo haya sido en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable ...".

Finalmente y en materia de extensión de la declaración culpable del concurso a sociedades vinculadas o de grupo de la concursada, es doctrina recogida en la citada Resolución que "... En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de culpabilidad o dolo en la conducta de Hoteles Europeos SA, sino que se ha pretendido establecer tal conducta dolosa o culposa grave, en base a una serie de presunciones que la Ley Concursal vigente reserva al culpable del concurso, pero que no resultan de aplicación a los cómplices, ni siquiera por analogía. Por otro lado no resulta tampoco acreditado que la concesión del préstamo en cuestión, haya servido como base para generar la insolvencia, ni, tan siquiera, para agravarla, más aún, las propias condiciones del préstamo, duración indefinida, sin interés, y obligación de amortización tan solo cuando la prestataria tenía beneficios, hace presumir que se trataba de un préstamo en unas condiciones inmejorables, que en modo alguno ha contribuido o agravado la insolvencia de la concursada prestataria, y desde luego, no resulta determinante del ahogo económico de la misma. Por otro lado, conforme al precepto citado la declaración de complicidad se tiene que hacer respecto de un acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable, y, en este sentido una lectura de la Sentencia permite colegir que la concesión de un préstamo participativo no ha sido considerado por el juzgador a quo como acto motivador o base de la declaración de culpabilidad, que ha sido declarada por el juzgador a quo basándose en el mantenimiento de una situación de desequilibrio económico alarmante, incumplimiento del deber de solicitar concurso voluntario en plazo legal, agravamiento de la situación financiera de la concursada como consecuencia de su pasividad y en base a la existencia de graves irregularidades en los documentos de solicitud del concurso, por lo que también por estos razonamientos debe percer el motivo de apelación, puesto que la recurrente no ha recurrido la Sentencia en cuanto a la declaración de culpabilidad del concurso a fin de que se incluyera entre los actos que ha determinado la declaración de culpabilidad del concurso, el relativo al préstamo de Hoteles Europeos SA. Por otro lado, el que Hoteles Europeos SA perteneciese al mismo grupo empresarial de la concursada, no está previsto en el artículo 166 de la Ley Concursal en relación con los artículos 164 y 165 de la misma, como motivo para la declaración de complicidad, pues lo contrario supondría vulnerar el principio de personalidad jurídica propia e independiente de las personas jurídicas. Cosa distinta hubiera sido que los administradores reales de la concursada, que también prestaban servicios a Hoteles Europeos SA, hubieran sido considerados cómplices de la conducta en que incurrió la administradora única de Rowasblu SA, por ser conocedores de la situación financiera, pero ni los mismos, ni las sociedades por ellos administradas han sido considerados cómplices. En cualquier caso, la simple pertenencia a un grupo de empresas, no es determinante, ni suficiente para considerar a Hoteles Europeos SA como cómplice del concurso, deduciéndose de la documentación obrante en autos que Hoteles Europeos SA, tiene un patrimonio propio e independiente de la concursada, no hay unión de capitales entre ambos, y no resulta acreditado que Hoteles Europeos SA, haya intervenido, ni directa, ni indirectamente en el acaecimiento de los hechos que han llevado al juzgador a quo a fundar la calificación del concurso como culpable por lo que el motivo de apelación debe ser desestimado ...".



www.civil-mercantil.com

C.- Atendiendo a tal doctrina resulta que la pretendida calificación como cómplices de la calificación culpable concursal por las causas del nº 1 del apartado 2º del art. 164 [-irregularidad contable grave-] y del art. 165.1 L.Co. [-retraso en la solicitud-] exige acreditar la realización por las sociedades del grupo o vinculadas y de sus órganos de administración, de actos necesarios, colaboradores e imprescindibles para completar aquellas conductas culpables; siendo exigido igualmente la plena acreditación de que tales conductas lo han sido con dolo o culpa grave derivada de la infracción de normas de conductas exigidas legalmente o por la más vulgar prudencia; y finalmente, la unión causal entre dichas conductas y la causación o agravación de la insolvencia; conductas, imputación subjetiva y relación causal que no resulta probada ni de los miembros de los órganos de las filiales ni de éstas; en cuanto, como se ha dicho, respecto a los cómplices es exigible la acreditación de todos los elementos del art. 164.1 L.Co. y no aplicables las presunciones de los apartados 2º de igual precepto y del art. 165 L.Co.

