



Roj: **SAP O 896/2013 - ECLI: ES:APO:2013:896**

Id Cendoj: **33044370012013100078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2013**

Nº de Recurso: **243/2012**

Nº de Resolución: **68/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 896/2013,**
STS 432/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00068/2013

Rollo:243/12

S E N T E N C I A NÚM.68/13

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Guillermo Sacristán Represa

MAGISTRADOS

D. Jaime Riaza García

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, once de Marzo de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de CONCURSO ORDINARIO 0000484 /2006- Calificación del Concurso-Sección 6ª, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000243 /2012, en los que aparece como parte apelante, FABRICA DE LOZA SAN CLAUDIO S.A. EN LIQUIDACION, representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ, asistido por el Letrado D. LUIS LLANES GARRIDO; y Humberto , representado por la Procuradora MARÍA CONCEPCIÓN GONZÁLEZ ESCOLAR, asistido por el Letrado EUTIMIO MARTÍNEZ SUÁREZ y como partes apeladas, ADMON.CONCURSAL DE FABRICA DE LOZA SAN CLAUDIO, S.A., asistida por el Letrado D. DOMINGO VILLAAMIL GOMEZ DE LA TORRE; y el MINISTERIO FISCAL en la representación legal que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 29-7-11 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Calificar como culpable el concurso de la entidad FRÁBRICA DE LOZA SAN CLAUDIO S.A., con los efectos siguientes:



1. Declarar persona afectada por la calificación a D. Humberto ;
2. Declarar la inhabilitación de D. Humberto para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período;
3. Condenar a D. Humberto al pago de 311.062'51?. En materia de intereses se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Octavo.
4. En Materia de costas se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Noveno.

Una vez firme esta sentencia, líbrese mandamiento al Registro Mercantil de Asturias para la inscripción de la sanción de inhabilitación".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada FABRICA DE LOZA DE SAN CLAUDIO S.A. EN LIQUIDACIÓN y Humberto , que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8-3-13, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La secuencia de fases procesales que conducen al planteamiento de la cuestión ahora enjuiciada es la siguiente: 1) el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo acordó mediante Sentencia de 8 noviembre 2007 aprobar la propuesta de convenio que fue presentada por la concursada "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." y que había sido aceptada por la Junta de Acreedores celebrada el 16 octubre 2007, acordando asimismo, entre otros pronunciamientos, la formación de la sección sexta de calificación del concurso habida cuenta que el convenio aprobado contenía quitas superiores a un tercio de del importe de los créditos y esperas superiores a los tres años, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 163-1-1º L.C. (según el texto vigente en aquel momento); 2) el informe presentado por la Administración concursal calificaba el concurso como fortuito, calificación que resultaba coincidente con la contenida en el dictamen presentado por el Ministerio Fiscal, motivo por el que el Juzgado acuerda mediante Auto de 3 noviembre 2008 calificar el concurso de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." como fortuito, acordando asimismo el archivo de la sección sexta; 3) Posteriormente la concursada presenta escrito ante el Juzgado comunicando, al amparo de lo dispuesto en el art. 142-3 L.C. , la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, dictándose a continuación por el Juzgado el Auto de 2 marzo 2009 en el que se acuerda declarar el incumplimiento del convenio, la apertura de la fase de liquidación y, en lo que aquí interesa, la reapertura de la sección sexta de calificación del concurso; 4) una vez lo anterior la Administración concursal presentó el correspondiente informe en el que interesaba la calificación del concurso de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." como culpable junto con otra serie de peticiones derivadas de tal calificación, pretensión a la que se sumó el informe del Ministerio Fiscal, mientras que tanto la sociedad concursada como su administrador único, Don Humberto , mostraron su oposición.

Partiendo de tales antecedentes la Sentencia de fecha 29 julio 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo entiende que las conductas llevadas a cabo con carácter previo a la aprobación judicial del convenio han quedado sanadas con la anterior calificación del concurso como fortuito, por lo que la sección de calificación ahora reabierta tiene limitado su objeto al examen, sin ninguna limitación, de las conductas posteriores a aquel instante. Fundada primeramente la pretensión de concurso culpable en la presunción iuris et de iure del art. 164-2-1º L.C. referida a la comisión de de irregularidad relevante contable, la Sentencia acoge un criterio concursal, y no contable, que engloba tanto los errores como las irregularidades, y en tal sentido considera que ha existido una falta de contabilización de las indemnizaciones derivadas del ERE así como una indebida contabilización de la quita del convenio. Igualmente la Sentencia apelada estima que ha concurrido una utilización de activos en fraude de acreedores, conducta que podría subsumirse tanto en los apartados 4º ó 5º del art. 164-2 L.C. como en la cláusula general del art. 164-1 L.C. Finalmente, y como pronunciamientos derivados de la calificación del concurso como culpable, la Sentencia acuerda declarar a Don Humberto como persona afectada por la calificación; su inhabilitación durante un período de dos años para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona; y acuerda asimismo la condena del Sr. Humberto , en aplicación de la responsabilidad prevista en el art. 172-3 L.C. (según el texto vigente en aquel momento) al pago de la suma de 311.062,51 euros con los intereses correspondientes.



