

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066105

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE GIRONA

Sentencia 144/2022, de 5 de abril de 2022

Rec. n.º 1825/2019

SUMARIO:**Concurso de acreedores. Calificación como culpable. Requisitos y supuestos. Concurso fortuito.**

La Ley Concursal sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en artículo 442 del Texto refundido de la Ley concursal, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro, previsto en el artículo 443 del Texto refundido de la Ley concursal, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este mandato de que el concurso se califique como culpable «*en todo caso (...) cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos*», evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia.

En el presente asunto el administrador concursal considera que concurren los siguientes supuestos del artículo 443: Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso; que será grave cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación, o la aprobación del convenio (los miembros de la sociedad, las sociedades vinculadas o del grupo, los anteriores administradores -de los dos últimos años-, bienes que forman parte del activo, créditos excluidos e incluidos y su graduación...) y se puede realizar tanto de forma intencional, como por infracción de la diligencia debida. El otro supuesto, es la irregularidad contable que tiene que tener relevancia y precisa que afecte a la situación patrimonial o financiera del deudor y que tenga entidad suficiente como para distorsionar significativamente su conocimiento por terceros. El mero hecho de que exista error o falsedad en determinados apuntes en la contabilidad no significa, por sí solo, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. La irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico, sin que sea preciso que se determine el importe exacto de dichas irregularidades. En este caso, no cabe concluir una alteración continuada y relevante en la partida de las existencias.

Respecto al artículo 444 (presunciones *iuris tantum de concurso culpable*), se alega el incumplimiento del deber de solicitar concurso que se configura en torno a dos elementos objetivos (el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como conducta omisiva dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido debido conocer su estado de insolvencia y que esta demora haya agravado la insolvencia y el déficit patrimonial), y uno subjetivo (el dolo o la culpa grave del deudor o de quien actuó por él). Como hecho externo relevante de la insolvencia se ha probado el incumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. También se alega el incumplimiento del deber de colaboración donde se incluyen las siguientes conductas: i) el incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal; ii) no facilitar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso; y iii) la falta de asistencia, por sí o por medio de un representante, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio. No concurre esta causa de culpabilidad por no haber sido pretendida separadamente por la administración concursal.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2020 (TR Ley concursal), arts. 2.4, 5, 7, 8, 442 y 443.

Código de Comercio de 1885, arts. 25, 27 y 28.

Real Decreto Legislativo 1/2010 (LSC), art. 254.

PONENTE:

Don Santiago Aragonés Seijo.

Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942306

FAX: 972223603

E-MAIL: mercantil1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707947120198032803

Concurso voluntario ordinario 1825/2019

Sección sexta: calificación del concurso 1825/2019 E

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto:

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona

Concepto:

Parte concursada y afectado: OLIS ANGELATS S.L., Juan Alberto

Procurador/a: Narcís Jucglà Serra, Immaculada Biosca Boada

Abogado: Francesc Rebled Sarra

Administrador Concursal: AC IURISECO S.L.P

SENTENCIA

Juez: Santiago Aragonés Seijo

Girona, 5 de abril de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Calificación del administrador concursal*

1.1.- Por auto de 14 de diciembre de 2020 se aprobó el plan de liquidación y se ordenó la formación de la sección de calificación.

1.2.- JODOFI S.L presentó escrito de alegaciones sobre la falsedad el valor real de las existencias de la concursada el 11 de enero de 2021.

1.3.- La administración concursal presentó informe de calificación el 25 de octubre de 2021, en el que propuso que el concurso se calificase como culpable en las conductas previstas en los artículos:

- art. 443.4º del TRLC, supuesto especial, iure et de iure, inexactitudes graves en la documentación acompañada junto a la solicitud del concurso.
- art. 443.5º del TRLC, supuesto especial, iure et de iure, irregularidades graves en la contabilidad de la concursada.
- art. 444.1º, presunción de culpabilidad de incumplimiento del deber de solicitar concurso en los plazos establecidos en la ley.

1.4.- Propone la administración concursal que:

1. Que se declare que el concurso de OLIS ANGELATS, S.L. es CULPABLE.
2. Que las personas afectadas por esta calificación son el Administrador de hecho y de derecho Sr. D. Juan Alberto, provisto de NIF NUM000.
3. Que Don Juan Alberto, sea inhabilitado por plazo de DOS AÑOS.
4. Que se ordene la pérdida de cualquier derecho, presente o futuro, que tenga o pudiera tener a su favor la persona de la que se solicita la afectación por la sentencia de culpabilidad,
5. Que Don Juan Alberto, sea condenado al pago del importe de 1.786.444,22 € euros en concepto de daños y perjuicios y cobertura del déficit.

Segundo.

El Ministerio Fiscal presentó informe de calificación como culpable el 9 de diciembre de 2021.

Tercero.

Se ha presentado oposición por la concursada el 4 de febrero de 2022.

Cuarto.

El afectado ha sido declarado en rebeldía por diligencia de ordenación de 4 de marzo de 2022, que es firme.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *De la calificación culpable del concurso.*

1.1.- En cuanto a la calificación culpable del concurso, cabe recordar que según jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia de 6 de octubre de 2011) la Ley Concursal sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.

Conforme a uno de ellos, previsto en artículo 442 del Texto refundido de la Ley concursal, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culpable, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro, previsto en el artículo 443 del Texto refundido de la Ley concursal, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso (...) cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia.

