

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064505

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia 359/2019, de 22 de abril de 2019

Rec. n.º 114/2019

SUMARIO:

Concurso de acreedores. Calificación del concurso como culpable.

Para declarar persona afectada por la calificación hay que solicitarlo especificando en calidad de que lo es, sin que pueda cambiarse posteriormente en el procedimiento.

A efectos de calificar el concurso como culpable o no, cuando el administrador social no ha presentado declaración de concurso, no ha confeccionado la contabilidad, no ha facilitado información contable, ha incumplido el deber de colaboración con la Administración concursal y ha producido un déficit concursal importante, es evidente que se ha generado una grave insolvencia y, si esa cantidad se basa en las reclamaciones de los acreedores, sin que la Administración concursal haya tenido a su disposición, por falta de colaboración y carencia de contabilidad, los documentos imprescindibles para poder oponerse a ellas, o la documentación para exigir los posibles créditos frente a terceros que la concursada tuviera, existe una clara relación de causalidad entre la conducta del administrador social y el resultado de la insolvencia en su mayor extensión. Por ello, resulta chocante que el administrador social que presenta sus libros y da oportunidad al administrador concursal de conocer si han existido conductas lesivas para el concurso y poder ser condenado al déficit, sea de peor condición que el administrador que, ignorando el concurso, no facilita los libros ni información. Estimando que, si hay prueba de un resultado lesivo para el concurso y no se ha proporcionado al Administrador concursal las herramientas para determinar la relación de causalidad, es al administrador, obligado a proporcionar dichos datos, a quien le compete la prueba de que su actuación no ha propiciado el déficit.

El artículo. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia.

Por tanto, acreditada la insolvencia en un concurso necesario, no puede sino estimarse que el deudor ha incumplido el deber de solicitar el concurso en plazo de dos meses, y no es necesario que la sentencia de calificación determine el día exacto de la insolvencia, debiendo quien se opone intentar desvirtuar la situación de insolvencia desde que debió conocerla.

Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a estas conductas que provocan la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la prueba.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 5, 18, 75, 164, 165, 172.

**PONENTE:**

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

Magistrados:

Don CARLOS ERCILLA LABARTA
Don ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO
Don NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO

Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

N.I.G. 1101242M20110001143

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 114/2019

Asunto: 500111/2019

Autos de: Concursal - Sección 6ª (Calificación) 1306/2011

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CADIZ

Negociado: JR

Apelante: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

Apelado: Romulo , ADMINISTRACION CONCURSAL PROMOCIONES CHICLANA 2000, S.L.,
PETROLEUM FIRE PROTECTION ESPAÑOLA SA y CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CHICLANA 2000
SL

Procurador: GLORIA MARIA PARRA MENACHOy MARIA JESUS PUELLES VALENCIA

Abogado: MIGUEL CUELLAR PORTEROy MARIA LUZ MORENO RUIZ

SENTENCIA Nº 359 /2019

Presidente Ilmo. Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos. Sres.:

Don Ángel Sanabria Parejo

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz



Sección Sexta del Concurso de Acreedores número 1306/2011

Incidente Concursal número 1306.06/2011

Rollo de Apelación número 114/2019

En la Ciudad de Cádiz, a veintidós de abril de dos mil diecinueve

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial, los autos de Incidente Concursal número 1306.06/2011, tramitados en la Sección Sexta del Concurso seguido con el número 1306 de 2011, sobre CALIFICACIÓN DE CONCURSO, procedentes del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz, seguidos a instancia de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, frente a la entidad concursada CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CHICLANA 2000, S.L., declarada en rebeldía en la instancia, que no se ha personado en esta alzada, y frente a DON Romulo , representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Parra Menacho y defendido por el Letrado Don Miguel Cuéllar Portero; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio, habiendo sido parte en la Sección, la entidad PETROLEUM FIRE PROTECTION ESPAÑOLA, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz dictó Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017 , en los autos de Incidente Concursal número 1306.06/2011, tramitados en la Sección Sexta del Concurso seguido con el número 1306 de 2011, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: "FALLO:Declaro culpable el concurso de la entidad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CHICLANA 2000, S.L.

- No procede declarar afecto de responsabilidad a DON Romulo .
No se hace expresa imposición de costas."

Segundo.

Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el Ministerio Fiscal, el cual fue admitido a trámite, siendo su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 8 de abril de 2019, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

Tercero.