Frente al anterior pronunciamiento se alza en apelación Don Humberto alegando en el primero de los motivos de su recurso que el ámbito del enjuiciamiento de la sección de calificación ahora reabierta como consecuencia del incumplimiento del convenio debe verse limitado necesariamente conforme los términos señalados en los arts. 167-2 , 168-2 y 169-3 L.C ., siendo así que al no haber existido un incumplimiento del convenio que pueda resultar imputable a la concursada a título de dolo o culpa grave -como también lo admite la Sentencia recurrida- la consecuencia deberá ser la de calificar el concurso como fortuito. El segundo motivo alegado hace referencia a la extemporaneidad en la presentación del informe de la Administración concursal calificando el concurso como culpable, pues se demoró diez meses y medio desde que fue dictada la Providencia de 15 mayo 2009, por lo que al no haber sido respetado el plazo de 15 días previsto a tal fin en el art. 169 L.C . y siendo dicho plazo improrrogable (art. 134-1 L.C . aplicable por la remisión contenida en la Disposición final quinta de la L.C .) la consecuencia deberá ser la de tener por no presentados tales escritos y con ello la de calificar el concurso como fortuito. En cuanto a las conductas sancionadas en la recurrida, se niega en el escrito de apelación que pueda tenerse como irregularidad contable la falta de contabilización de las indemnizaciones por el ERE, pues la Memoria de las cuentas anuales del ejercicio 2007 sí hacía referencia a dicho apartado en su nota 13, a lo que se añade que el informe de la Administración concursal de 5 diciembre 2007, posterior a las resoluciones que acordaban la extinción de los contratos laborales y que recogen el importe de las indemnizaciones, ya calificaba el concurso como fortuito. Se niega asimismo cualquier irregularidad en la contabilización de la quita del convenio, tal y como se expone en el informe pericial acompañado a la contestación en el incidente concursal y como resulta además de la consulta al ICAC que se contiene en el escrito. Igualmente se niega que haya existido utilización de activos en fraude de acreedores pues ni siquiera se individualizan las cantidades o montantes de las que supuestamente se aprovecharon, a lo que se añade que el perito de la parte demandada determinó que los pagos realizados por la concursada no disminuyeron el patrimonio de la sociedad, pues minoraron al mismo tiempo el saldo con el proveedor. Se discute seguidamente que le pueda resultar aplicable al Sr. Humberto el régimen de la responsabilidad por déficit concursal del art. 172-3 L.C ., pretendiendo además una minoración de dicho déficit con relación a varios créditos que deben excluirse por ser de fecha posterior o por no constar la fecha de su adeudo. Finalmente se impugna el pronunciamiento de las costas causadas en la primera instancia, solicitando su imposición a la contraparte o, subsidiariamente, su no imposición.

Frente a la Sentencia de primera instancia se alza también la concursada "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." reproduciendo en su recurso, mas resumidamente, los motivos de apelación ya relatados.

SEGUNDO : Razones de elemental sistemática aconsejan comenzar el análisis de los motivos del recurso por aquél que pretende ser un óbice procesal para el conocimiento del fondo de la cuestión planteada, cual es la extemporaneidad de la presentación del informe de la Administración concursal en el que solicitan la declaración del concurso como culpable. A este respecto debemos realizar varias consideraciones, y así primeramente cabe afirmar que el informe de la Administración concursal al que alude el art. 169-1 L.C ., en cuanto que contiene una concreta pretensión encaminada a obtener un pronunciamiento judicial declarativo y, en su caso, condenatorio, cumple una función semejante al que cumple en el proceso la demanda rectora de la litis, y así la STS 22 abril 2010 exige al menos que en la fundamentación de dicho escrito de la Administración concursal "consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente". Ocurre no obstante que cuando el art. 169-1 L.C . dispone que "dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución", está contemplando una actuación procesal que tiene que llevar a cabo la Administración concursal con carácter obligatorio -la Exposición de Motivos habla de "preceptivo informe de la administración concursal- pues de la eventual pretensión de calificación del concurso como culpable dependerá que la Sentencia que así lo declare pueda extenderse a los demás pronunciamientos que son propios de tal declaración, algunos de los cuales se configuran como de orden público o necesarios, indisponibles para las partes y sustraídos por lo tanto al principio de justicia rogada conforme a la excepción que contempla el art. 216 LEC , como lo es el pronunciamiento que acuerde la sanción de inhabilitación de las personas afectadas por el concurso para administrar los bienes ajenos en tanto que, como entiende la mejor doctrina, se trata de la sanción básica que prevé el ordenamiento para reprimir las conductas tipificadas como ilícitos concursales. Es por ello que el incumplimiento del plazo de quince días de que trata el apartado 1 del art. 169 L.C . no puede llevar aparejada como consecuencia la aplicación de la sanción de la preclusión procesal de que trata el art. 136 LEC , al contrario de lo que ocurre con el dictamen del Ministerio Fiscal previsto en el apartado 2 del art. 169 L.C ., pues en este último caso si el dictamen no llegara a ser emitido en el plazo de los diez días, o en el de su prórroga por otros diez días más, la norma dispone que "seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación", tratándose por tanto de un genuino plazo preclusivo. En definitiva, el plazo de quince días previsto en el art. 169-1 L.C . para que la Administración concursal presente su informe de calificación no reviste las características propias de un plazo preclusivo sino de un plazo previsto para ordenar el impulso de oficio del procedimiento, tal y como establece el art. 186-1 L.C .