1.2.- Con posterioridad, la sentencia de 17 de noviembre de 2011, ratifica que "cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del artículo 164 determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación."

En el fundamento jurídico cuarto especifica que "el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los artículos 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 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. Si éste no concurre, los supuestos del artículo 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable."

1.3.- Como precisa la sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, de 30 de enero de 2014, "el artículo 165 LC presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor, o en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, hubieren incumplido alguna de las obligaciones previstas en dicho precepto (...). Como dijimos en sentencia de 20 de febrero de 2013, el TS ha precisado el alcance del artículo 165 LC en las sentencias de 21 de mayo y 20 de junio de 2012, en el sentido de que la presunción del precepto se proyecta tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia, a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el artículo 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

La STS de 20 de junio de 2012, que se apoya en la de 21 de mayo anterior, señala que el artículo 165 LC constituye una norma complementaria de la del artículo 164.1 LC, y contiene la presunción iuris tantum de la concurrencia de la culpa grave o dolo, "no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia".

1.4.- Con la nueva redacción del artículo 165.1 LC dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se establecen una serie de presunciones iuris tantum de culpabilidad, de tal forma que la concurrencia de cualquiera de los hechos previstos en la norma hará que el concurso se califique como culpable pudiendo, no obstante, destruirse la presunción por parte del deudor o de las personas afectadas por la calificación.

Sin embargo, ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017 "Pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal". En dicha Sentencia, la Sala Primera también destacó que la nueva redacción del art. 165.1 LC hace que la presunción se extienda tanto al carácter doloso o gravemente culposo de la conducta como a la incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, pudiendo el afectado destruir dicha presunción mediante la justificación de la ausencia de uno u otro elemento. En el mismo sentido, la Sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 2016.

Segundo. Supuestos especiales

2.1.- En el presente asunto el administrador concursal considera que concurren los siguientes supuestos del artículo 443 del Texto refundido de la Ley concursal, en los que resulta irrelevante la acreditación de que las conductas han generado o agravado la insolvencia:

4.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

2.2.- Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso

La inexactitud supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación, siendo el documento auténtico y válido. Esta inexactitud debe ser grave, y lo será cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación, o la aprobación del convenio (los miembros de la sociedad, las sociedades vinculadas o del grupo, los anteriores administradores -de los dos últimos años-, bienes que forman parte del activo, créditos excluidos e incluidos y su graduación...).

En cualquier caso, tanto la inexactitud de la documentación, que la norma exige expresamente que sea grave, como la falsedad, han de tener relevancia. Como advierte la STS 650/2016, de 3 de noviembre, es necesario que la inexactitud o falsedad "tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio".

La jurisprudencia contenida en la STS 650/2016, de 3 de noviembre, ha admitido que la conducta relativa a las inexactitudes graves pueda realizarse tanto de forma intencional, "como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación". La intencionalidad o negligencia se encuentra insita en la propia conducta, sin que sea precisa una acreditación

adicional. Y así lo advirtió la reseñada sentencia, al afirmar que "el juez del concurso no necesita hacer un enjuiciamiento añadido, destinado a determinar si la comisión de tal inexactitud en la presentación de esos documentos constituye un comportamiento merecedor de reproche a título de culpa grave o dolo en la presentación de tales documentos".

Cuando la inexactitud o falsedad se refiera a la documentación contable, se corre el riesgo de que la misma conducta y por el mismo desvalor sea invocada para justificar la calificación culpable del concurso tanto por el ordinal 4º como por el 5º de este art. 443TRL. La jurisprudencia ha tratado de evitarlo. Por eso la STS 650/2016, de 3 de noviembre, afirma que para la apreciación de esta causa (la equivalente al actual ordinal 4º del art. 443 TRLC)

"como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art 164.2.1º de la Ley Concursal (actual art. 443.5º LC)". Esta doctrina fue reiterada por la STS 670/2019, de 12 de diciembre.

La STS 670/2019, de 12 de diciembre, en un caso en que la inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso se refería al balance de situación, que formaba parte de la información contable que la sociedad concursada debía suministrar, rechazó que el concurso pudiera ser calificado culpable sobre la base de esta causa de calificación (art. 164.2.2º LC, actual art. 443.4º TRLC), porque ya lo había sido por el mismo hecho en aplicación de la causa del art. 164.2.1º LC (actual art. 443.5º TRLC), con la siguiente argumentación:

"La falta de aportación de documentación contable podría incardinarse tanto en el ordinal 1º como en el ordinal 2º del art.164.2 LC, pero al encerrar el mismo desvalor, podría calificarse culpable el concurso por cualquier de ellas pero no por las dos al mismo tiempo. Del mismo modo, en el presente caso, una vez que se ha calificado culpable el concurso por irregularidades relevantes en la contabilidad aportada que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la concursada (art. 164.2.1º LC), no cabe apoyarse en alguna de estas irregularidades contables para fundarla calificación culpable de concurso en la inexactitud grave de uno de los documentos contables aportados (en este caso, el balance de situación)".

2.2.1.- Alegaciones de la administración concursal

El administrador concursal señala que "Podemos enumerar como irregularidades contables la diferencia existente entre la lista de acreedores aportada por la concursada en la solicitud del concurso, la que figuraba en libros y la elaborada por esta A.C. en sus informes del artículo 292 del TRL y posteriormente en su primer informe de Textos Definitivos del artículo 303 del TRLC. Diferencia Lista de Acreedores Definitiva presentada por la A.C con lista aportada por la concursada en la solicitud de concurso: -1.136.800,31 € Diferencia Lista de Acreedores Definitiva presentada por la A.C. con la contabilidad extraída de la empresa: -1.925.051,25 €".

