



<http://civil-mercantil.com/>

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ORENSE

Sentencia 50/2014, de 24 de febrero de 2014

Sección 1.^a

Rec. n.º 658/2012

SUMARIO:

Concurso. Calificación. Culpable. Incumplimiento de la obligación de presentar declaración de concurso. Falta de legalización de los libros de contabilidad. Las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes delimitan el ámbito del pronunciamiento judicial que va a calificar el concurso sin que sea posible que el tribunal introduzca nuevos hechos o elementos que amplíen la responsabilidad pretendida. Hay dudas acerca de si la consideración de demanda la ostenta el escrito de calificación del concurso o bien la oposición al mismo que haga el deudor, dudas que responden a que tras la oposición el Juez del concurso sustanciará ésta por los trámites del incidente concursal de manera que el acto que se configura como el germen del mismo no es tanto la calificación de la Administración Concursal -AC- o del Ministerio Fiscal sino la oposición del concursado; sin embargo lo anterior debemos entender que el escrito de calificación determina el ámbito sobre el que versará el referido incidente concursal sin que sea posible alterar las causas y los hechos que configuraron la pretensión de la AC y/o del Ministerio Fiscal. Sostener lo contrario podría provocar indefensión al concursado y a las personas afectadas por la calificación de tal modo que las razones que justifiquen la pretensión de la AC deben constar claramente en el escrito inicial de la AC y del Ministerio Fiscal y configuran el objeto inmutable del incidente concursal al efecto incoado.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3 y 24.

Código Civil, art. 2.

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 2, 5.1, 164.2, 165.2 y 172.3.

PONENTE:

Don Fernando Alañón Olmedo.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00050/2014

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Fernando Alañón Olmedo, Presidente, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández y doña Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA

En la ciudad de Ourense a veinticuatro de febrero de dos mil catorce.



VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Pieza Sexta Concurso Abreviado procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, seguidos con el n.º 29/19, Rollo de Apelación núm. 658/12, entre partes, como apelante Tecar Galicia S.L. y D. Andrés , representados por la Procuradora D.ª Ana Crespo Damota, bajo la dirección del Letrado D. Miros Pérez González y, como apelados, el Ministerio Fiscal y la Administración Concursal de Tecar S.L., no personada ante este Tribunal.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 2 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Con estimación de la solicitud de declaración de calificación culpable formulada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal de TECAR GALICIA S.L.:

DEBO DECLARAR Y DECLARO CULPABLE el concurso de TECAR GALICIA S.L.:

DEBO DECLARAR Y DECLARO que resulta persona afectada por la calificación, D. Andrés por su condición de administrador de derecho de la concursada, condenándose a dicha persona a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Andrés a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por cuatro años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Andrés a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedor concursal o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio deudor o hubiese recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

DEBO CONDENAR Y CONDENO D. Andrés al pago del total de los créditos concursales y contra la masa que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, con devengo de intereses desde la presentación del informe de calificación, así como intereses procesales revistos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia.

Se imponen las costas a la concursada y a D. Andrés ".

Segundo.

Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Tecar Galicia S.L. y D. Andrés recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.

En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Con fecha 18 de marzo de 2011 se dicta auto por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de los de Ourense , con competencia en materia mercantil, por el que se acuerda la formación de la sección sexta de



calificación del concurso. Por medio de escrito datado el 30 de octubre de 2011 se presenta por la administración concursal de la mercantil Tecar Galicia, S.L. informe de calificación del concurso en el que se consigna que D. Andrés fue nombrado administrador único de la mercantil el 23 de febrero de 2004 y que en 18 de enero de 2010 se declaró el concurso de la sociedad. Destaca la administración concursal (AC) que han existido una serie de pagos de comisiones a directivos de otra sociedad (Begar), actualmente en concurso. Que estos pagos dieron lugar a la incoación del correspondiente expediente por parte de la Hacienda Pública que derivó en la extensión de unas actas liquidativas de IVA y del Impuesto de Sociedades que produjeron un perjuicio a la sociedad concursada al incrementar el pasivo de la misma. Los hechos anteriores dieron lugar a la incoación de unas diligencias penales por si fueran constitutivos de delito. Estos hechos no se hicieron constar en la solicitud de concurso y considera la AC que tienen encaje en el artículo 164.2, 1º de la LC y también dentro de los puntos 5 y 6 del mismo precepto.

En segundo lugar destaca la AC que se ha incumplido el deber legal de solicitar la declaración de concurso. Desde la consideración del artículo 5.1 de la LC, se significa que ya en 2008 la entidad estaba dando pérdidas y no se presentó el concurso hasta enero de 2010. Expone la administración concursal cómo en la propia solicitud se expresa que la causa de la insolvencia ha sido la falta de liquidez que ya se venía arrastrando.

En tercer lugar se señala que se ha incumplido la obligación de depositar en el Registro Mercantil. Se significa que excepto las cuentas de 2006, las de ejercicios anteriores y posteriores, hasta el 2008 se presentaron fuera de plazo. Además de lo anterior no constan debidamente legalizados los libros de contabilidad. Estos hechos los tipifica la AC dentro del artículo 165.2 de la LC.