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se alza en apelación el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia por la que se declara el concurso culpable de la entidad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CHICLANA 2000, S.L., por las causas de los arts. 164.2.1^o y 165.1.2^o LC , no accediendo a declarar la responsabilidad concursal del codemandado Don Romulo . El Ministerio Fiscal impugna en su recurso la desestimación de la concurrencia de las causas invocadas en su dictamen de los arts. 164.1 y 165.1 apartados 1^o y 3^o LC , así como, de la desestimación de la pretensión de declaración como persona afectada por la calificación culpable de Don Romulo y de su condena a la cobertura del

déficit. En cuanto a la falta de apreciación de la cláusula general del art. 164.1 LC , se alega en el recurso que el elemento inicial por el que se considerara la concurrencia de esta causa es la desaparición del administrador social, de tal forma que ha impedido de forma absoluta, conocer la situación de la empresa, sin que se haya aportado un sólo dato sobre su estado, bienes, acreedores, deudores, u otras circunstancias que puedan contribuir a la gestión de la concursada, siendo todo lo que se conoce a través de los registros oficiales, comunicación de créditos y averiguaciones externas, por lo que las conclusiones a las que se llega en la confección de los textos definitivos hay que tomarlos con las prevenciones debidas, pudiendo existir otros bienes muebles o inmuebles que no se han descubierto, acreedores y deudores ocultos, algún tipo de actividad no descubierta, etc., ocultado por el administrador social, sin que esta circunstancia pueda volverse en beneficio del mismo, considerando que, demostrado el perjuicio efectivo que se ha causado al concurso, esto es, la diferencia entre la masa activa y la pasiva por importe de 11.622.106,14 €, está debidamente acreditada la relación de causalidad entre el abandono de la empresa y el perjuicio causado, ya que no se trata de acreditar la relación de causalidad en cada concreto acto jurídico y el perjuicio concreto causado por el mismo, lo que ante la carencia de datos fiables es imposible, sino que la actividad del comerciante, en este caso, la falta de actividad, ha generado un perjuicio que se acredita y que, por otra parte, no ha sido desvirtuado por el concursado, probando que su conducta no ha sido dolosa o culposa y que el perjuicio ha sido por causas no imputables a su actuación. En cuanto a la falta de apreciación de la causa del artículo 165.1.1º LC , se alega que no es que haya un retraso, sino que no se ha presentado el concurso, estando en rebeldía la concursada, luego el obligado por la ley no lo ha hecho, lo han presentado los acreedores cuando se han visto imposibilitados para cobrar sus créditos, declarándose por el Juzgado en Auto de 10 de junio de 2013, que reconoce que existe causa para la apertura del mismo y, estando acreditadas las deudas en los informes que el administrador concursal ha emitido con base en el artículo 75 LC , con la dificultad añadida para su constatación de la rebeldía del administrador social que, por otra parte, no las ha desvirtuado, considera el Ministerio Público que se cumplen los requisitos para ser apreciada esta causa. En cuanto a la causa del artículo 165.1.3º LC , se alega que la doctrina del Tribunal Constitucional no resulta aplicable el caso, porque no se trata de dos procedimientos distintos ni ante jurisdicciones diferentes, existe un único procedimiento, ante la jurisdicción civil, en el que se pretende imputar al administrador alguna de las causas que la Ley Concursal contempla en sus artículos 164 y 165 y, en el caso concreto, se rechaza la causa del artículo 165.1.3º LC , por estar incluida en el artículo 164.2.1º LC , cuando es lo cierto que puede haber contabilidad pese a no confeccionarse las cuentas anuales o, incluso, haber confeccionado las cuentas anuales y presentarlas al Registro, falseando la realidad, siendo incluso más grave que, estando obligado a presentar las cuentas anuales, éstas no se presenten porque no existe contabilidad. Por último en cuanto a la no condena a la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis LC , se alega que está suficientemente justificada en las causas que son objeto del recurso la relación de causalidad entre la conducta culpable y la generación de o agravación de la insolvencia y, si el administrador social no ha presentado declaración de concurso, no ha confeccionado la contabilidad, no ha facilitado la información contable, ha incumplido el deber de colaboración con la administración concursal y ha producido un déficit concursal importante, es evidente que se ha generado una grave insolvencia y, si esta cantidad se basa en las reclamaciones de los acreedores, sin que la administración concursal haya tenido su disposición, por la falta de colaboración y carencia de contabilidad, los documentos imprescindibles para poder oponerse a ellas en el caso de que hubiera alguna causa para ello, o la documentación para exigir los posibles créditos frente a terceros que la concursada tuviera, existe una clara relación de causalidad entre la conducta del administrador social y el resultado de la insolvencia en su mayor extensión, resultando chocante que el administrador social que presenta sus libros y da oportunidad al administrador concursal de conocer si han existido conductas lesivas para el concurso y poder ser condenado al déficit, sea de mejor condición que la del administrador social que, ignorando el concurso, no facilita los libros ni otra información del mismo, estimando que si hay prueba de un resultado lesivo para el concurso y no se ha proporcionado al administrador concursal las herramientas para determinar la relación de causalidad, está obligado a proporcionar dichos datos al que le compete la prueba de que su actuación no ha propiciado el déficit, esto es, al administrador social. En cuanto a la desestimación de la responsabilidad concursal de Don Romulo , por no especificarse si es administrador de hecho o de derecho, siendo apoderado inscrito en el Registro Mercantil desde el año 1997, en el que consta que el anterior administrador único, Don Juan Enrique , cesó el 7 de junio de 2010, sin que desde entonces sea nombrado alguien en su sustitución, se discrepa de la sentencia apelada, por estimar que tanto el Ministerio Fiscal, hoy apelante, como el administrador concursal, identificaron a Don Romulo como persona afectada por la calificación, sin que sea extemporánea su indicación ante la reclamación de falta de legitimación pasiva propuesta por éste, ya que desde los escritos de calificación se indicaba que era la persona que está al frente de la organización de la sociedad, al figurar inscrito en el Registro Mercantil como apoderado, con la ausencia de otra