2.2.2.- Oposición

La concursada se opone por la diferencia de los importes alude a meras faltas de reconocimiento de créditos que la concursada no tuvo en cuenta por error y que fueron comunicados con posterioridad, sin que ninguno de ellos adolezca de una relevancia suficiente como para entender que se esté desvirtuando la imagen patrimonial de la concursada.

De hecho, el crédito de mayor importe que no reconoce la concursada pero sí lo hace la Administración Concursal, es un crédito a favor del propio Juan Alberto, que asciende al importe de 105.118,54.-€, circunstancia que acredita la ausencia de culpa grave por parte del deudor y la inexistencia de oposición alguna para reconocer la totalidad de los créditos desglosados por la Administración Concursal.

Por tanto, a efectos de analizar la trascendencia informativa que la diferencia numérica entre un listado de acreedores y otro tiene para el presente concurso, destacar que estamos ante una discrepancia que responde a desacuerdos meramente formales en cuanto a la contabilización de la deuda y que no afectan en ningún caso a la correcta evolución del concurso ni al reflejo de la imagen patrimonial de la concursada.

2.2.3.- Decisión

No concurre de esta causa de culpabilidad por tratarse de una mera discrepancia entre el pasivo informado por el concursado y por lo que, finalmente, resultó reconocido. Ello no ha afectado a las operaciones de liquidación. Además, se mezcla en esta causa de culpabilidad lo que es propio de la posible irregularidad contable, y un mismo hecho no puede formar parte de dos causas distintas.

2.3.- Irregularidades contables relevantes

La administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que la concursada cometió varias irregularidades relevantes en su contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

a) Una irregularidad en la contabilidad; irregularidad que, en un sentido amplio, podría entenderse como una infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados y, de modo más estricto, en una infracción legal sobre la forma de llevanza de dicha contabilidad.

b) La relevancia de la irregularidad, que ha de ser valorada únicamente desde la perspectiva de que dificulte o impida la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

Debemos precisar más aún el concepto de "irregularidad relevante". A nuestro criterio, 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. Este motivo de culpabilidad está huérfano de elemento subjetivo alguno (aun cuando generalmente vaya acompañado de intencionalidad) pues se hace depender, exclusivamente, de datos objetivos: irregularidad y relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. También es ajeno a la causa que ello haya generado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad.

Tales irregularidades contables infringen las exigencias de fiabilidad y prudencia contenidas en el Plan General de Contabilidad aprobado por RD 1514/07 y según el cual "La información es fiable cuando está libre de errores materiales y es neutral, es decir, está libre de sesgos, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar".

Por otro lado y como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 2015, señala que: "...el precepto exige que concurra una irregularidad contable, que sea relevante y que dificulte o falsee la comprensión de la verdadera situación económica de la empresa en concurso".

Sobre lo que debe entenderse como "irregularidad contable", la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 15 de junio de 2000, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre "Errores e Irregularidades" (BOE 3 de agosto de 2000), distingue entre "error" e "irregularidad" (apartado 1).

El término "error" se refiere, "en el contexto de esta norma técnica, a actos u omisiones no intencionados cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales, tales como: Errores aritméticos o de transcripción en los registros y datos contables. Inadvertencia o interpretación incorrecta de hechos. Aplicación incorrecta de principios y normas contables." (Apartado 2). Y la expresión "irregularidad" alude, siempre en el contexto de esta norma técnica, "a los actos u omisiones intencionados, cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales". La propia norma incluye como supuestos de irregularidad la manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos; la apropiación indebida y utilización irregular de activos; la supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos; el registro de operaciones ficticias; y, finalmente, la aplicación indebida e intencionada de principios y normas contables (apartado 3).

Es cierto que la propia Resolución recuerda que esta distinción lo es a los efectos de la propia norma técnica, pero teniendo en cuenta, de un lado, que el art. 443.5.º TRLC utiliza el término "irregularidad", y, de otro lado, que la Ley Concursal no solo es una norma posterior sino una norma específica sobre la materia y que además tiene un carácter sancionador, no podemos prescindir del matiz.

Así podemos decir que por "irregularidad contable" se entiende cualquier incumplimiento intencionado, por acción u omisión, de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados, siempre que sea de tal entidad o importancia que por su consecuencia se altere la imagen de la situación patrimonial o financiera de la sociedad que ofrece la contabilidad.

Partiendo del paradigma conceptual de la "irregularidad contable" de acuerdo con los precedentes obtenidos de diferentes resoluciones de nuestros Tribunales y por lo que se refiere al caso de autos, cabe concluir que no se acredita suficientemente con el efecto prevenido en el art. 217 LEC, la concurrencia de esta causa de culpabilidad del concurso, fundada en la presunta llevanza de una contabilidad que presentaba graves inexactitudes que determinaban el incumplimiento del principio general de contabilidad consistente en mostrar la imagen fiel del

patrimonio y de la situación económica y financiera de la sociedad a que hace referencia la regla 1ª de la Parte 1ª del Plan General Contable (PGC) aprobado por Real Decreto de 16/11/2007.