Sobre la base anterior se considera que se está ante un concurso culpable por existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad, salida fraudulenta de bienes o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, disposición fraudulenta de bienes o derechos, simulación patrimonial. Asimismo se incluyen las causas de los apartados 1º y 3º del artículo 165.

La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado mencionado, de fecha 2 de julio de 2012 acoge los motivos que fundamentan la pretensión de la AC. Señala la resolución ahora impugnada que con el pago de comisiones, de dudosa legalidad y sin acreditación de que se hubieran correspondido con efectiva prestación de servicios, se ha agravado la situación de insolvencia de la concursada. Sobre la base anterior se considera aplicable las causas previstas en el artículo 164.2, ordinales 1, 4 y 5 de la LC al considerar que la contabilidad no ha reflejado la situación económica verdadera de la mercantil concursada.

En segundo lugar y en relación con el retraso en la solicitud de concurso ex artículo 165.1 de la LC, constata que en 2008 la empresa ya tenía problemas económicos y que desde entonces no podía hacer frente a los pagos pues cerró dicho ejercicio con pérdidas. Considera la sentencia que a partir del cierre del ejercicio de 2008 debió ya solicitar la declaración de concurso.

Descarta la sentencia la existencia de la causa prevista en el artículo 165.2 de la LC al no haberse acreditado que se hubiera producido esa falta de colaboración.

Finalmente se acoge la causa prevista en el artículo 165.3 de la LC al considerar la sentencia que la no legalización de los libros de contabilidad encuentra encaje en el referido precepto.

Segundo.

Como primer motivo de recurso se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución por vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos. Se invoca el artículo 9.3 de la Constitución así como el artículo 2-3 del Código Civil y el



<http://civil-mercantil.com/>

artículo 172.3 de la LC . El desarrollo de motivo alude a que no se puede considerar a los efectos de valorar la culpabilidad del concurso la falta de depósito de las cuentas anuales de 2003 pues la LC entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

El motivo esgrimido resulta absolutamente inocuo. La lectura del fundamento séptimo contempla la aplicación del artículo 165.3 de la LC no por la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil sino por la falta de legalización de los libros de contabilidad, sin especificar cuándo y en qué momento se produjo ese defecto y ni siquiera indicar que con anterioridad a 2004 se hubiera producido esa falta. Así pues el motivo de impugnación se refiere a un argumento no utilizado por la resolución impugnada por lo que su examen resulta innecesario.

Tercero.

Como segundo motivo de impugnación se denuncia la vulneración de lo dispuesto en los artículos 164.1 , 164, 2,1 º, 5 º y 6º de la LC . En el desarrollo del motivo se alude a que la sentencia señala en su fundamento cuarto que el administrador ha generado o agravado dolosamente el estado de insolvencia por haber registrado facturas falsas emitidas por la entidad Preferentes Sur, S.L.U., facturas que responden al pago de comisiones por contrataciones de obras.

Dispone el artículo 164.1 de la LC 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 hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso." El párrafo siguiente recoge una serie de conductas a las que la Ley anuda el efecto de integrar un acto doloso o gravemente culpable que genera o agrava el estado de insolvencia. Como acertadamente señala la sentencia apelada, las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes delimitan el ámbito del pronunciamiento judicial que va a calificar el concurso sin que sea posible que el tribunal introduzca nuevos hechos o elementos que amplíen la responsabilidad pretendida. Hay dudas acerca de si la consideración de demanda la ostenta el escrito de calificación del concurso o bien la oposición al mismo que haga el deudor, dudas que responden a que tras la oposición el Juez del concurso sustanciará ésta por los trámites del incidente concursal de manera que el acto que se configura como el germen del mismo no es tanto la calificación de la AC o del Ministerio Fiscal sino la oposición del concursado; sin embargo lo anterior debemos entender que el escrito de calificación determina el ámbito sobre el que versará el referido incidente concursal sin que sea posible alterar las causas y los hechos que configuraron la pretensión de la AC y/o del Ministerio Fiscal. Sostener lo contrario podría provocar indefensión al concursado y a las personas afectadas por la calificación de tal modo que las razones que justifiquen la pretensión de la AC deben constar claramente en el escrito inicial de la AC y del Ministerio Fiscal y configuran el objeto inmutable del incidente concursal al efecto incoado. En la página 5 del informe de la AC se señala que el abono de las comisiones tiene encaje en la causa 1ª, 5ª y 6ª del artículo 164.2 de la LC . Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012 que "Aunque posiblemente hubiera evitado confusiones separar con mayor nitidez los apartados 1 y 2 del artículo 164, es lo cierto que este último no constituye un mero desarrollo del primero, sino que contiene la relación de conductas antijurídicas a las que el legislador, tras efectuar las oportunas valoraciones, anudó " en todo caso " - esto es, aunque el administrador no hubiera causado o agravado la insolvencia de la sociedad - la declaración de concurso culpable y las consecuencias que de ella se derivan según los preceptos que componen el sistema". Así pues la consideración como culpable de un concurso puede venir dada bien por la acreditación de que determinadas conductas, con dolo o con culpa grave del deudor (o de las personas mencionadas en el precepto) hubieran creado o agravado la situación de insolvencia o bien por la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 164.2 a los que la Ley atribuye la presunción iuris et de iure de haber originado o agravado aquella insolvencia, supuesto donde no es preciso acreditar concretas actuaciones que dolosa o culposamente hubieran creado o agravado la situación de insolvencia de la concursada. La sentencia considera que el pago de esas facturas ha