persona al frente de la sociedad por renuncia inscrita de Don Juan Enrique , y, la condición de que sea considerado como administrador de hecho o de derecho es una cuestión legal que deberá ser estimada por la juzgadora, contando con los elementos de juicio que se haya suministrado en el procedimiento concursal, en este caso, singularmente, la inscripción como apoderado de Don Romulo en el Registro Mercantil y la ausencia de otro administrador por cese del anterior y, si el mismo es apoderado inscrito en el Registro, y carece la concursada de administrador por cese del anterior, ha de concluirse que Don Romulo es el que ha gestionado la sociedad y por tanto le serán atribuibles las consecuencias legales que por culpa o dolo le puedan corresponder si el concurso es considerado culpable, como así se aprecia en la sentencia, interesando por ello la revocación de la misma para que se condene a Don Romulo también por las causas del 164.1, 165.1.1º y 3º LC, a inhabilitación para administrar bienes ajenos por 15 años, pérdida de cualquier derecho sobrevenido contra la masa activa de la concursada y a responder de los créditos que no resulten cubiertos por la masa activa, así como a las costas causadas.

Segundo.

La sentencia apelada declara el concurso culpable acogiendo la causa de culpabilidad del artículo 165.1.2º LC por incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal y la causa prevista en el artículo 164.2.1º LC , por incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad, sin que dichos pronunciamientos hayan sido impugnados. Pretende el Ministerio Fiscal que también se acoja la causa general del art. 164.1 LC y las causas de los apartados 1º y 3º LC del art. 165.1 LC . Comenzando con la impugnación de la desestimación de la causa general del artículo 164.1 LC , en la sentencia apelada se desestima la concurrencia de dicha causa por considerar que la explicación tanto de la administración concursal como del Ministerio Fiscal resulta insuficiente, ya que ambos se refieren a la situación de rebeldía procesal de la concursada y a la imposible localización de la misma durante el concurso, además de remitirse de forma genérica a unos hechos relacionados en el escrito de calificación de la administración concursal, sin detallar un hecho concreto y sin explicar cómo estos hechos han generado o agravado la insolvencia, incumbiendo a dichas partes la carga de acreditar la generación o agravación de la insolvencia a raíz de la conducta dolosa o culposa.