Por todo ello, procede analizar si las irregularidades contables analizadas por la administración concursal son tales y, sobre todo, si es relevante para la comprensión de su situación patrimonial y si ha impedido que el administrador concursal haya podido analizar, a partir de las cuentas, cuál es la verdadera situación patrimonial de la sociedad y cuáles han sido las causas determinantes de su insolvencia (SAP Barcelona, 15.ª, de 15 de septiembre de 2016).

Concluye la Sentencia del Tribunal Supremo número 275/2015 de 7 mayo que "Esta Sala ha declarado que 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 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 (sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril)".

En la medida en que las conductas recogidas en este art. 443.5ºTRLC no son tipos de resultado, sino de actividad, para su apreciación no es necesario acreditar que se haya ocasionado un daño o perjuicio patrimonial, sino que basta la realización de este comportamiento, aunque se exija que el incumplimiento o la irregularidad sea relevante en atención a la finalidad perseguida con la contabilidad. Sin perjuicio de que para la explicación de por qué se sancionan estas conductas con la calificación culpable, la doctrina haga referencia al "perjuicio informativo" que entrañan para los terceros, en cuanto les impide conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del deudor, necesario sobre todo para quienes contratan con el o le financian:

"para que las irregularidades contables puedan justificar la calificación culpable es necesario no sólo que se haya contravenido la normativa contable, sino además que tengan entidad suficiente, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la entidad concursada" (STS 319/2020, de 18 de junio).

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al declarar que este tipo "no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad" (STS 994/2011, de 16 de enero de 2012). Este razonamiento llevó al tribunal a rechazar la clásica distinción entre error e irregularidad (marcada por la intencionalidad), que se había pretendido para eximir de responsabilidad en el primer caso. Y la STS 490/2016, de 14 de julio, da un paso más y declara que "la culpa grave (...) está ínsita en la misma omisión de los deberes contables", ya que -cuando menos constituye una negligencia grave del administrador (STS 719/2016, de 1 de diciembre).

Relevancia de estas irregularidades:

La relevancia de la irregularidad contable precisa que afecte a la situación patrimonial o financiera del deudor y que tenga entidad suficiente como para distorsionar significativamente su conocimiento por terceros. En la doctrina se liga la relevancia de la irregularidad contable a la gravedad del perjuicio informativo que entraña. La jurisprudencia entiende que la exigencia legal de que la irregularidad contable sea relevante significa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. Así, para la STS 583/2017, de 27 de octubre, "la irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior". La STS 343/2015, 5 de junio, puntualiza que "el mero hecho de que exista error o falsedad en determinados apuntes en la contabilidad no significa, por sí solo, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera". Y respecto de si la irregularidad debe ser puntual (relativa a cada anotación contable discutida) o conjunta, la STS 583/2017, de 27 de octubre, advierte que la norma "no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del art. 164.2.1.º LC (actual art. 443.5º TRLC), al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas".

Sobre la cuantía exacta de cada irregularidad contable ha declarado la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona número 308/2021, de 18 de mayo:

"En todo caso, la ley no exige que para poder declarar que existen irregularidades contables, se determine el importe exacto de dichas irregularidades y la trascendencia económica exacta que ello hubiera supuesto en el balance de situación de la sociedad. Basta con demostrar que se han producido irregularidades contables no justificadas y que éstas tienen relevancia en cuanto a una de las finalidades principales de la contabilidad, que representen la imagen fiel de la sociedad".

Finalmente, en la sentencia 653/2019, de 30 de septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona se destacó algo muy importante en relación a los destinatarios de la contabilidad, que no son solo los terceros sino también el propio empresario obligado a llevarla:

"La contabilidad es un conjunto de normas y procedimientos dirigidos a ordenar y registrar las operaciones económicas realizadas por la empresa, recogiendo la información básica de la situación económica y financiera.

Es una fuente de información fundamental para la toma de decisiones. El primer destinatario y usuario de la información es el propio empresario que la utilizará para la toma de decisiones de inversión, fijación de precios, estrategia, comercial etc...

También los acreedores son usuarios de la contabilidad, si bien con carácter más limitado, ya que, normalmente, sólo tendrán acceso a los datos que se publican en el Registro Mercantil al depositar la cuentas, puesto que el contenido de los libros registro no es público.

Tras la declaración del concurso la AC se convierte en usuario de la contabilidad, de la que se servirá - entre otros medios- para determinar la masa pasiva, la masa activa, las causas de la insolvencia y qué acciones u omisiones han generado o agravado la insolvencia y en qué medida, a tal fin tendrá acceso a la contabilidad completa, incluidos los libros registro obligatorios o voluntarios.

Para que la contabilidad sea útil a los fines que se ordena es preciso que sea fiable, comprensible, relevante y comparable, es por ello que debe ajustarse a lo dispuesto en la normativa aplicable que comprende:

- a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil, incluida la Ley de Sociedades de Capital (LSC).
- b) El Plan General de Contabilidad (PGC) y sus adaptaciones sectoriales.
- c) Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), y
- d) la demás legislación española que sea específicamente aplicable.

Establecen los artículos 25 y 27 del Código de Comercio que de la contabilidad debe ser ordenada y adecuada para permitir el seguimiento cronológico de todas las operaciones y la elaboración de inventarios y balances.

El artículo 28 del Código de Comercio exige la llevanza del libro de Inventarios y cuentas anuales y del libro diario. El libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial y, al menos trimestralmente, se transcribirán los balances de comprobación, así como el inventario de cierre del ejercicio. En el libro diario se registrarán día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, aunque también podrán realizarse anotaciones trimestrales, siempre que el detalle conste en otros libros no obligatorios, con los que necesariamente deberá concordar el libro diario.