como concreción específica en este ámbito del mandato general contenido en el art. 237 L.O.P.J . y art. 179-1 LEC , todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los integrantes de dicho órgano si el incumplimiento del repetido plazo pudiera irrogar algún daño a la masa o a los acreedores (art. 136 L.C .).

Pero es que en cualquiera de los casos tampoco concurre en el caso presente un incumplimiento del repetido plazo que pudiera ser imputable a la Administración concursal, pues el informe fue presentado respetando el plazo expresamente concedido por el Juzgado mediante Providencia de 3 marzo 2010, una vez fuealzada la suspensión que había sido previamente acordada mediante Providencia de 19 mayo 2009 con la finalidad de que dicho órgano del concurso pudiera tener a la vista el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2008, para lo cual, a su vez, fue preciso que la Administración concursal se dirigiera al Registrador Mercantil solicitando la designación del correspondiente auditor dado que la Junta General de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." no había llevado a cabo tal nombramiento conforme exigía el art. 204 L.S.A . (vigente en el momento de los hechos). Es cierto que la resolución judicial acordando la suspensión del plazo previsto en el art. 169 L.C . no pudo ser recurrida por el Sr. Humberto , como con razón se lamenta en su recurso, toda vez que no fue emplazado en el incidente de calificación sino con posterioridad a la presentación del propio informe, tal y como establece el art. 170-2 L.C , en su condición de persona afectada por la calificación. Pero también lo es que las razones de orden público a que arriba hacíamos referencia imponían acceder a que la Administración concursal pudiera recabar toda la información precisa y todos los elementos de convicción que permitieran sustentar el informe de calificación ajustado a las circunstancias del caso, razones por las cuales, y habida cuenta de la presencia de un interés superior a proteger, no puede regir en este punto la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales prevista en el art. 134 LEC .

TERCERO : Por lo que se refiere al ámbito de cognición de la presente sección de calificación, reabierta en este caso como consecuencia de la manifestación del propio concursado de no poder hacer frente al cumplimiento del convenio, la tesis sostenida por el apelante en su recurso es la de entender que no puede resultar de aplicación lo dispuesto en los arts. 164 y 165 L.C . toda vez que el régimen específico de enjuiciamiento para tal supuesto aparece regulado en los arts. 167-2 , 168-2 y 169-3 L.C ., todos los cuales deben conducir a calificar el concurso en el supuesto aquí contemplado como fortuito. No comparte sin embargo esta Sala tales argumentos. Así primeramente cabe recordar que la apertura de la fase de liquidación, y la consecuente apertura o reapertura de la sección de calificación, tras haber tenido lugar la aprobación judicial de un convenio puede obedecer a dos acontecimientos diferenciados cuales son el de la resolución judicial firme que declare su incumplimiento (o su nulidad) en cuyo caso operará la apertura de oficio la liquidación (art. 143-1-5º L.C .); o bien el supuesto en el que sea el propio deudor quien pida la liquidación "cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél", debiendo el Juez dictar en tal caso auto abriendo la liquidación tras la presentación de tal solicitud (art. 142-3 L.C .). A propósito del ejercicio de esta última facultad, que es lo aquí acontecido, cabe destacar que lo que la norma está contemplando no es únicamente el reconocimiento por parte del deudor de la imposibilidad de cumplir el convenio sino el de una circunstancia mas amplia como es la de su situación de reinsolvencia -el art. 142-3 L.C . habla de la imposibilidad de cumplir no solo los pagos comprometidos en el convenio sino también los de las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación- siendo así que los invocados preceptos contenidos en los arts. 167-2 , 168-2 y 169-3 L.C . parecen hacer referencia únicamente al primero de los supuestos arriba citados al hablar de "causas del incumplimiento" o de "incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado". En este sentido olvida el apelante que en el caso presente la apertura de la fase de liquidación no obedeció a una resolución judicial que declarase el incumplimiento del convenio, resolución que por tanto no ha llegado a ser dictada en el procedimiento, sino a la propia declaración de la concursada, comunicada al Juzgado mediante escrito de 26 febrero 2009, en la que, al amparo del art. 142-3 L.C ., venía a reconocer no solo su incapacidad de afrontar el convenio sino la de otras obligaciones generadas como créditos contra la masa, y así se hace referencia expresa en dicho escrito, junto a otro tipo de causas, a la imposibilidad de asumir los pagos al Fogasa como consecuencia del expediente de extinción de relaciones laborales aprobado por el Juez en el seno del concurso, siendo éste un concepto ajeno al contenido de las obligaciones asumidas en el convenio y que revelan su propia reinsolvencia.