En el informe de la administración concursal se recogen unas consideraciones previas relacionadas con las circunstancias anómalas del concurso por la rebeldía de la concursada y la imposibilidad de localización de la misma y de su administrador único, consecuencia de lo cual considera que: (i) se desconoce la verdadera situación patrimonial de la concursada desde el año 2007, año en que presentó al Registro Mercantil las últimas cuentas anuales; (ii) la concursada no ha comparecido ni ha aportado ningún documento de la misma y la administración concursal ha tenido que recurrir a los datos del Registro Mercantil; (iii) la administración concursal ha podido elaborar para su informe General la lista acreedores con base en la documentación aportada por éstos; (iv) la administración concursal ha podido elaborar el inventario de la masa activa sólo en lo relativo a fincas e inmuebles a nombre propio de la concursada con base en la información del Registro Mercantil; (v) se desconoce la existencia de establecimientos, oficinas o delegaciones de negocios donde estaba operando la concursada; (vi) no se puede determinar si la concursada forma parte de algún grupo de empresas; (vii) sigue sin haber ningún tipo de comunicación con su administrador y/o apoderados, directivos, gestores, al estar desaparecidos; (viii) a la administración concursal no le consta que la concursada tenga algún tipo de actividad. En cuanto a la justificación de la causa del artículo 164.1 LC se alega que el dolo puede deducirse de la propia actitud de la concursada y de su administrador único, que en todo el tiempo del concurso no han dado señales de vida a pesar de los reiterados intentos, tanto por parte del Juzgado como de la administración concursal de contactar con él, lo que suponen en su conjunto causas que, directa e indirectamente, han motivado o agravado el estado de insolvencia. En el dictamen del Ministerio Fiscal, hoy apelante, para justificar la cláusula general del artículo 164.1 LC se argumenta en los siguientes términos: "La falta de presentación del concurso por la deudora, y la rebeldía de la concursada, sin que se haya podido localizar a sus representantes legales, aun estando recogidas de forma específica en otros apartados como incumplimientos específicos, denota una genérica desviación de las obligaciones de un buen comerciante, habiendo dado lugar a perjuicios para los acreedores, que de haberse adoptado una actuación diligente no hubiera tenido lugar."

Según se desprende de la STS de 18 de marzo de 2015 , la culpa grave prevista en el art. 164.1 LC supone una infracción de diligencia exigible e infracción de deberes básicos de todo administrador. Declara la STS 10 de abril de 2015 : "El art. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia

o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia.

No es que los hechos base que contemplan los arts., 164.2 y 165 LC constituyan un "numerus clausus" de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC , como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurren los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso. "

En el presente caso, en definitiva, bajo esta causa general de culpabilidad del art. 164.1 LC , cuya prueba incumbe a quien lo alega, se vienen a aducir el incumplimiento del deber de solicitar el concurso y la falta de colaboración del concursado y de su administrador único durante la tramitación del procedimiento, causas previstas como presunciones en el artículo 165.1 apartados 1º y 3º, que son igualmente alegados. Es más, el propio Ministerio Fiscal, hoy apelante, en su dictamen, reconoce que las conductas en las que pretende basar la cláusula general del artículo 164.1 LC se encuentran recogidas en otros preceptos, por lo que, procede, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, desestimar este motivo de recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia apelada.

Tercero.

Asimismo muestra disconformidad el Ministerio Fiscal con la desestimación de la causa del art. 165.1.1º LC , por incumplimiento del deber de solicitar el concurso de acreedores previsto en el artículo 5 LC , que basa fundamentalmente en que el concurso fue instado por los acreedores, tratándose de un concurso necesario. En la sentencia apelada se desestima la concurrencia de dicha causa por considerar que tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal se limitan a decir que la concursada ha incumplido su obligación de solicitar el concurso en tiempo porque el concurso ha sido necesario y porque antes de la declaración de concurso existían numerosas deudas y embargos que no podía ser satisfechos, si bien, no concreta cuáles eran esas deudas y embargos y lo relacionan con la tesorería que en aquel momento tuviera la concursada y que supuestamente le impedía cumplir con el pago de esas supuestas obligaciones pendientes, estimando la juzgadora de instancia insuficientes tales motivaciones para apreciar algún retraso en la solicitud de concurso, puesto que, el hecho de que la concursada tuviera antes de la declaración de concurso necesarias deudas y embargos no es suficiente para acreditar la insolvencia y, tampoco que el concurso haya sido necesario implica que por la concursada se haya incumplido el periodo dos meses que tenía para solicitar el concurso y, por consiguiente, sin dejar de reconocer la importancia de que el concurso haya sido necesario, tal dato no es revelador de que por la concursada se incumplido el plazo de dos meses para solicitar el concurso desde que conoció o pudo conocer su insolvencia, ya que ello exige valorar el concepto concursal previsto en el artículo 2 LC , esto es, es necesario que la administración concursal o el Ministerio Fiscal carguen con la prueba de acreditar cuándo se produjo el pago regular de sus obligaciones exigibles, lo cual no se ha hecho en el presente caso, por lo que no existe prueba de que el concurso se haya sido solicitado tardíamente.