Anualmente se formularán las cuentas que comprenden: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios del patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y la memoria (artículo 254 LSC). El contenido de las cuentas anuales debe concordar con el de los libros registro que registran las operaciones realizadas durante el ejercicio".

2.3.1.- Alegaciones de la administración concursal

El administrador concursal considera que constituyen irregularidades contables relevantes la contabilización de las existencias reales de la concursada en los ejercicios de los años 2016 a 2019.

Afirma el administrador concursal que después de verificar la documentación aportada por la concursada y observadas diversas incidencias e irregularidades contables, "llámese irregularidades" a diferencias de saldos y movimientos contables con respecto a la realidad puesta de manifiesto a través de las insinuaciones de saldos de los acreedores y de nuestras investigaciones a raíz de tener conocimiento y revisar detenidamente que los informes de la auditoría obligatoria de las cuentas anuales a la que estaba sometida la concursada de los dos últimos ejercicios contables, presentaban salvedades, en concreto en el ejercicio de 2017 la salvedad era con respecto a las existencias por diferencias en las mismas y el informe de auditoría correspondiente al ejercicio del 2018 los auditores denegaron la opinión.

Para llegar a la conclusión que la partida de existencias no es correcta el administrador concursal parte el ejercicio del año 2015, que considera no afectado por la irregularidad contable.

Así, en el ejercicio 2016, las existencias finales que la concursada contabiliza en sus cuentas anuales e impuesto de sociedades, es de 2.382.305,14 € y esta A.C. detecta en las extrapolaciones y en los cálculos realizados, que el importe que se debería haber contabilizado era de 1.986.220,54 €, por lo que se pone de manifiesto una diferencia de -396.084,60 €. Con ese resultado, los Fondos Propios/ Patrimonio Neto quedan resentidos negativamente y de los 347.203,75 € que presentaba la concursada en sus cuentas, realizando la corrección correspondiente, pasa a ser de -48.880,85 € a finales del ejercicio 2016.

Siguiendo con el ejercicio siguiente, el 2017 y tomando como dato las existencias finales calculadas por esta A.C. como iniciales, para realizar los mismos cálculos con los mismos parámetros, obtenemos que el importe de las existencias finales en el ejercicio 2017 debían de ser de 1.428.308,45 € y 2.689.714,12 € como figuraba en los balances de la concursada, con lo que se vuelve a producir una nueva diferencia de -1.261.406,27 €. Como en el anterior ejercicio, dicha diferencia viene a repercutir directamente a la cuenta de resultados que la concursada tenía contabilizado por 26.720,73 € y aplicando la corrección obtenida de la diferencia calculada, el resultado del ejercicio de 2017 debería de ser negativo por un importe de - 1.234.685,54 €, que de igual modo impacta en el Fondos Propios/Patrimonio Neto de la mercantil, que en sus cuentas reflejaba un patrimonio neto de 383.924,48 €, cuando en realidad y aplicados los resultados del ejercicio 2017 y acumulando los resultados de los ejercicios anteriores, resulta ser de -1.310.287,13 €.

En el ejercicio siguiente, siguiendo el mismo criterio, se produce el efecto contrario, y se reducen contablemente las existencias por parte de la concursada, situándolas a un importe de 1.418.838,57 € lo cual, ante la disminución de las ventas, provoca un resultado negativo de -2.047.668,25 € Esta A.C., en sus cálculos sitúa el importe de las existencias a 1.733.999,54 €, por lo que el resultado negativo sería menos al contabilizado por la empresa, en 315.160,97 € y sería de - 1.732.507,28 € Consecuentemente y como en los anteriores ejercicios, con la contabilización de ese nuevo resultado, los Fondos Propios/Patrimonio Neto, siguen sumando números negativos y se sitúan en -3.042.794,41 €, ya a finales del ejercicio de 2018.

En el ejercicio de 2019, cuando ya se produce el desenlace final, presentándose al juzgado, la iniciación de negociaciones para acuerdos de refinanciación o bien llegar a un convenio con los acreedores, la contabilidad queda en el olvido y no se cierra como hemos comentado hasta mediados del mes de julio de 2020, no obstante se obtienen los datos contables, aunque erróneos e inexactos como ya hemos manifestado y en la fecha del concurso las existencias se sitúan en 82.300,00 €, el resultado del ejercicio hasta ese momento es de -2.410.889,92 € y ello impacta nuevamente en los Fondos Propios/ Patrimonio Neto, ascendiólo negativamente hasta -4.046.693,56 €.

2.3.2.- Oposición

La concursada destaca que en un primer momento, la administración concursal señaló que cuando acudió a las instalaciones de la mercantil, la totalidad de las unidades e importes que contabilizó coincidían con la lista aportada por la concursada y con el importe que figuraba tanto en contabilidad a fecha de declaración de concurso como en el Inventario de bienes y derechos aportado por la concursada. No obstante, detectan irregularidades en relación con los ejercicios anteriores, concretamente, los ejercicios 2017 y 2018, en base a lo reflejado en el informe de auditoría de las Cuentas Anuales de ambos ejercicios, ejercicios en los que la AC no tuvo la oportunidad de ir a las instalaciones y contabilizar personalmente las existencias, oportunidad que sí tuvo el auditor de cuentas nombrado por la concursada durante estos dos ejercicios para formular dichas cuentas anuales.