Abundando en estas consideraciones cabe recordar que alguna doctrina concursalista viene defendiendo que el juicio de calificación del concurso contenido en las reglas generales de los arts. 164 y 165 L.C . deberá ser el mismo en cualquiera de los supuestos, con independencia por tanto de que la liquidación se haya abierto como consecuencia de la solicitud confesoria del propio concursado o de que concurra cualquiera de los supuestos de apertura de oficio tras la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio o su nulidad, apoyando esta postura en el criterio interpretativo que permite la nueva dicción del art. 172 bis-1 párrafo 2º L.C . (reformado por la Ley 38/2011) cuando, a propósito de regular la responsabilidad concursal, establece que "Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección



sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura", lo que permite entender que incumbe el Juez examinar, sin ninguna limitación, el catálogo completo de las conductas llevadas a cabo por el concursado que pueden conducir a la calificación del concurso como culpable, y que comprende la aplicación de la regla general del art. 164-1 L.C., las presunciones *iures et de iure* del art. 164-2 L.C. o las presunciones *iuris tantum* del art. 165 L.C., todo ello con independencia de que hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, a salvo claro está del caso en que se trate de conductas ya examinadas con ocasión de la apertura de otra calificación anterior y sobre las que no resulta posible volver a conocer. Esta Sala comparte plenamente tal criterio, teniendo presente que no estamos defendiendo con ello una interpretación amplia o extensiva de las reglas contenidas en los arts. 167-2, 168-2 y 169-3 L.C., cuestión que por otra parte vendría vedada en cuanto que presupuesto de aplicación de una norma sancionadora como es la prevista en materia de inhabilitación. Se trata de buscar una interpretación lógica que permita una coherencia del sistema, teniendo presente para ello que dentro del conjunto de criterios hermenéuticos ofrecidos por el art. 3-1 C.Civil figura la referencia al "contexto" que aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión presuponiendo que entre ellos existe un orden coherente, de manera tal que la postura que defiende el apelante de limitar el ámbito de enjuiciamiento únicamente a aquellas conductas conectadas causalmente con el incumplimiento del convenio, conduciría a que en aquellos supuestos, como el presente, en los que el deudor se anticipa a solicitar la apertura de la liquidación (art. 142-3 L.C.) precisamente para evitar la declaración judicial de incumplimiento de un convenio que desde su propia formulación aparecía ya como manifiestamente inviable, tal y como pudo ser comprobado después, la calificación como culpable nunca podría prosperar, posibilidad ésta que debe ser descartada por arbitraria y que aboca por ello mismo al rechazo del motivo de apelación examinado.

CUARTO : Por lo que se refiere a la primera de las causas en que se fundamenta la calificación del concurso como culpable, como es la falta de contabilización de las indemnizaciones derivadas del expediente de extinción de relaciones laborales, destaca el recurrente la incongruencia que se deriva del hecho de que el Auto que aprueba el ERE datara del 15 octubre 2007 conteniendo unas indemnizaciones que se dicen irregularmente contabilizadas, siendo así que el informe inicial de calificación de la Administración presentado el 5 diciembre 2007 califica el concurso como fortuito, y ello pese a que ya había acontecido aquella circunstancia, mientras que en el informe elaborado tras la reapertura de la sección de calificación de calificación y que ha dado lugar a la Sentencia que ahora nos ocupa se pretende la calificación como culpable al amparo de esa misma causa. El motivo así articulado, que viene a contener implícitamente la alegación de que la irregularidad contable de que se trata debe entenderse sanada tras la primera Sentencia de 3 noviembre 2008 que califica el concurso como fortuito, no puede compartirse por lo que a continuación se dirá. El hecho tipificado como presunción *iuris et de iure* de concurso culpable en el ordinal 1º del art. 164-2 L.C. y referido a la comisión de "irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara" debe entenderse como un cumplimiento defectuoso con relevancia suficiente, cualitativa y cuantitativa, para comprender con claridad la situación patrimonial o financiera de la sociedad, habiendo destacado nuestro Alto Tribunal que resulta intrascendente la presencia del elemento intencional en la comisión de tal irregularidad al señalar la STS de 16 de enero de 2012 que "la intención de ocultar el dato contable carece de la trascendencia que en el motivo se le atribuye al fin de poder afirmar la irregularidad contable y de entender cumplido el supuesto del artículo 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2.003".

