



Roj: **SAP MU 1139/2013 - ECLI: ES:APMU:2013:1139**

Id Cendoj: **30030370042013100272**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **16/05/2013**

Nº de Recurso: **46/2013**

Nº de Resolución: **325/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE CARRILLO VINADER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

#### **MURCIA**

#### **SENTENCIA: 00325/2013**

*Sección Cuarta*

*Rollo de Sala 46/2013*

#### **ILMOS. SRES.**

D. CARLOS MORE **NO** MILLÁN PRESIDENTE

D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a dieciséis de mayo del año dos mil trece.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los autos de Incidente **Concurzal** de Oposición a **Calificación** del Concurso que con el número 295/09-0001 se ha seguido en primera instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Murcia entre las partes, como oponentes a la **calificación** de concurso **culpable**, D. Celso , representado por la Procuradora Sra. Gallardo Amat y defendido por la Letrada Sra. Alcaraz Cano, D. Romeo , D. Jose Miguel y D.ª Elsa , ahora apelantes, representados por la Procuradora Sra. Galindo Marín y defendidos por el Letrado Sr. Guillamón Melendreras, D. Ángel , representado por la Procuradora Sra. Parra Pacheco y defendido por la Letrada Sra. Pernías Pérez, y D. Edmundo , representado por la Procuradora Sra. Cárceles Alemán y defendido por la Letrada Sra. López Palazón, frente a la ahora apelada Administración **Concurzal** de la mercantil Comercial de Suministros Crismar, S. L., integrada por D. Imanol , D. Maximiliano y D. Salvador . En ambas instancias ha intervenido el Ministerio Fiscal, ahora como apelado, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 26 de julio de 2012 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Estimo la solicitud de declaración de **calificación culpable** formulada por la administración **concurzal** de la mercantil Comercial de Suministros Crismar, S. L., y el MF: Declaro **culpable** el concurso de Comercial de Suministros Crismar, S. L. Declaro que resultan personas afectadas por la **calificación**, D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso , como administradores de hecho de la mercantil. Condeno a D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un plazo de dos años. Condeno a D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso a la pérdida de cualquier derecho de contenido económico que ostenten o puedan ostentar ante la masa activa del concurso. Condeno a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. Expídase mandamientos al



Registro Mercantil y Civil para la práctica de los asientos conducentes a la constancia registral de la presente resolución, en especial de la declaración de **culpable** del concurso y de la inhabilitación de D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso . Todo ello con imposición de las costas del incidente a la concursada Comercial de Suministros Crismar, S. L., y a D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso " .

Por auto de 14 de septiembre de 2012 se denegó la solicitud de aclaración interesada por la representación procesal de D. Romeo , D. Jose Miguel y D.<sup>a</sup> Elsa .

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpusieron recurso de apelación D. Romeo , D. Jose Miguel y D.<sup>a</sup> Elsa , solicitando su revocación.

Después se dio traslado a las otras partes, y tanto la Administración **Concursal** como el Ministerio Fiscal se han opuesto al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número 46/2013 de Rollo. Tras personarse los apelantes y los apelados, por providencia del día 29 de enero de 2012 se señaló el de hoy para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la Sección Sexta del concurso de la mercantil Comercial de Suministros Crismar, S. L., se emite informe por la Administración **Concursal** para que el concurso fuera declarado **culpable** por falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008, incumplimiento del deber de solicitar el concurso en plazo, incumplimiento del deber de colaboración y actuación negligente en la ampliación de capital social, pidiendo que la declaración de culpabilidad ha de alcanzar a las personas que han ostentado cargos en el órgano de administración social, D. Jose Miguel , D. Romeo , D. Edmundo , D. Alonso , D. Ángel , doña Aurelia , doña Elsa y D. Celso .