generado o agravado el estado de insolvencia del deudor, con dolo o culpa grave y además que integra irregularidad contables grave y añade la AC que puede configurar un alzamiento de bienes o suponer salida fraudulenta de bienes de la sociedad. La sentencia da por cierta la falsedad de facturas realizadas por las entidades Preferente Sur, SLU y Gepto Norte, S.L., lo que supone una disminución evidente del patrimonio de la sociedad concursada que no obedece a causa legítima. Esta conducta claramente puede ser incardinada en los números 4º y 5º del apartado segundo del artículo 164 por suponer sin causa justificada un empobrecimiento de la sociedad pero desde luego integra igualmente un supuesto de irregular llevanza de la contabilidad pues ésta se configura no solo con el asentamiento de las distintas operaciones que lleve a cabo la entidad que se contemple sino por el modo y manera en que ese asentamiento tenga lugar y, desde luego, la configuración de unas facturas como reales cuando no obedecen a los conceptos que reflejan supone un grave incumplimiento de las obligaciones contables y desde luego no permite conocer la situación económica real de la entidad. Sostiene el apelante que la única diferencia con la Hacienda Pública es el concepto en que se asentaron las facturas, sin embargo la Administración Tributaria señala (folio 411) que las facturas son totalmente falsas y no responden en modo alguno a las pretendidas comisiones que dice el administrador de la concursada subyacen. Tanto Gepto Norte, S.L. como Preferente Sur, SUL,, según investigación del fisco, tienen un mismo administrador, D. Horacio , tienen su domicilio fiscal y social en Álava, no consta en el lugar donde tienen el domicilio dato alguno de su existencia o actividad, su representante legal negó cualquier relación con la entidad Tecar Galicia, S.L., carecen de personal ni le es imputada compra alguna y, finalmente, no se ha acreditado que haya relación entre el Sr. Horacio y las entidades Begar construcciones y contratas, S.A. e Infoglobal, S.A., sociedades que habrían intervenido en las supuestas operaciones de comisión. Más allá de la declaración de D. Andrés , no hay dato alguno que justifique esa salida de fondos lo que permite incardinar la misma dentro del párrafo 2º del artículo 164 de la LC , en su apartado 1º.

Cuarto.

Como tercer motivo de impugnación se cuestiona la consideración de que la concursada demoró la solicitud de concurso. No se comparte la apreciación que efectúa la sentencia de instancia. La declaración de concurso procede, como señala el artículo 2 de la LC para el caso de insolvencia del deudor, y tal estado es el que se configura cuando se produce el incumplimiento regular de las obligaciones del deudor. Este estado de insolvencia no aparece por el mero hecho de presentar un ejercicio pérdidas. Y mucho menos cuando la entidad de las mismas, en relación con el volumen de negocio de la sociedad que se contempla, es ínfimo. En ese sentido no puede sino destacarse que las pérdidas de algo más de 5.000 euros en el ejercicio de 2008 con el volumen de facturación y beneficio de años anteriores no justifica per se la necesidad de instar la declaración de concurso.

Quinto.

Como cuarto motivo de recurso se alude a la falta de legalización de los libros como situación que no justifica la aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 165 de la LC . Efectivamente, la no legalización de los libros no es supuesto que tenga encaje en el precepto indicado que solo se refiere a la formulación de las cuentas anuales, su no sometimiento a auditoría cuando haya obligación de ello o la falta de depósito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Por otra parte, como señala la propia sentencia apelada, las causas del artículo 165 de la LC no dispensan de la prueba de que se ha agravado la situación de insolvencia con la conducta que se contempla. Literalmente se señala en la sentencia de 17 de noviembre de 2011 que " El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2 , sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia ". No contempla la sentencia apelada cómo se deriva de la falta de legalización de los libros la agravación o creación del estado de insolvencia, lo que determina la necesidad de excluir ese motivo como elemento determinante de la calificación del concurso.

Sexto.



<http://civil-mercantil.com/>

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la desestimación del recurso planteado supone la imposición a la parte apelante de las costas devengadas en la alzada.

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Tecar Galicia S.L. y D. Andrés contra la sentencia, de fecha 2 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense en Juicio Pieza Sexta Concurso Abreviado n.º 29/10, Rollo de Apelación núm. 658/12, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso , por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.