Considera la concursada que los informes de auditoría no acreditan las irregularidades contables pretendidas.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que tuvo lugar una disminución relevante de las existencias de la concursada, esto no encuentra su motivo sino en que a efectos de presentar la solicitud de concurso con una documentación que reflejara lo mejor posible la situación de la sociedad, la concursada tuvo que revalorizar el total del activo porque hacía tiempo que no lo hacía. Esto comportó que los valores disminuyeran al tener productos que ya eran inservibles u obsoletos y otros que directamente no se podían consumir, circunstancia que comúnmente ocurre en sociedades cuyo objeto social es la distribución y comercialización de productos de alimentación. De ello se desprende la conclusión de que no ha habido una intencionalidad por parte de la concursada a la hora de mostrar su situación económica patrimonial y que la misma nunca ha impedido al tercero tener una información correcta y suficiente de su estado patrimonial. Asimismo, la AC más allá de reflejar los datos numéricos de la contabilidad de la concursada, no analiza si efectivamente esta situación implicó que no pudiera mostrarse una imagen fiel de la verdadera realidad patrimonial y financiera de la mercantil, pretexto necesario para entender la concurrencia de la causa de culpabilidad del artículo 443.5º TRLC

2.3.3.- Decisión

No concurren las irregularidades reseñadas por el administrador concursal dado que de las salvedades en el ejercicio 2017 y la denegación de opinión en el ejercicio 2018 por parte del que fuera auditor de la concursada no cabe concluir una alteración continuada y relevante en la partida de las existencias.

Como destaca la concursada lo que dice el informe del ejercicio 2017 es hubo un exceso de 129.608.-€ en la cuenta de Activos por Impuesto diferido y de los Fondos Propios de la Sociedad. Por su parte, la partida de Proveedores y de Aprovisionamientos estaría minusvalorada y la cuenta de pérdidas y ganancias y los fondos propios a fecha del cierre del ejercicio estaría sobrevalorada en 92.861.-€.

Dado el importe global de las cuentas anuales de la concursada, tales cifras no constituyen una irregularidad relevante suficiente.

Respecto al ejercicio de 2018, la denegación de la opinión no lo es tal, en ninguna parte del informe la auditora alega esa imposibilidad, si bien admite que existen riesgos e incertidumbres que pueden afectar la evolución futura de la Sociedad. Más allá de esta alerta, afirma que de la consulta del Balance y de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, la Sociedad desarrolló normalmente su actividad durante el año 2018, debiendo hacer frente a dificultades surgidas en la dinámica económica del día a día, que se superaron no sin dificultad.

Aún cuando la opinión fuera denegada, como recuerda la STS 432/2012, de 9 de julio:

"(...) la opinión denegada por el auditor no prejuzga que las cuentas anuales no reflejen la imagen fiel, pues tal denegación de opinión viene motivada por las reseñadas incertidumbres y no puede equipararse a una opinión desfavorable."

Finalmente, no se acaba de comprender como es posible reelaborar las cuentas anuales de los ejercicios 2017 a 2019 partiendo de los informes de auditoría dado que es obvio que el administrador concursal nombrado con posterioridad no puede contabilizar las existencias de años anteriores. En el momento de presentar la solicitud, atendiendo al objeto social de la concursada (alimentación), resultó necesario que los valores disminuyeran al tener productos que ya eran inservibles u obsoletos y otros que directamente no se podían consumir.

Tercero. Presunciones de culpabilidad

3.1.- El administrador concursal considera que concurren las siguientes presunciones iuris tantum del artículo 444 del Texto refundido de la Ley concursal:

"El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3.2.- Incumplimiento del deber de solicitar concurso

El tipo legal se configura en torno a dos elementos objetivos (el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso y que esta demora haya agravado la insolvencia y el déficit patrimonial), y uno subjetivo (el dolo o la culpa grave del deudor o de quien actuó por él). A los dos criterios objetivos se refiere la jurisprudencia, contenida en las SSTS 772/2014, de 12 de enero de 2015, y 269/2016, de 22 de abril, en el siguiente sentido:

"Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo comoculpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial (...) son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable"

Se trata de una conducta omisiva: dejar de cumplir con un deber legal. Para su apreciación, ha de comprobarse que se cumplía el presupuesto para el nacimiento de este deber en un momento determinado y que se dejó pasar el plazo preceptuado por la ley sin cumplirlo. El art. 5 TRLC impone al deudor el deber de instar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia, esto es, desde que no pudo cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Como advierte la

jurisprudencia, "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 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" (STS 275/2015, de 7 de mayo, con cita de la STS 122/2014, de 1 de abril). Para juzgar sobre la prontitud del deudor para instar su concurso nos guiaremos en principio por las circunstancias invocadas y acreditadas por el propio deudor o por sus acreedores para justificar el estado de insolvencia, ordinariamente sobre la base de alguno de los actos externos que revelan la insolvencia del art. 2.4 TRLC. Pero nada impide que, sobre todo cuando el concurso sea voluntario, pueda aducirse y acreditarse la concurrencia de otra circunstancia que pone de relieve la insolvencia anterior.