El dato sobre el que se articula el debate en el caso enjuiciado viene dado por el contenido de la Memoria correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 2007, en cuya nota 13 c) se dice que "por autos de fecha 8 y 15 octubre del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo se acordó autorizar la extinción colectiva de determinados contratos de trabajo, reconociendo a los trabajadores una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, totalizando las citadas indemnizaciones 1.173.776'55 euros. A la fecha de formulación de estas cuentas anuales se desconoce el importe de las citadas indemnizaciones que ha sido satisfecho por el Fondo de Garantía Salarial y el importe que en su caso reclamara, si alguno a la sociedad".

La memoria de las cuentas anuales (art. 35-3 C.Com. y art. 200 LSA) cumple la función de facilitar la información numérica y no numérica de los datos contenidos en los restantes documentos que integran las cuentas anuales, por lo que la mención contenida conforme el texto arriba señalado podría tenerse como suficiente a los fines de cumplimentar el requisito de la información mínimamente exigible para reflejar la imagen fiel si fuera cierta la premisa de la que se parte en la propia Memoria, esto es, que la incertidumbre acerca de si el Fogasa ha satisfecho alguna indemnización y si reclamará en el futuro las indemnizaciones que hubiera abonado como consecuencia del ERE impiden la debida contabilización de tal concepto. Estas mismas razones conducen a encontrar explicación a lo afirmado en el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2007 cuando se dice que " excepto por los efectos de los ajustes que podrían haberse considerado



necesarios si hubiéramos podido verificar la limitación al alcance incluida en el párrafo tercero, excepto por los efectos de la salvedad descrita en el párrafo cuarto y excepto por los ajustes que pudieran ser necesarios si se conociese el desenlace final de la incertidumbre descrita en el párrafo quinto, las Cuentas Anuales adjuntas expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la Sociedad al 31 de Diciembre de 2007, de los resultados de sus operaciones y de los recursos obtenidos y aplicados durante el ejercicio anual terminado en dicha fecha, y contienen la información necesaria y suficiente para su interpretación y comprensión adecuada, de acuerdo con principios y normas contables generalmente aceptados que guardan uniformidad con los aplicados en el ejercicio anterior". Por lo tanto, y siguiendo esa misma lógica, asiste también la razón al perito Sr. Imanol que elabora el informe acompañado junto al escrito de contestación del Sr. Humberto cuando señala que el auditor no califica este comportamiento en la formulación las cuentas anuales como una salvedad por incumplimiento de las normas contables, sino como una incertidumbre inherente al propio desconocimiento del importe definitivo del pasivo.

Es cierto que el respeto al principio de prudencia contable deberá venir referenciado al momento mismo en que se formulan las cuentas anuales de que se trate, teniendo presente la perspectiva que en aquel momento tenían los administradores sociales acerca de la posible evolución futura de la empresa, sin que pueda traerse ahora a colación lo acontecido después pues ello supondría un enjuiciamiento bajo una visión *ex post facto* de lo sucedido que no resulta admisible. Ahora bien, como señala con acierto el Ilmo. Juez de lo Mercantil, el concepto de que se trata, indemnizaciones derivadas de un expediente extintivo de relaciones laborales acordado en el seno del concurso, constituye un conjunto de créditos contra la masa que deben ser pagados a su vencimiento (art. 154 L.C . según el texto vigente en aquella fecha), momento que resulta coincidente con el de la propia resolución judicial que acordó tales indemnizaciones en octubre del año 2007, siendo también en ese mismo instante cuando surge su devengo y con ello la obligación de su contabilización conforme a tal principio de devengo. Es por ello que el hecho de que el informe auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2007 no contenga salvedades a este respecto no puede servir como elemento exonerador de responsabilidad, pues dicho informe se apoya en un dato fáctico-jurídico, y no contable, que no es cierto, como es que la incertidumbre en cuanto a una eventual reclamación por parte del Fogasa impide tener por operado el devengo de las correspondientes deudas, pues, repetimos, tal devengo ya se había producido, y ello con independencia de que el Fogasa hubiera llegado a subrogarse en el derecho de cada uno de los trabajadores (el Fogasa se había subrogado hasta el 31 marzo 2008 en 35 de ellos) pues el crédito se habría devengado y seguiría existiendo en cualquiera de los casos, ya lo fuera en manos de su titular original o de su titular derivativo. La conclusión a que conducen los datos expuestos no puede ser otra que la de entender que la sociedad cometió una irregularidad contable que debe ser considerada como relevante si tenemos presente que los fondos propios de la sociedad, de haber tenido lugar la oportuna contabilización, no hubieran sido los 200.578,72 euros que aparecen en las cuentas sino unos fondos negativos por importe de 865.424 euros. Teniendo además presente que la irregularidad contable de que se trata debió ser incluida en las cuentas anuales del ejercicio 2007, es por lo que debe reputarse como un hecho que queda fuera del margen temporal examinado por el informe de calificación fortuito confeccionado por la Administración concursal el 5 diciembre 2007.