Respecto de esta última afirmación, debemos precisar que no es que el concurso se haya solicitado tardíamente, sino que simplemente es que el concurso no ha sido solicitado, es decir, no ha habido un retraso en la solicitud de concurso, sino un incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, aun cuando, hay que reconocer, que la Ley Concursal establece un plazo de dos meses desde que el concursado conoció o debió conocer su estado de insolvencia (art. 5 LC). En definitiva, el argumento de instancia se basa en que no puede considerarse acreditada la fecha en que la concursada habría incurrido en situación de insolvencia, no pudiendo determinarse el dies a quo a partir del cual debe computarse el plazo de dos meses del artículo 5.1 LC , al no haberse acreditado de manera suficiente por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal la fecha en la que concurría la situación de insolvencia actual de la concursada, que es lo que le lleva a concluir que no puede aplicarse al presente caso la presunción establecida en el art. 165.1.1º LC .

Esta Sala no puede tampoco compartir la anterior valoración probatoria. El administrador concursal o el Ministerio Fiscal que instan la calificación de concurso culpable con base en esta presunción, lo que ha de acreditar es que hubo retraso en la solicitud de concurso o incumplimiento del deber de solicitar el concurso que al deudor le impone el artículo 5 LC cuando se encuentra en estado de insolvencia (art. 2 LC), para lo que puede valerse de la acreditación de las circunstancias reveladoras de la insolvencia del art. 2.4 LC , pero no necesita

acreditar la relación de causalidad (STS 7 de mayo de 2015). En el presente caso, no es ni siquiera necesario acudir a las circunstancias reveladoras de la insolvencia del artículo 2.4 LC , porque estamos ante un concurso necesario y la concurrencia de la insolvencia ya fue estimada acreditada en el Auto de declaración de concurso de 10 de junio de 2013, constando en el informe de la administración concursal la existencia de numerosos litigios declarativos y de ejecución frente a la concursada, que se encontraba sin actividad a la fecha de la declaración de concurso, existiendo por tanto datos suficientes en el procedimiento para estimar que, no sólo la mercantil se encontraba en situación de insolvencia a la fecha de presentación de la solicitud de concurso necesario, como lo evidencia la propia declaración de concurso necesario que estima acreditada dicha insolvencia, sino que, además, resulta de la documentación obrante en autos, de forma patente, que se incumplió el plazo de dos meses para solicitar el concurso, como patentiza que haya una importante diferencia entre activo y pasivo, siendo superior éste último en la nada desdeñable cifra de 11.622.106,14 €, que lleva a considerar que debió instarse el concurso bastante tiempo antes. La solicitud de concurso necesario fue presentada con fecha 2 de diciembre de 2011, no siendo declarado el concurso hasta junio de 2013, sin duda por las dificultades emplazamiento del deudor, estando la sociedad sin actividad, sin que se opusiera a la solicitud de concurso, por lo que fue declarado el concurso por virtud de lo dispuesto en el art. 18 LC . La administración concursal en su informe estima que la concursada incumplió el deber de solicitar el concurso. En igual sentido, el dictamen del Ministerio Fiscal, sin que ello haya quedado desvirtuado modo alguno. En cualquier caso, insistimos y compartimos con el Ministerio Fiscal que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso queda acreditado con la propia solicitud de concurso necesario, presentada en diciembre de 2011, siendo declarado el concurso en junio de 2013, sin que en el plazo de los dos meses posteriores se instara el concurso voluntario, lo que presupone que se incumplió con dicho deber y que se incumplió el plazo del artículo 5 LC sobradamente. Por ello, no compartimos con la resolución apelada que el hecho de no poder determinarse la fecha exacta de la insolvencia haga desestimar la concurrencia de esta causa. Acreditada la insolvencia en un concurso necesario, no puede sino estimarse que el deudor ha incumplido el deber de solicitar el concurso, resultando patente de la documental obrante en las actuaciones, que no se presenta el concurso en el plazo de dos meses desde que el deudor conoció o debió conocer la insolvencia, como le impone el artículo 5 LC . Y, frente a lo que se sostiene en la instancia, como señala la STS 3 de julio de 2014 , no es necesario que la sentencia de calificación determine el día exacto de la insolvencia, debiendo quien se opone intentar desvirtuar la situación de insolvencia desde que debió conocerla. Ninguna prueba se ha practicado a instancia de la persona afectada por la calificación de concurso culpable que desvirtúe el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, siendo que la propia concursada no se opuso a la solicitud de concurso necesario, siendo declarado el mismo en aplicación del artículo 18 LC , por lo que lo estimamos acreditado en los términos expuestos, habiéndose incumplido sobradamente el plazo de dos meses del artículo 5 LC .