Ello hace innecesario entrar a examinar las distintas conductas invocadas por el Ministerio Fiscal a cada sociedad filial en la facilitación de elementos para la masiva captación de ahorro, en la verificación de la contabilidad [-conducta posterior a las culpables señaladas en el art. 164.2 L.Co., que podrá encontrar sanción en otros ámbitos, pero no en el concursal-] y en la verificación de real valor de la filatelia, fijado libremente por los clientes dentro de un lícito contrato de compra de filatelia con compromiso de venta por Afinsa o, en su defecto, recompra por ésta.

Igualmente debe desestimarse toda pretensión de extensión de responsabilidad a personas jurídicas por la no llamada como responsables de las personas físicas o jurídicas integradas en sus órganos de administración [-en unos casos sí están presentes y en otros no-]; e igual desestimación procede respecto de los apoderados en cuanto al tiempo de la calificación no estaba en vigor la reforma operada en los arts. 164.1 L.Co. y art. 172.2.1ª L.Co., por la que se extiende a apoderados generales la cualidad de persona afectada por la calificación.

Undécimo.- Alcance objetivo de la declaración culpable.

A.- Por todo ello, procede fijar el alcance objetivo de la declaración de culpabilidad y de conformidad con lo dispuesto en el nº 2 del art. 172.2 L.Co. es preciso ordenar la inhabilitación de i) D. Maximiliano (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), de (iii) D. Remigio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal); y (iv) a D. Ovidio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), para administrar bienes ajenos durante el periodo de 15 años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo; y ello dada la gravedad de los hechos, el enorme número de personas afectadas y el volumen de pasivo no provisionado excluido de la contabilidad, la importancia de los mismos en relación con el evidente perjuicio patrimonial causado a los acreedores, a la íntima relación causal entre las conductas de los consejeros y la causación y agravación de la insolvencia.

B.- Del mismo modo y de conformidad con el nº 3 del art. 172.2 L.Co. es necesario declarar la pérdida por i) D. Maximiliano (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), de (iii) D. Remigio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal); y (iv) a D. Ovidio (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio.



www.civil-mercantil.com

C.- No solicitada cuantía indemnizatoria por el cauce del art. 172.2.3ª L.Co., nada procede acordar.

Duodécimo.- Responsabilidad concursal [art. 172.bis L.Co.; anterior art. 172.3 L.Co.].

A.- Solicita tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal la condena de los demandados a la cobertura del déficit concursal, de tal modo que respondan con sus bienes propios del pago de créditos concursales y contra la masa cuya satisfacción no se alcance dentro del concurso.

B.- Siguiendo en este punto a la doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 15.4.2013 [ROJ: SAP B 4377/2013], en exposición ordenada de los elementos fundamentales de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad por déficit, puede afirmarse:

1.- que la condena de los administradores sociales a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos de acreedores concursales y contra la masa no es una consecuencia necesaria de la culpabilidad concursal, sino que ello requiere una " justificación añadida ";

2.- que la exigibilidad de dicha responsabilidad requiere ostentar la condición de administrador o liquidador o apoderado, que el concurso sea calificado como culpable; que se abra la fase de liquidación, y que existan créditos fallidos o déficit concursal, cualquiera que sea la fecha de su devengo;

3.- que la responsabilidad por déficit presenta una naturaleza resarcitoria por daño [-STS 56/2011, de 23 de febrero , y 615/2011, de 12 de septiembre -] derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave; tratándose de un supuesto de responsabilidad personal, subsidiaria y por deuda ajena, en cuanto se extienden al administrador social las deudas sociales por el daño causado indirectamente a los acreedores en la parte del crédito no satisfecho en el concurso;

4.- que la " justificación añadida " necesita apreciar en los administradores sociales una especial reprochabilidad en su comportamiento, de tal modo que la condena al déficit exige que el Juez valore, conforme a "criterios normativos" los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la conducta que fundamenta la culpabilidad;

5.- que como tales causas lo son de resultado [art. 164.1 L.Co.] y de mera actividad [art.164.2 L.Co. y art. 165 L.Co.] la valoración de los elementos subjetivos y objetivos de la conducta de cada administrador tendrá distinto alcance según la causa apreciada; por ello no será precisa la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso de los supuestos del art. 164.2 L.Co. y art. 165 L.Co. [SSTS de 21 de mayo -ROJ: STS 4441/2012 - y 29 de junio de 2012 -ROJ: STS 4589/2012]; en este sentido señala la citada Sentencia de la Audiencia Provincial que "... a estructura de imputación del art. 165 LC únicamente atiende a la realización del acto y al establecer una presunción de dolo o culpa grave la misma alcanza tanto a la culpabilidad como al agravamiento de la insolvencia, de manera que no es necesario, para que opere la presunción, que las conductas contempladas en cada uno de sus ordinales hayan generado o agravado la insolvencia ...";