Los aludidos, salvo D. Alonso y D. Aurelia que son declarados en rebeldía, se oponen a tal petición, tras lo cual se dicta sentencia por la que se declara **culpable** el concurso, declarando personas afectadas a todos los referenciados, a los que inhabilita por dos años para la administración de bienes ajenos, con pérdida de derechos en el concurso y al pago de las costas, y ello porque no depositaron las cuentas en el año 2008, no pidieron la declaración de concurso pese a estar en situación de insolvencia, no cumplieron los deberes de colaboración y ampliaron el capital social con la aportación de un bien que no podía cumplir con tal finalidad (vivienda de protección oficial).

Contra tales pronunciamientos plantean recurso de apelación D. Romeo , D. Jose Miguel y D.<sup>a</sup> Elsa , denunciando incongruencia extra petita (la sentencia se basa en hechos que la propia Administración **Concursal** no imputa a los ahora recurrentes o que, en aclaraciones posteriores, ha considerado no relevantes), error en la valoración de las pruebas (ha quedado probado que D. Ángel y D.<sup>a</sup> Elsa no eran administradores de hecho ni de derecho de la sociedad cuanto tuvieron lugar los hechos de las causas que se invocan para calificar como **culpable** el concurso, y que D. Jose Miguel sí colaboró con la Administración **Concursal**) e infracción del art. 394 LEC . Por todo ello solicitan el dictado de nueva sentencia por la que se revoque la de instancia en los pronunciamientos a ellos referidos.

Del recurso de dio traslado a la Administración **Concursal** y al Ministerio Fiscal. La primera se opone al mismo, en tanto que el segundo no ha hecho alegación alguna.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los concretos motivos del recurso de apelación procede una exposición genérica sobre la finalidad de la **calificación concursal** y los criterios que se siguen en la vigente legislación para determinar la culpabilidad, sus requisitos de fondo, así como las exigencias procesales.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2013 (FJ 3º), "la **calificación concursal** presenta como finalidad analizar las causas de la insolvencia y, en particular, si el comportamiento del deudor, o de otros sujetos, directamente o por vía accesoria, ha contribuido en la generación o agravamiento de aquel estado, depurando a tal fin las correspondientes responsabilidades, a través del cuadro de sanciones que recoge el art. 172 y, en su caso, 172 bis, en la nueva redacción dada por la ley de reforma 38/2011. La declaración de culpabilidad supone, por tanto, un juicio de reproche dirigido contra el deudor y sus cómplices, exigente de la valoración de su conducta, no bastando la mera constatación de la situación de insolvencia patrimonial que determinó la caída en concurso; la valoración de la conducta del



deudor implica un acto de imputación subjetiva, por incumplimiento de específicos deberes como causa de la insolvencia o como determinante de su agravación."

La Ley **Concursal** sólo contempla cuando debe declararse **culpable** el concurso, no cuando deba calificarse fortuito, por lo que ésta **calificación** corresponderá cuando no concurra alguno de los supuestos previstos expresamente para el primer supuesto. Dice la STS de 19 de julio de 2012, cuando examina las diferentes causas que permiten la **calificación** de **culpable**: "resulta preciso advertir que la Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como **culpable**. Conforme a uno -el previsto en el apartado 1 de su artículo 164- 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, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia. Según el otro -previsto en el apartado 2 del mismo artículo- la **calificación** es independiente de la prueba de la producción de ese resultado y sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma. Este segundo precepto contiene expreso mandato de que el concurso se califique como **culpable** "en todo caso (...)" siempre que "concurra cualquiera de los siguientes supuestos"; lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164 basta para determinar aquella **calificación** por sí sola -esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia de la concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo..."

Ahora bien, en la comentada sentencia no se menciona el art. 165 LC que también contempla otros supuestos que determinan la **calificación** de concurso **culpable**, aunque con presunción iuris tantum. Por ello, algunas sentencias, como las de la A.P de Baleares, Sec. 5ª. de 20 y 28 de diciembre de 2012, hablan de tres criterios, los dos mencionado por el TS. y un tercero, en el siguiente sentido: "El tercer criterio o, mejor dicho, complementario de los anteriores, es el de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave que se efectúa en el art. 165 LC, en el que se tipifican otras tres conductas que, del mismo modo, y por su condición antijurídica, presumen per se la culpabilidad, aunque en este caso, como se ha dicho, admitiendo prueba de que no concurría ni dolo ni culpa grave."