QUINTO : El siguiente motivo del recurso viene dirigido a combatir la calificación del concurso como culpable fundada en la indebida contabilización de la quita del convenio, conducta también incardinada en el ordinal 1º del art. 164-2 L.C . La administración concursal se apoya en este punto en el informe de la auditoría de cuentas del 2007 en el que se recoge como salvedad en el párrafo 4º, refiriéndose a la nota 10 de la memoria y al hecho de que Fábrica de Loza San Claudio "contabilizó en 2007 como ingreso extraordinario el importe de 1.202.727'62 Euros derivado de la quita del convenio firmado con sus acreedores... De acuerdo con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados este importe debería haberse contabilizado como ingreso a distribuir en varios ejercicios e imputarse a resultados en función del cumplimiento".

Lo cierto es que las alegaciones contenidas en el recurso no consiguen desvirtuar los argumentos vertidos en la Sentencia recurrida que acogen en este punto la pretensión de la Administración concursal. Las quitas contenidas en un convenio concursal aprobado judicialmente no suponen propiamente una novación extintiva de las obligaciones a las que vienen referidas sino una suerte de compromiso por parte de los acreedores afectados de no reclamar ese pago - *pactum de non petendo* - cuya eficacia queda sometida al condicionante que viene dado por el cumplimiento íntegro del convenio, y en tal sentido dispone el art. 140-4 L.C . que "La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136", teniendo esta norma la función de permitir que los acreedores que ven incumplido el convenio puedan participar en la fase liquidativa en la misma posición que tendrían si aquél no hubiera llegado a existir. Este orden de cosas explica a su vez que la consulta nº 2 del ICAC publicada en el boletín nº 31 de 1997 señale que "Las circunstancias derivadas de la aprobación de un convenio con los acreedores pueden dar lugar a determinados ajustes en las partidas del balance y cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas en suspensión de pagos..... Si como consecuencia del convenio con



los acreedores se producen determinadas "quitas" en deudas, el tratamiento contable que se regula en el anteproyecto es que figuren dichos importes en el pasivo del balance, como ingresos a distribuir en varios ejercicios, cuya imputación a resultados, de acuerdo con lo señalado en la norma segunda del anteproyecto citado, se realizará en el ejercicio en que se cumpla total o parcialmente el convenio".

El apelante insiste sin embargo en su recurso en exponer el contenido de la consulta nº 1 del ICAC publicada en el boletín 76 del año 2008 en la que se hace referencia a que "la contabilización del efecto de la aprobación del convenio con los acreedores, se reflejará en las cuentas anuales del ejercicio en que se apruebe judicialmente, siempre que de forma racional se prevea su cumplimiento y que la empresa pueda seguir aplicando el principio de empresa en funcionamiento". Tal argumento no resulta sin embargo de aplicación al caso examinado desde el omento en que la regla expuesta por el ICAC exige un juicio *prima facie* acerca de las posibilidades de éxito del convenio, siendo así que en el caso presente el propio perito del Sr. Humberto , Don Imanol , señala en el juicio, tal y como se destaca en la Sentencia recurrida, que desde el mismo momento de la presentación de la propuesta de convenio ya era posible predecir que éste no podría llegar a ser cumplido.

Por último se dice en el recurso que esta indebida contabilización afectaría a los fondos propios de la sociedad, pero no así a la situación patrimonial a la que hace referencia el art. 164-2-1º L.C ., alegación que tampoco puede prosperar toda vez que, como expone la Administración concursal en su escrito de oposición al recurso, el déficit de recursos expuesto por el perito Sr. Imanol parte de la comparación entre el saldo a 31/10/2007 y el saldo a 28/2/2009 utilizando para ello la indebida contabilización de las quitas aprobadas en el convenio, de manera tal que el correcto cómputo de dicho déficit de recursos supone un incremento en el espacio comprendido entre ambas fechas de 363.293,00 euros.