La presunción regulada en el art. 165.1.º LC , admite prueba en contrario, y presupone la concurrencia del dolo o culpa en la generación o agravación de la insolvencia, como ha resuelto el Tribunal Supremo poniendo fin a la polémica suscitada en torno a la interpretación del precepto. Se trata de situaciones que denotan una negligencia grave, que son: incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 2.4 , 5 y 105 LC); incumplimiento del deber de colaboración e información con el juez y la administración concursal (arts. 21 y 42 LC) o inasistencia injustificada a la junta de acreedores; e incumplimiento de deberes relacionados con las cuentas anuales (falta de formulación de cuentas anuales, o de someterlas a auditoría, o de depositarlas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso). Sobre las presunciones del art. 165 LC se pronuncia la STS de 19 de julio de 2012 , que señala: " En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre - siguiendo las números 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril y 298/2012, de 21 de mayo -, señalamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos mencionados del artículo 164, sino que se trata de " una norma complementaria de la del apartado 1 ", pues manda presumir " iuris tantum " la culpable o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no baste para convencer al Tribunal.". Por tanto, el Tribunal Supremo sí considera el art. 165 como norma complementaria del art. 164.1 LC , si bien, facilita la prueba, al permitir presumir la culpable o dolosa causación o agravación de la insolvencia por el solo hecho de la acreditación de cualquiera de las presunciones del art. 165 LC , sin perjuicio de que la parte contraria pueda acreditar que no hubo dolo o culpa en la generación o agravación de la insolvencia, si bien, se produce la inversión de la carga de la prueba. Igualmente sobre el alcance de las presunciones del art. 165 LC se pronuncia el Tribunal Supremo a propósito de la presunción del art. 165.1º LC (incumplimiento del deber de solicitar el concurso), en STS 7 de mayo de 2015 , en cuyo motivo de recurso se invocaba que "lo único que cubre la presunción del art. 165 es la dimensión subjetiva del comportamiento enjuiciado, esto es, el dolo o culpa grave, pero siempre y cuando quien formula la

pretensión calificatoria haya logrado establecer probatoriamente, por incumbirle a él la carga correspondiente, la contribución causal de la conducta en relación con el estado de insolvencia ". La citada STS resuelve el motivo de recurso argumentando: "En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del art. 165.1 de la Ley Concursal (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art . 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1 . Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de abril ; 255/2012, de 26 de abril ; 298/2012, de 21 de mayo ; 459/2012, de 19 de julio , y 122/2014, de 1 de abril)." Y como reitera la STS de 26 de abril de 2012 :

"En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre , precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de " una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ", pues manda presumir " iuris tantum " la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencia de que ésta no convenza al Tribunal.

Hemos declarado en las mencionadas ocasiones que, dada la relación existente entre la norma del artículo 172, apartado 3, y las que le sirven de precedente, no se corresponde con un argumento sistemático extraído de la recíproca iluminación de los preceptos referidos condicionar, en aplicación de dicho precepto, la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que no es exigido - y que, normalmente, no habrá sido valorado - para integrar el tipo que se atribuye al órgano social - y, al fin, a la sociedad - que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Por ello, la afirmación de que la norma del artículo 172, apartado 3, contiene una regla indemnizatoria - como defiende la recurrente - no permite eludir la conexión existente entre ella y las de los apartados 1 - completada por la presunción " iuris tantum " del artículo 165 - y 2 del artículo 164. Y tampoco justifica servirse de esta última norma como si fuera un mero instrumento probatorio del supuesto de hecho de la contenida en aquel otro apartado."

Y la STS de 10 de abril de 2015 añade: "El art . 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia."