Por lo tanto, son requisitos para que pueda declararse **culpable** el concurso, como señala la comentada sentencia de la AP de Baleares de 28 de diciembre de 2012: "a) la existencia de un comportamiento, activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o la agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa, elemento favorecido por las mencionadas presunciones legales; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso."

Además, debe tenerse en cuenta que estamos ante un procedimiento en el ámbito civil, y que rige en todos sus principios la LEC, como resulta de lo previsto con carácter general en su art. 4 y específicamente en la Disposición Final 5ª de la LC, por lo que la aplicación del principio dispositivo (y el correlativo principio de congruencia de la sentencia), aunque el art. 169.1 LC no hable de demanda sino de informe, exige que quienes están legitimados para ello (la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal), ejerciten una pretensión, no pudiendo actuar de oficio el órgano jurisdiccional. Por ello, pese a la literalidad del art. 169, debe entender que la pretensión de la Administración ha de deducirse en **forma de demanda**, con el contenido previsto en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo ha entendido el propio TS en su sentencia de 24-4-2009, cuando exige que en la fundamentación del informe y del dictamen "consten los hechos relevantes para la adecuada **calificación** y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente", aunque pueda no resultar precisa la cita concreta de preceptos legales, pues resulta aplicable el principio iura novit curia.

Igualmente rigen los principios de distribución de la carga de la prueba, con las salvedades derivadas de las presunciones iuris et de iure o iuris tantum a que se han hecho referencia, si bien la no necesidad de prueba (o la inversión de su carga) es admitida respecto al requisito de la culpabilidad, no en cuanto a la existencia de los comportamientos y participación en los hechos, siendo más cuestionada en la doctrina y jurisprudencia el grado de presunción que afecta a la necesidad de acreditar los perjuicios o la relación de causalidad en los casos de las presunciones legales.

Consecuencia de lo dicho es que, para determinar si los ahora recurrentes deben verse afectados por la declaración de culpabilidad del concurso (el pronunciamiento genérico de culpabilidad no puede ser cuestionado porque otros afectados no han apelado y los motivos del recurso son específicos de los apelantes), ha de tenerse en cuenta los términos del informe (demanda) de la Administración **Concursal**, qué hechos u omisiones les imputaban y qué trascendencia tenían en la causación de la agravación o generación de la insolvencia, así como qué pruebas se han practicado para acreditarlos.



TERCERO.- El primer motivo del recurso planteado es el referido a la incongruencia extra petita que se achaca a la sentencia de primera instancia.

Así, pese a que en el informe inicial (demanda) la Administración **Concursal** imputaba a los ahora recurrentes dilación en la solicitud del concurso, tanto en su escrito de contestación al de oposición a su informe que habían hecho estos afectados, como en la vista "matizan" ese hecho, pues reconocen que los mismos habían enviado una serie de requerimientos con la finalidad de obtener tal declaración, y también matizan su responsabilidad por la aportación de una vivienda de protección oficial en la ampliación del capital social de la mercantil, entendiendo que se trataría de una culpa leve, al haber intervenido un fedatario público que no detectó tal error.

Efectivamente, en el informe inicial (demanda) (folios 82 a 90 de la Sección Sexta), la Administración **Concursal** señala cuatro circunstancias que permiten la **calificación culpable** del concurso, dos de ellas las mencionadas: Incumplimiento del deber de solicitar el concurso en plazo (ii) y actuación negligente en la ampliación del capital social efectuada por medio de escritura de 29 de julio de 2008 (iv). De la primera considera responsables, entre otros, a los tres apelantes actuales y de la segunda a D. Jose Miguel y D. Romeo .