El plazo de dos meses comienza a correr desde que se conoció o pudo conocerse el hecho que revela la imposibilidad de pagar o la misma situación de imposibilidad, atendiendo a la diligencia exigible al deudor, sobre todo cuando sea comerciante y esté obligado a llevar contabilidad. La jurisprudencia ha remarcado que el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino también cuando se debió conocer (STS 349/2014, de 3 de julio), sin que sea preciso que se referencie a un día exacto, pues basta con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el art. 5 TRLC (STS 269/2016, de 22 de abril).

El art. 5.2 TRLC presume iuris tantum que el deudor conoce la situación de insolvencia desde que acaece alguno de los hechos reveladores del estado de insolvencia del art. 2.4 TRLC. Tratándose de impagos sectoriales del art. 2.4.5.º TRLC, el plazo de dos meses comenzará a contar desde que hayan transcurrido los tres meses de incumplimiento generalizado de alguna de estas obligaciones tributarias, de seguridad social o laborales.

El tipo se cumple tanto cuando el incumplimiento del deber de instar el concurso ha propiciado que fuera solicitado por los acreedores (concurso necesario), como también cuando lo que existe es un retraso en la petición de concurso por el deudor, en cuanto queda de transcurrir más de dos meses desde la aparición del estado de insolvencia antes de pedir su concurso (concurso voluntario). En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (STS 614/2011, de 17 de noviembre).

Los sujetos autores de esta conducta son los obligados por el deber de solicitar el concurso: el propio deudor persona física o, en su caso, sus representantes legales; y, tratándose de un deudor persona jurídica, sus administradores o liquidadores, no sólo los legales, sino también los de hecho, en la medida en que la solicitud de concurso dependía de su decisión. Aunque no fueran los directamente legitimados para pedir el concurso, tenían capacidad de decisión para imponer al administrador o liquidador legal su cumplimiento.

3.2.1.- Alegaciones de la administración concursal

Fija el administrador concursal la insolvencia de la concursada a finales del ejercicio 2017, al ponerse de manifiesto los Fondos Propios / Patrimonio Neto, cuyo importe negativo ascendía a -1.310.287,13 €, agravándose en los ejercicios siguientes, hasta la solicitud del pre concurso en el mes de mayo de 2019, si contamos la presentación o julio del mismo año, si contamos la fecha del decreto de inicio de las negociaciones, sin que la concursada haya realizado acción alguna con respecto a la presentación del concurso durante ese periodo de casi dos años. Cabe manifestar y hacer hincapié, que la cuenta de acreedores en fecha 31 de diciembre de 2017, que es cuando se produce "la insolvencia actual" por los FP/PN negativos, ascendía de acuerdo con la contabilidad de la concursada al importe de 6.764.417,09 €.

Si el plazo se cuenta desde el día en el que se dicta el Decreto, fecha 12 de julio, la finalización del plazo para la presentación del concurso voluntario sería el 12 de noviembre de 2019, habiéndose presentado el concurso el 9 de diciembre de 2019 fuera del plazo por casi un mes de retraso.

3.2.2.- Oposición

Se niega la existencia de situación de la insolvencia al decirse que

3.2.3.- Decisión

La insolvencia concursal concurría desde el primer trimestre del año 2019, momento en el que se dieron dos hechos externos reveladores de la insolvencia, en particular "El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período" (art. 2.4.5.º TRLC). Acompaña el concursado como Documento nº 2 comunicación de la administración tributaria en la que las primeras deudas entre la AEAT y la concursada se devengan durante el primer trimestre de 2019 y como Documento nº 3

comunicación de la TGSS en la que las primeras deudas entre la TGSS y la concursada también devengan a partir del primer trimestre 2019, este es, pocos meses antes de la presentación del precurso en mayo de 2019.

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, debe distinguirse entre desbalance patrimonial, incluso el de pérdidas agravadas que obligan a la disolución de la sociedad, y la insolvencia, como incapacidad de atender puntualmente a las obligaciones exigibles. Como hecho externo relevante de la insolvencia se ha probado el incumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Frente a ello, se han desestimado las irregularidades contables y los resultados negativos no implican que concurra la insolvencia que obliga a presentar la solicitud de apertura de negociaciones o de concurso. Finalmente, debe entenderse que el cómputo del plazo para solicitar el concurso debe situarse en el momento de dictarse el decreto teniendo por comunicado la apertura de las negociaciones, ya que en ese momento despliega sus efectos de suspensión de las ejecuciones, presupuesto necesario para garantizar la viabilidad de la empresa durante la negociación, por lo que la solicitud está presentada dentro de plazo.

3.3.- Incumplimiento del deber de colaboración

a) Configuración legal del tipo

El art. 444.2º TRLC tipifica diversas conductas que tienen en común la falta de colaboración o participación del deudor en su concurso, que facilite el cumplimiento de la solución más ventajosa para los acreedores. Estas conductas son: i) el incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal; ii) no facilitar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso; y iii) la falta de asistencia, por sí o por medio de un representante, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio. Las dos primeras conductas merecen un tratamiento común y pueden englobarse bajo el título común de incumplimiento de los deberes de colaboración impuestos en la ley, entre los que se encuentra el suministro de información, o requeridos específicamente por los órganos del concurso, el juez o la administración concursal.

i) El incumplimiento del deber de colaboración, propiamente dicho.