En la más reciente STS de 1 de junio de 2015 se insiste en que el art . 165 LC no contiene un tercer criterio respecto de los dos del art . 164, apartados 1 y 2, sino que " es una norma complementaria de la del artículo 164.1 . Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita (...), que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la agravación de la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de abril ; 255/2012, de 26 de abril ; 298/2012, de 21 de mayo ; 459/2012, de 19 de julio , 122/2014, de 1 de abril , y 275/2015, de 7 de mayo)".

Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, acreditada la concurrencia de la presunción del art. 165.1.1º LC ya no tiene que acreditarse la relación de causalidad. Basándose la declaración de culpabilidad del concurso en la presunción contenida en el artículo 165.1.1º LC , presunción iuris tantum de concurso culpable que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial comprende no sólo el dolo o culpa grave sino también la relación de causalidad, corresponde a la parte que se opone a dicha calificación de concurso culpable acreditar que no obstante la concurrencia de dicha circunstancia, la misma no generó ni agravó la situación de insolvencia, lo que en modo alguno hace el apelado. Por ello, también debe ser declarado el concurso culpable con base en esta causa.



Cuarto.

El Ministerio Fiscal en el recurso también pretende que se declare que el concurso es igualmente culpable por la concurrencia de la causa prevista en el artículo 165.1.3º LC , por no haberse formulado ni depositado las cuentas anuales en los tres ejercicios anteriores a la solicitud de concurso, extremo que no resulta controvertido que concurre en este caso, si bien, el motivo de desestimación por parte de la juzgadora de instancia, se basa en que ya se ha acogido la presunción iuris et de iure del art. 164.2.1º LC por incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, que estima que absorbe a la causa del artículo 165.1.3º LC , y que no procede apreciar dicha causa porque supondría infringir el principio non bis in idem . Este motivo de recurso ha de ser desestimado al ser correcta la argumentación de la sentencia apelada que resulta conforme con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 650/2016, de 3 de noviembre , que señala: "En segundo lugar, y como argumento de refuerzo, porque un mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo. Del mismo modo, el hecho de no aportar esos documentos durante la tramitación del concurso, pese al requerimiento hecho para su aportación, no puede integrar la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento) y la prevista en el art. 165.2º (no haber facilitado a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), cuando, como se ha dicho, el desvalor determinante del reproche de ambas conductas sea coincidente.

Lo expuesto debe llevar a estimar este motivo del recurso y a que no se considere correcta la apreciación de la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.2º de la Ley Concursal , consistente en la inexactitud en los documentos acompañados con la solicitud de concurso."

Por ello, este motivo de recurso ha de ser desestimado.

Quinto.

Resta por analizar el motivo de recurso frente a la desestimación de la pretensión de considerar a Don Romulo como persona afectada por la calificación culpable y condenarlo a la cobertura del déficit, que la sentencia apelada razona porque tanto la administración concursa como el Ministerio Fiscal han interesado que se declare al mismo como persona afectada por la calificación de concurso culpable en tanto que administrador único de la concursada, sin que hayan especificado si es administrador de derecho o de hecho, resultando de la certificación del Registro Mercantil que Don Romulo no ha ostentado la condición de administrador de la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sino la de apoderado, cargo que ostenta desde 1997 (sic). Se argumenta en la instancia que, corresponde a las partes que califiquen el concurso como culpable acreditar la condición de administrador de hecho de la persona que haya de ser afectada de culpabilidad con dicha condición, sin que nada se haya alegado al respecto ni por el Ministerio Fiscal ni por la administración concursal, que sólo ante la alegación de la falta de legitimación pasiva han reconocido que es un apoderado, pretendiendo de forma extemporánea fundar la condena en su condición de administrador de hecho.

Debemos partir analizando cuál sea la redacción del artículo 172 bis LC aplicable al caso. La sección de calificación fue abierta por Auto de 31 de marzo de 2016, cuando ya estaba en vigor la reforma operada en el precepto por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que convalidó el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, siendo la nueva redacción aplicable a las Secciones abiertas con posterioridad a su entrada en vigor (SSTS 12 de enero de 2015 y 5 de abril de 2018). Por ello, en este caso, resulta de aplicación el vigente art. 172 bis cuyo apartado uno, en la redacción dada por dicha Ley establece: " 1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia."