SEXTO : Pasando a examinar el motivo del recurso relativo a la utilización de activos en fraude de acreedores, la Administración concursal sostiene que "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." emitió a otra sociedad que forma parte del mismo grupo, "San Claudio Hogar, S.L.", una serie de facturas entre las que figura la librada el 20 diciembre 2008 por importe de 128.284,91 euros (110.590,44 + IVA) como consecuencia de las operaciones de fabricación de la pasta utilizada para la confección de la loza en la que intervenían ambas sociedades, existiendo una mención en el capítulo 4.15 de la Memoria de las cuentas del ejercicio 2008 -formuladas por la propia Administración concursal por imperativo del art. 46 L.C - relativa a que no hay constancia de que las operaciones entre partes vinculadas se realicen a valor de mercado, lo que se ve ratificado en el informe de auditoría de tales cuentas cuando en su párrafo 6 se dice también que "no ha sido posible verificar por medio alguno la composición de una de las facturas de venta realizadas a una sociedad vinculada, por importe de 110.590,44 euros mas su correspondiente IVA". A partir de estos datos, unido al hecho de que el informe del perito Sr. Imanol guarde silencio acerca de este particular, la Sentencia recurrida presume que se está intentando ocultar una conducta fraudulenta, pues en otro caso se habría aportado por la concursada o por su administrador el correspondiente albarán u otros documentos complementarios que permitan aclarar este extremo. A este propósito habremos de tener presente que la alteración de las reglas generales sobre la carga probatoria contenidas en el art. 217-2 LEC puede llevarse a cabo en algunos supuestos excepcionales, siendo uno de ellos el de la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria de que trata el art. 217-7 LEC , lo cual exigirá a su vez que estemos en presencia de un indicio poderoso cuya destrucción incumba a la parte a quien perjudica por ser ella quien dispone de un mejor acceso a los medios probatorios que permitan desvirtuar tal apariencia, pues en otro caso existiría un riesgo evidente de extender la inversión de aquella carga con vulneración de los límites señalados en el art. 217-6 LEC , y en tal sentido es criterio reiterado de nuestro Alto Tribunal el que señala que "la jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole" (por todas STS 29 marzo 2012 y las que en ella se citan). Pues bien, en el caso presente tales indicios o asomos de irregularidad resultan de la conducta procesal desplegada por la propia concursada al haber silenciado la información que le fue requerida acerca de los conceptos a que obedecen la expedición de la repetida factura o de su adecuación a precios de mercado, lo que permite concluir como lo hace la Sentencia recurrida habida cuenta de la posición que aquélla ocupa como cualificada conocedora de los datos omitidos.

Distinta suerte merece sin embargo lo concerniente a las facturas emitidas por "Vapores Suardíaz Norte, S.L." y "Vapores Suardíaz Sur- Atlántico, S.L.", pues así aparece acreditado que sus respectivos importes fueron abonados por la concursada que después lo deducía del saldo deudor que mantiene con "San Claudio Hogar, S.L.", de todo lo cual concluye la Sentencia recurrida que se está llevando a cabo una compensación con el titular de un crédito potencialmente subordinado por un importe superior a los 40.000 euros, actuación que es equiparada a la de un alzamiento de bienes (art. 164-2-4 º y 5º L.C .) o a la de agravación del estado de insolvencia (art. 164-1 L.C .). No podemos compartir este criterio si tenemos presente que la operación de



compensación de créditos resulta perfectamente lícita, sin perjuicio de la facultad que asiste a las personas legitimadas para solicitar su ineficacia por la vía de reintegración concursal en el caso de que se entendiera que se trata de un acto perjudicial para la masa activa (art. 71 L.C.). En el caso presente lo que parece que se está invocando por la Administración concursal es el trato de favor respecto del titular de un crédito subordinado en detrimento del resto de acreedores, con la consiguiente alteración de las reglas de la *par conditio creditorum* , circunstancia ésta que de ser cierta permitiría el éxito de la acción de reintegración, conforme al criterio amplio admitido por la STS 26 octubre 2012 , al existir un perjuicio patrimonial injustificado. Sin embargo nada se alega en cuanto a la existencia de un concreto daño efectivo para la masa activa, pues la simple alteración de la regla de paridad en el trato tampoco conduce a tal resultado, o que con esta operación se estén trayendo activos y que con ello se hubiera impedido o al menos obstaculizado el correcto cumplimiento del convenio, o que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia, razones por la que el hecho examinado tampoco puede ser utilizado para fundamentar la calificación del concurso como culpable. Y lo mismo cabe concluir finalmente respecto de la factura expedida a "Transportes Martínez Souto, S.L.", pues siendo un hecho pacífico que se trata de un solo apunte contable y que la factura no ha sido pagada, ningún daño patrimonial cabe apreciar.