Es igualmente cierto que al contestar a la oposición que los actuales apelantes hicieron al informe solicitando la culpabilidad de la concursada (folios 135 a 137 del Incidente **Concursal**), la Administración **Concursal** reconoce que de los documentos aportados por estos administradores sociales "parece desprenderse una actitud tendente a obtener la declaración de concurso de la sociedad, lo que excluiría su **calificación de culpable** por negligente dilación en la solicitud del concurso", aunque entiende que al no haber hecho constar su disconformidad con los acuerdos adoptados, esas alegaciones no desvirtúan los hechos. En el acto de la vista, como reconoce la Administración en su escrito de oposición a la apelación (folio 253), afirma que esos apelantes "sí habían interesado la declaración del concurso cuando apreciaron los primeros síntomas de inviabilidad de la empresa", y "que la aportación al capital social de un inmueble sujeto al régimen de viviendas de protección oficial, habida cuenta de la intervención de un fedatario público, no parecía merecer un reproche culpabilístico de gravedad suficiente como para fundar una **calificación culpable** del concurso".

Por lo tanto, la sentencia de la primera instancia debió rechazar que estos tres administradores sociales hubieran desarrollado tales comportamientos que han justificado la declaración de culpabilidad del concurso y las sanciones que les impone, pues la propia actora había abandonado en el segundo supuesto, y debilitado de manera importante en el primero, las imputaciones que les realizaba, y por lo tanto, no ha quedado acreditado su comportamiento **culpable**. Es cierto que no concretaba el informe de la Administración **Concursal** en cuáles de los supuestos de los arts. 164 y 165 LC estaban incluidos tales hechos, pero claramente el de ampliación de capital social podría estar en el caso del art. 164.2.6º, mientras que el de no promover en tiempo la declaración del concurso estaría en el del art. 165.1º, pero lo que no queda acreditado es que hayan incurrido los ahora apelantes en tales comportamientos, pues la propia parte actora entiende que el resultado de las pruebas ha desvirtuado la imputación que les hacía en su informe inicial, por lo que no concurren los presupuestos de conducta ni de culpabilidad que se exigen para que puedan ser sujetos de las consecuencias negativas previstas en los arts. 172 y 172 bis LC .

En consecuencia, bien porque la sentencia ha ido más allá de lo pedido por la parte, bien porque no se ha acreditado que los ahora recurrentes hubieran incurrido en las conductas imputadas, debe concluirse que debe revocarse la conclusión de la sentencia que hace a los actuales apelantes actores de esos comportamientos que se declaran como base de las sanciones que se les imponen.

También dentro de este mismo motivo el recurso pone de relieve que no todos los apelantes estaban señalados como responsables de los hechos imputados. Así del relativo a la falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008 (i), sólo se responsabiliza, de los actuales apelantes, a D. Jose Miguel , no a D. Ángel ni a D.<sup>a</sup> Elsa , por lo que estos dos apelantes tampoco pueden ser afectados por esta causa, en aplicación del principio de congruencia de las sentencias ( art. 218 LEC ). Igualmente, del incumplimiento del deber de colaboración (iii) sólo viene imputado D. Jose Miguel (y D. Alonso ), no D. Ángel ni D.<sup>a</sup> Elsa , por lo que tampoco pueden estos dos apelantes ser condenados como afectados por tales hechos.

Es cierto que en un escrito de ampliación del informe (folios 267 a 273 de la Sección Sexta) se menciona otro hecho: disminución injustificada de la cifra de existencias de mercaderías, y que del mismo se hace responsable a todos los que durante ese año fueron administradores sociales, entre los que están los ahora apelantes, por lo que tal cuestión será examinada en el siguiente Fundamento Jurídico.