La declaración de concurso impone al deudor deberes de colaboración con el concurso, y especialmente con la administración concursal. El auto que declare el concurso requerirá al deudor para que aporte en el plazo de diez días, contados desde que se le notifique, los documentos previstos en los arts. 7 y 8 TRLC (art. 28.2 LC), que son los que debería haber aportado al instar el concurso voluntario: básicamente, la historia jurídica y económica del deudor y, si es comerciante, la información contable y complementaria. Por otra parte, el art. 134 TRLC impone al concursado el deber de poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. Al margen de esta información, el juez del concurso y la administración concursal podrán requerir al deudor o, en el caso de las personas jurídicas, sus administradores o liquidadores, y también los directores generales, para que comparezcan cuantas veces sean requeridos, y colaboren o presten información relevante para el interés del concurso. Este interés puede referirse a la determinación del inventario y la elaboración la lista de acreedores, pero también puede serlo para el cumplimiento a tiempo de obligaciones tributarias o de seguridad social, y para reclamar frente a terceros los derechos que le pudieren corresponder. Todo ello conforme a lo prescrito con carácter general en el art. 135 TRLC. Aunque la mayor parte de los casos de falta de colaboración guardan relación con no haber suministrado información o el conocimiento de hechos o circunstancias relevantes para el concurso, por serlo para la masa activa, también podrían incluir el desinterés o la desidia del concursado o de quienes actúan por él. Esto puede ocurrir tanto por desatender al requerimiento o petición expresa de colaboración en un asunto concreto que hubiera facilitado una ventaja patrimonial para la masa o evitar una lesión, en ambos casos significativa; como también por dejar de hacerlo cuando fuera consciente de que debería prestarlo, y sin que los órganos puedan requerírsele por desconocerlo que sí saben el concursado o sus representantes.

b) Alcance de la presunción

El incumplimiento, total o parcial, de este deber o su cumplimiento defectuoso, siempre que sea relevante, permite presumir culpable el concurso. Esto es, que este comportamiento ha contribuido a agravar la insolvencia con dolo o culpa grave. Tratándose de conductas necesariamente posteriores a la declaración de concurso, porque presupone su declaración, no cabe presumir que hayan generado la insolvencia, sino más bien su agravamiento. Así lo ha entendido la jurisprudencia, contenida en la STS 656/2017, de 1 de diciembre:

"En el caso de la conducta prevista en el art. 165.2 de la Ley Concursal (actual 444.2º TRLC), al tratarse necesariamente de una conducta posterior a la declaración de concurso, esta incidencia causal no puede referirse

a la insolvencia previa, la que determina la declaración de concurso, sino a la agravación, durante la tramitación del concurso, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la solución del concurso sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos".

La administración concursal y el fiscal que pretendan fundar en esta conducta la calificación culpable, deberán especificar en qué ha consistido el incumplimiento del deber de colaboración. Para ello tendrán que justificar qué colaboración era legalmente exigible al deudor y, en su caso, qué concreta colaboración le fue requerida por la administración concursal, debiendo correr de cuenta del deudor la acreditación de su cumplimiento. Y, en cualquier caso, el deudor o a quien se atribuya, respecto de esta conducta, la consideración de persona afectada por la calificación, pueden desvirtuar la presunción de culpabilidad si acreditan que tal incumplimiento no contribuyó de manera significativa a agravar la insolvencia (no generó un detrimento patrimonial relevante para la masa activa), o que no medió dolo o culpa grave. En este sentido se pronuncia la STS 656/2017, de 1 de diciembre, cuando razona:

"Es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en el art. 165.2 de la Ley Concursal, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada. Pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal. (...) Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culpable, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución del concurso".

3.3.1.- Alegaciones de la administración concursal

Afirma la administración concursal que no dispuso de la contabilidad de la concursada cerrada en la fecha del concurso (12-12-2019) y el ejercicio cerrado a (31-12-2019) hasta entrada ya el mes de julio, casi 7 meses después.

3.3.2.- Oposición

La concursada considera que no existe mejor prueba en contra que las mismas alegaciones que el AC redacta en su informe disculpando o eximiendo dicha falta de colaboración, pues si ha llegado a esta conclusión significa que la entrega tardía por parte de la concursada no implicó en ningún caso perjuicio alguno al buen transcurso del concurso ni tampoco a ninguno de sus acreedores. Por lo tanto, la falta de colaboración de la concursada no incidió en la causación o agravación de la insolvencia y, por ende, no es razonamiento suficiente para calificar el concurso como culpable.

3.3.3.- Decisión

No concurre esta causa de culpabilidad por no haber sido pretendida separadamente por la administración concursal. Se refirió en su informe a la aportación tardía de la contabilidad, pero no ha interesado que se declare como culpable en base a la falta de colaboración.

En definitiva, han acreditado los demandados que la concursada no incurrió en ninguna causa de culpabilidad, por lo que el concurso debe ser declarado como fortuito y no procede entrar a analizar las consecuencias de los artículos 455 y 456 del Texto refundido de la Ley concursal.

Cuarto. De las costas procesales

Pese a la desestimación de la demanda, no se imponen las costas procesales a ninguna de las partes al resultar necesaria la oposición de la concursada para desvirtuar los indicios de que concurría una situación de insolvencia, por lo que concurrían serias dudas de hecho (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

1. Declaro como FORTUITO el concurso de OLIS ANGELATS S.L.
2. Sin imposición de las costas del presente incidente a ninguna de las partes.

Modo de impugnación: recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Girona, sección primera (artículo 460 del Texto refundido de la Ley Concursal).

El recurso se puede interponer únicamente por quienes hubieran sido parte en la sección sexta mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de VEINTE días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 de la LEC).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Juez

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.