6.- que la apreciación de esta especial responsabilidad en sede concursal presenta una amplia discrecionalidad judicial, tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo, lo que exige determinar qué factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador y no determinados por el Legislador;



www.civil-mercantil.com

y 7.- que entre los factores que modulan dicha discrecionalidad debe tenerse en cuenta tanto la gravedad objetiva de la conducta como el grado de participación del condenado en los hechos que determinen la culpabilidad concursal, a los que pueden añadirse otros criterios; y entre estos el Tribunal Supremo excluye la relación causal entre la conducta y la causación de la insolvencia, criterio sí valorado por la Audiencia de Barcelona si el tipo de culpabilidad apreciado exige tal resultado.

C.- Así expuesto telegráficamente el régimen de la responsabilidad por déficit resulta, a los efectos que nos ocupan, que siendo imputable al órgano de la sociedad concursada los actos y omisiones de sus administradores, liquidadores o apoderados que determinan la calificación culpable, la condena individual de éstos por déficit ajeno exige la apreciación en el comportamiento de cada administrador social de cierto grado de ilicitud, la cual debe valorarse acudiendo a " criterios normativos ", esto es, establecidos en normas jurídicas, acudiendo la reciente jurisprudencia a la configuración legal de los deberes de administradores recogida en los arts. 225 y ss de la Ley de Sociedades de Capital ; señalando la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 22.4.2014 [ROJ: SAP IB 907/2014], tras recordar la vinculación orgánica de la sociedad por los actos que los administradores lleven a cabo en el ejercicio de sus competencias y que guarden una relación objetiva con el desarrollo del objeto social, y tras recordar que los administradores se encuentran sometidos a un peculiar régimen de responsabilidad por daños causados por actos ilícitos por contrarios a la Ley o a los estatutos o por actos negligentes, procede a razonar y poner el acento tanto en los supuestos de responsabilidad por actos realizados "... incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo ..." [-como son los de diligencia y cuidado a valorar según el estándar del " ordenado empresario " y al rigor y profesionalidad que debe regir su labor-], como a examinar la exigible actuación como " representante leal " de la que derivan los deberes de lealtad o fidelidad; de tal modo que el incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad y la realización de actos de salida fraudulenta de bienes del patrimonio con conductas contrarias a un actuar profesional, riguroso y diligente.

Siendo ello así, no puede sino concluirse que la omisión de la solicitud de concurso [-cuya legitimación recae sobre el órgano de administración y no sobre la junta de socios-] supone una desatención negligente de los deberes esenciales del administrador social; por lo que puede y debe apreciarse en la conducta de los tres administradores sociales integrantes del consejo, valorada conforme a Derecho, la justificación añadida exigida por la jurisprudencia.

De igual modo resulta imputable a los administradores sociales afectados por la culpabilidad la indebida e incorrecta contabilización de los compromisos de recompra y de sus obligaciones ciertas de pago a terceros-clientes [-recuérdese que la concursada recompraba sistemáticamente a su vencimiento todos los lotes filatélicos unidos a contratos de venta-], así como de la falta de expresión en la memoria de los compromisos a largo plazo y sus importes.

Dado que dicho incumplimiento está basado de modo esencial [-tanto cuantitativa como cualitativamente en la desatención de obligaciones contables-] y que las mismas son imputables por igual modo a los tres integrantes del órgano social, procede condenar mancomunadamente a cada uno de ellos a la cobertura del 33,333% del déficit concursal y contra la masa; valorado prudencialmente, sin perjuicio de posterior liquidación en informe final de liquidación del art. 152.2 L.Co. en la cantidad de 1.823.521.966,74 euros.

Decimotercero.- Costas.

En materia de costas, conforme a lo previsto en el art. 394 y concordantes de L.E.C en relación con el artículo 196 de la LC , no procede hacer imposición de las costas al concurrir



www.civil-mercantil.com

serias dudas de hecho y de Derecho, al aparecer fundada la extensión de responsabilidad en hechos y circunstancias que convierten la acción de responsabilidad de la Administración concursal en legítimo ejercicio de los intereses de la masa activa.