TERCERO.- Entiende el recurso que se ha de valorar la intervención de cada uno de los afectados para determinar si son o no merecedores del reproche que se les hace en la sentencia, y así considera que las pruebas acreditan que el administrador de hecho único de la mercantil concursada era D. Alonso , y que los propios Administradores Concursales, en su interrogatorio, reconocieron que no conocían ni a D. Romeo ni a



D. Elsa , y respecto a D. Jose Miguel fue la persona que más colaboró, y que no estaba en ningún servicio contable, habiéndose cobrado la venta de mercancías en fase de liquidación e ingresado en la masa activa.

Antes de entrar en el examen de estas cuestiones se ha de precisar que de los distintos comportamientos imputados en el informe de la Administración **Concursal** sólo restan por examinar los de no haber realizado el depósito de cuentas anuales (previsto en el art. 165.3º LC ), el incumplimiento del deber de colaboración ( art. 165.2º LC ) y la disminución de existencias de mercaderías ( art. 164.2.1 º ó 4º LC ), y que de los dos primeros sería autor, entre otros, D. Jose Miguel , y del tercero los tres apelantes.

Los dos primeros supuestos son presunciones iuris tantum y permiten prueba en contrario, que en el presente caso entiende la Sala que se han practicado. Así, durante su interrogatorio, el administrador **concursal** reconoce, según antes se ha señalado, que D. Jose Miguel no prestaba ningún servicio contable en la empresa, siendo el que estaba en el almacén, por lo que no puede reprochársele que no presentara las cuentas anuales, ya que no se encargaba de esas tareas, según ha reconocido la propia Administración **Concursal**.

Igualmente queda acreditado con igual prueba que no ha incumplido el deber de colaboración. Así respecto de su comportamiento se le reconoce que era la persona que más colaboró con la Administración **Concursal**, y respecto de la venta de mercancías a una empresa de un familiar, ha quedado acreditado que ello no causó perjuicio alguno a la masa activa, pues no se ejercitaron acciones de reintegración y el precio se ingresó en la masa del concurso, tras cobrarse, con lo que no concurre el requisito de generación o agravación del estado de insolvencia.

Queda por examinar la cuestión de la disminución de existencias. El escrito ampliatorio del informe de la Administración **Concursal** extiende su imputación a todos los que durante el año 2008 fueron administradores de la sociedad, entre ellos los tres apelantes, pero tal dato no es suficiente, pues la presunción es de culpabilidad, no de participación en los hechos, y corresponde a la actora acreditar tales extremos, al menos con una prueba indiciaria, no siendo suficiente la titularidad formal de administrador social, sobre todo porque no concreta cuándo se extraviaron tales mercancías, ni la responsabilidad que en ello hayan podido tener los ahora apelantes. Precisamente las pruebas practicadas, antes referidas, muestran que los recurrentes permanecían ajenos al control y funcionamiento de la mercantil y que eran quienes reclamaban de los otros socios y administradores actuaciones para hacer frente a las dificultades que se evidenciaban, cuando quienes disponían en la misma era otro de los demandados.

Por todo ello debe revocarse la sentencia de la primera instancia y dejar sin efecto la declaración de afectados de los actuales apelantes, lo que hace innecesario pronunciarse sobre su condena en costas de la primera instancia.

CUARTO.- La estimación del recurso lleva consigo la no imposición de las costas causadas en la primera instancia, tal y como establece el artículo 398.2 LEC , y la devolución del depósito para recurrir (Disp. Adicional 15ª.8 LOPJ).

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Galindo Marín, en nombre y representación de D. Romeo , D. Jose Miguel y D.ª Elsa , contra la sentencia dictada en el incidente **concursal** de oposición a la **calificación** de **culpable** del concurso de la mercantil Comercial de Suministros Crismar, S. L., seguido con el número 295/09-0001 ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia, y desestimando la oposición al recurso sostenida por la Administración **Concursal**, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia, dejando sin efecto la declaración de personas afectadas de D. Romeo , D. Jose Miguel y D.ª Elsa y las condenas que a los mismos se les imponen, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada. Devuélvase a los apelantes el depósito constituido para apelar.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.