Por tanto, conforme al indicado precepto, cabe también condenar a la cobertura del déficit a los apoderados generales y administradores de hecho (no sólo a administradores o liquidadores de derecho). La controversia se suscita porque en el presente caso ni la administración concursal en su informe ni el Ministerio Fiscal en su dictamen se refieren en su pretensión de condena de Don Romulo a su condición de apoderado o administrador de hecho, pese a que según se desprende de la certificación del Registro Mercantil aportada con la solicitud de concurso necesario, el mismo fue nombrado apoderado con fecha 20 de marzo de 1996, sin que conste la revocación del poder, refiriéndose en sus respectivos escritos a Don Romulo como administrador único, cuando es lo cierto que no consta haber ostentado el cargo de administrador de derecho. En el informe de la administración concursal se justificaba la consideración de Don Romulo como persona afectada por la calificación, por su condición de administrador de derecho, haciendo constar que era el administrador único. En el dictamen del Ministerio Fiscal se refería de igual forma a Don Romulo como "administrador único".

Debemos tener en cuenta que en el dictamen del Ministerio Fiscal y en el informe de la administración concursal se formulan las pretensiones respecto de la calificación de concurso culpable, personas afectadas y cómplices, y condenas interesadas, viniendo de esta forma delimitado el objeto de la litis que no cabe modificar con posterioridad porque se ocasionaría indefensión a la concursada y a las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación o declaradas cómplices. Así, el art. 169.1 LC exige que en el informe de la administración concursal en que se proponga la calificación del concurso como culpable, se exprese la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación culpable y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, "justificando la causa", lo que incluye, en caso de que la persona que se pretenda sea declarada afectada por la calificación culpable no sea el administrador de derecho, que así se indique y justifique. Lo mismo cabe predicar del dictamen del Ministerio Fiscal, aun cuando no se diga expresamente.

En este sentido, sobre la conformación del objeto litigioso en el incidente de calificación se pronuncia la STS 1 de abril de 2016, en la que se declara que "la Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del Ministerio Fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda. Deben contener una propuesta clara de resolución (art. 169.1 LC), lo que permite relacionar estos escritos de alegaciones con la sentencia de calificación, pues ha de pedirse, en primer lugar, una calificación fortuita o culpable, y, en este segundo caso, lo que pretenden que recoja la sentencia de calificación culpable del concurso, conforme a los pronunciamientos previstos en el art. 172 (tras la Ley 38/2011, también el art. 172 bis LC): personas afectadas por la calificación culpable y, en su caso, los cómplices; tiempo de inhabilitación; pérdida de derechos en el concurso, obligación de restituir lo indebidamente percibido, indemnización de daños y perjuicios ocasionados por las conductas que motivan la calificación culpable, y la posible condena a los administradores (o liquidadores) para indemnizar el importe total o parcial de los créditos no satisfechos con la liquidación (actualmente, cobertura del déficit concursal).

Tanto el petitum como la causa petendi, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, deben quedar claros en el informe y el dictamen que interesan la calificación culpable, pues con arreglo a ello se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse.

Obviamente, estos "demandados" deberán contestar en función de la concreta calificación postulada y de las razones que la justificaban, de las que forman parte los hechos que las sustentan en la práctica, y no podrán ser juzgados por causas y hechos no alegados en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal. De tal forma que, a la vista del informe y el dictamen, con sus respectivos escritos de oposición se conforma el objeto litigioso, que, como ocurre en un juicio declarativo, impide que pueda ser juzgado algo distinto, a riesgo de incurrir en incongruencia la sentencia."

Por ello, no cabe alegar con posterioridad, tras la alegación de falta de legitimación pasiva pro no ser administrador de derecho, que el demandado ha de ser declarado persona afectada por la calificación por su condición de apoderado y de administrador de hecho, porque no es frente a dicha alegación frente a la que se presentó la defensa en el trámite de oposición a la calificación de concurso culpable. Por lo expuesto, este motivo de recurso ha de ser desestimado.

**Sexto.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia de 5 de diciembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz , en autos de Incidente Concursal número 1306.06/2011, tramitados en la Sección Sexta del Concurso seguido con el número 1306 de 2011, debemos acordar y acordamos, revocarla parcialmente , en el sentido de añadir que se declara el concurso culpable también por la causa prevista en el artículo 165.1.1º LC , manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución apelada no afectados por la presente Sentencia.

No se hace una expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifícase la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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.