Respecto del Ministerio Fiscal, de conformidad con el Art. 394 de la L.E.Civil y ss , no procede hacer imposición de las costas.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda de calificación, actuando:

Como DEMANDANTES de calificación culpable:

- la ADMINISTRACION CONCURSAL, representada por el Letrado administrador D. Javier Díaz-Gálvez de la Cámara;
- el MINISTERIO FISCAL;

Como COADYUVANTES de la calificación culpable del concurso:

- 1.- DÑA. Ángela , representada por el Procurador Sr. Tejedor Díaz;
- 2.- DÑA. Azucena y OTROS, representadas por la Procuradora Sra. Sampere Meneses;
- la mercantil 3.- BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Rodríguez;
- 4.- DÑA. Carla , representada por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez;
- la entidad 5.-ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), representada por el Procurador Sr. De Miguel López;-
- la 6.- ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS URKOA, representada por la Procuradora Sra. Uroz Moreno;

Como DEMANDADOS y PERSONAS AFECTADAS por la calificación:

- contra la concursada AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., declarada en concurso en proceso nº 208/06 de éste Juzgado, representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 1.- D. Maximiliano y contra 2.- D. Bruno , representados por el Procurador Sr. Moreno Lozano y asistidos del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 3.- D. Ovidio , representados por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistido del Letrado D. Javier José Álvarez Tamés;
- contra 4.- D. Remigio , representado por el Procurador Sr. Lozano Moreno y asistido del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 5.- D. Rubén , representado por la Procuradora Sra. Mozos Serna y asistida del Letrado D. Esteban Mestre Delgado;
- contra 6.- D. Silvio , representado por el Procurador Sr. Lozano Moreno y asistido del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
- contra 7.- GMAI CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L. , representada por la Procuradora Sra. Díez Espí y asistida del Letrado D. José María Abella Rubio;



www.civil-mercantil.com

- contra 8.- ESCALA GROUP INC , no comparecida en el presente incidente;
- contra 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A. , no comparecida en el presente incidente;
- contra 10.- AUCTIONIA, S.L. , no comparecida en el presente incidente;
- contra 11.- D. Jose Enrique y 12.- GESTYNESA, AUDITORES EXTERNOS , representadas por el Procurador Sr. Núñez Armendáriz y asistida del Letrado D. Alejandro Blázquez Lidoy;

- 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U. , no comparecida en el presente incidente;
- 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, representada por la Procuradora Sra. De la Corte Macías y asistida del Letrado D. Santiago Cruz Cidoncha,

; y calificando como CULPABLE el concurso de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. , debo acordar en consecuencia:

a) desestimar las pretensiones formuladas frente a 2.- D. Bruno , a 5.- D. Rubén , a 6.- D. Silvio , a 7.- GMAI CENTRAL DE COMPRAS COLECCIONABLES, S.L., a 8.- ESCALA GROUP INC, a 9.- DOMFIL CATÁLOGOS TEMÁTICOS INTERNACIONALES, S.A., a 10.- AUCTIONIA, S.L., a 11.- D. Jose Enrique , a 12.- GESTYNESA, AUDITORES EXTERNOS, a 13.- OIKIA REAL ESTATE, S.L.U., y a 14.- FUNDACIÓN ALBERTINO DE FIGUEIREDO PARA LA FILATELIA, absolviendo a los mismos; sin hacer imposición de las costas;

b) determinar como persona afectada como persona afectada por la calificación del concurso a 1.- D. Maximiliano , 3.- D. Ovidio y a 4.- D. Remigio ;

c) inhabilitar a 1.- D. Maximiliano , 3.- D. Ovidio y a 4.- D. Remigio por el plazo de quince años (15) años desde la firmeza de ésta Resolución, 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; y siendo firme la presente Resolución, librese mandamiento al Registro Mercantil y exhorto al Registro Civil donde conste el nacimiento del inhabilitado para hacer constar tales limitaciones a la capacidad civil.

d) condenar a 1.- D. Maximiliano , 3.- D. Ovidio y a 4.- D. Remigio a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio;

e) condenar a 1.- D. Maximiliano , 3.- D. Ovidio y a 4.- D. Remigio a que paguen mancomunadamente, a los acreedores concursales y contra la masa, en concepto de déficit patrimonial , cada uno de ellos el 33,333% de la cantidad que se precise para satisfacer el total de los créditos concursales y contra la masa [-estos con los intereses ejecutorios del art. 576 L.E.Civil -] que no resulten satisfechos con ocasión de la liquidación de la masa activa, que se determinará en su momento oportuno en el trámite del art. 152.2. L.Co, valorados prudencialmente en la cantidad de 1.823.521.966,74 euros;

f) no se hace especial condena en costas .

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, es susceptible de RECURSO DE APELACION ante este Tribunal, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, a preparar en el plazo de VEINTE DIAS a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución; y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ , introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), la interposición del recurso de apelación, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-00-0137_0208_06] en la entidad Banesto y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

E\

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.