SEPTIMO : Se discute seguidamente por el apelante la procedencia de aplicar a Don Humberto la responsabilidad concursal por cobertura del déficit prevista en el art. 172-3 L.C. (actual art. 172 bis L.C.) al entender que dicha responsabilidad reviste la naturaleza de una responsabilidad indemnizatoria por daño y culpa, siendo así que la Sentencia recurrida admite que no ha existido comportamiento negligente alguno por parte del Sr. Humberto que hubiera generado o agravado el estado de la insolvencia de la concursada.

El motivo así articulado habrá de decaer toda vez que de la doctrina más reciente emanada de nuestro Alto Tribunal en materia de responsabilidad concursal (SSTS 23 febrero , 12 septiembre , 6 octubre , 17 noviembre 2011 ; 16 enero , 21 marzo , 21 mayo , 17 julio de 2012) se desprende que cuando estemos en presencia, como aquí acontece, de la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el catálogo de presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable del art. 164-2 L.C. , tal calificación vendrá dada por la mera actividad, desconectada de cualquier resultado, llevada a cabo por las personas afectadas por la calificación, lo que se traduce en que a la hora de establecer el título de imputación de la responsabilidad concursal ex art. 172-3 L.C. habremos de prescindir totalmente de la incidencia de aquella conducta en la generación o agravación de la insolvencia, y, por el contrario, se deberá tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta, y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, reglas todas ellas que aparecen respetadas en el la Sentencia ahora recurrida.

En lo que atañe por último a la cuantificación de la condena, el Ilmo. Juez de lo Mercantil entiende que el daño inferido a la masa debe concretarse en el importe de los créditos posteriores a la fecha de depósito de las cuentas anuales cuya irregularidad se sanciona, de manera tal que de la cifra global del pasivo de 1.519.337,06 euros, únicamente responderá del importe de 267.106,44 euros, debiendo eliminar en este punto el montante de las facturas abonadas por terceros por importe de 43.956,07 euros que la recurrida también los computa, y ello en atención a las razones expuestas más arriba. Frente a ello esgrime el apelante que habiendo solicitado la concursada con fecha 26 febrero 2009 la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir el convenio, no puede hacerse responsable de las deudas que venciesen a partir de tal fecha, acompañando seguidamente una relación de créditos de los que no deberá responder por ser de fecha posterior, o por no constar la fecha de su adeudo, que ascienden a 95.358,90 euros. Tal alegación está abocada también al fracaso pues aún siendo cierto que el administrador social pierde el control de las facultades patrimoniales de la empresa, y con ello del control sobre la capacidad de seguir endeudándose, desde el momento mismo en que se acuerda la apertura de la liquidación y la consiguiente suspensión de tales facultades (art. 145-1 L.C.), no es menos cierto que de la relación de créditos aportada se desprende que buena parte de ellos se corresponde con obligaciones cuya generación obedece al retraso en solicitar esa liquidación -recuérdese que el perito ya reconoció que el convenio era de imposible cumplimiento desde el momento de su firma- como pueden ser, tal y como destaca la Administración concursal en su escrito de oposición al recurso, los relativos al IBI de la fábrica, el IBI de las casas, o los créditos de la AEAT por IVA o por IRPF del primer trimestre del año 2009. A ello cabe añadir que otros créditos, tales como los derivados de suministros de Hidrocantábrico, de empresas de transportes, o de otros proveedores, parecen obedecer a la inercia propia de la actividad empresarial que venía desarrollándose de manera continuada e ininterrumpida y a la posterior expedición de facturas por tales conceptos pero en un momento que coincide con una fase de liquidación ya abierta. Por lo tanto, si lo que el apelante pretendía alegar era que algunos de tales créditos estaban desconectados de aquella actividad empresarial en funcionamiento y que habían nacido dentro del ámbito propio de las facultades patrimoniales que había recuperado la Administración concursal tras la apertura de la liquidación, le incumbía el haber segregado tales conceptos respecto del total de los aportados, realizando además la



oportuna actividad probatoria encaminada a su demostración, por lo que no habiéndolo sido así la cantidad objeto de la condena debe cifrarse, según arriba se ha dicho, en 267.106,44 euros.

OCTAVO : Los razonamientos hasta aquí expuestos sirven para dar respuesta al recurso también presentado por la concursada "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." que, en lo sustancial, viene a reiterar los argumentos ya examinados.

NOVENO : Por lo que se refiere a las costas causadas en la primera instancia, la parcial estimación del recurso y la reducción de la condena conduce a entender que se ha producido una parcial estimación también de la demanda principal y con ello que no procede su expresa imposición (arts. 394 y 397 LEC). De igual manera procede excluir la expresa imposición de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que estimando parcialmente los recursos de apelación formulados por Don Humberto y por "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." contra la Sentencia de fecha 29 julio 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo , debemos acordar y acordamos REVOCARLA en el extremo de reducir el principal objeto de la condena a Don Humberto a la cifra de 267.106,44 euros así como en el de no hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, manteniendo el resto de pronunciamientos. No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.