



Roj: **SAP LE 921/2013 - ECLI:ES:APLE:2013:921**

Id Cendoj: **24089370012013100261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2013**

Nº de Recurso: **4/2013**

Nº de Resolución: **236/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL GARCIA PRADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00236/2013

ROLLO: RECURSO APELACIÓN 4/2013

SECCION VI CALIFICACION CONCURSO 0000132 /2011

JDO.1ª INSTANCIA N.8 Y MERCANTIL de LEON

S E N T E N C I A Nº 236/2013

Ilmos. Sres.

Dº. MANUEL GARCIA PRADA - PRESIDENTE

Dº. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ - MAGISTRADO

Dª. SONIA GONZALEZ PEREZ - MAGISTRADA ADSCRITA

En León a veintidós de mayo de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LEON, los Autos de SECCION VI CALIFICACION CONCURSO 0000132/2011, procedentes del JDO.1ª INSTANCIA N.8 Y MERCANTIL de LEON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000004/2013, en los que aparece como parte apelante, Esteban , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN CARLOS MARTINEZ RODRIGUEZ, y como parte apelada, ADMINISTRACION CONCURSAL, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA LOURDES DIEZ LAGO, TRANSFORMADOS METALICOS DEL BIERZO SL, BIERZO PREFABRICADOS DE HORMIGÓN S.L., Maximo , Y MINISTERIO FISCAL, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MANUEL GARCIA PRADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO.1ª INSTANCIA N.8 Y MERCANTIL de LEON, se dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de dos mil doce , en el procedimiento RECURSO DE APELACION (LECN) 0000004/2013 del que dimana este recurso, cuya parte dispositiva queda del tenor siguiente: " **FALLO** : ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de calificación deducida en la presente Sección de Calificación por la administración concursal y el Ministerio Fiscal contra Eva , con los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Declaro culpable el concurso de la mercantil TRANSFORMADOS METÁLICOS DEL BIERZO SL.
- 2.- Declaro como personas afectadas por dicha calificación a Esteban y Maximo , a quines CONDE **NO** :



A) A Esteban , a la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante 5 años, así para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedora concursal o de la masa; a la cobertura del 50% del déficit concursal.

b) A Maximo , a la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante 3 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedora concursal o de la masa; a la cobertura del 25% del déficit concursal.

Sin que resulte procedente la emisión de pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Que ha sido recurrido por la representación procesal de Esteban .

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 22 de mayo de dos mil trece, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado de lo Mercantil que ha declarado culpables del concurso a los dos administradores de la sociedad Transformados Metálicos Bierzo ha sido recurrida únicamente por uno de ellos, perfilando la competencia funcional de este órgano de apelación de conformidad con lo dispuesto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Recurso de Esteban

Esta parte impugna los tres motivos tomados en consideración en la sentencia para apreciar la culpabilidad en la calificación del concurso en cuanto a la actuación de este administrador de la sociedad.

a) Retraso en la solicitud del concurso.

La Administración Concursal expone en su informe donde solicita la declaración de concurso culpable como una de las causas para declararlo así, la situación de **insolvencia** en que se encontraba la sociedad desde el año 2009, estando incurso también en causa de disolución, incumpliendo el plazo de solicitud de declaración de concurso, pues no lo solicitó hasta el mes de abril de 2011.

La **insolvencia** es un **estado general** del **patrimonio** que no incide sobre el crédito de un acreedor en particular o de algunos de ellos, sino de todos, porque concierne a la imposibilidad de cobrar. No se da la situación de concurso cuando alguno de los acreedores tiene dificultades para cobrar del deudor común, sino cuando ninguno de ellos, presumiblemente, pueda cobrar. Lo importante y decisivo es la **insolvencia** del deudor y no la imposibilidad de cobro por parte de los acreedores que solamente es la consecuencia de la **insolvencia** que se puede manifestar por una serie de circunstancias que nada tengan que ver con la **insolvencia**. Se puede ser solvente, tener la financiación adecuada y sin embargo, no pagar por otra razón cualquiera, o sin alguna razón aparente. Cualquier dificultad sin mas que los acreedores puedan tener para cobrar sus créditos no significa que se esté ante un **estado** de **insolvencia** de quien no paga.

Para la jurisprudencia, bien se tome doctrinalmente como decisivo el concepto de **insolvencia**, entendida como la impotencia patrimonial para satisfacer deudas vencidas, bien se defina atendiendo a la circunstancia de la cesación de pagos, o bien, se pongan ambas en relación para afirmar que sólo se podrá producir la segunda como consecuencia de la primera, lo cierto es que para el legislador la quiebra (hoy concurso de acreedores) supone y exige un sobreseimiento en los pagos (Sentencia del T.S. de 27 de febrero de 1965 y 7 de octubre de 1989), lo que significa no atender al pago de los créditos eficientes que se reclamen (Sentencia del T.S. de 18 de octubre de 1985).

Todo pronunciamiento judicial sobre culpabilidad exige la determinación de ciertos hechos con el carácter de probados, pero ante la dificultad de prueba la Ley introduce ciertos tipos de presunciones, "iuris et de iure" e "iuris tantum" que facilitan la obtención de la consecuencia jurídica partiendo de un hecho base que deber resultar suficientemente probado. Así pues se requiere: 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 grave, elemento favorecido por las presunciones legales; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.

En el supuesto de la conducta tipificada en el art. 164.2 bastará la realización del supuesto de hecho para llevar a la culpabilidad. Por el contrario en los supuestos del art. 164.1 y art. 165 será necesario acreditar todos los elementos anteriores, pero en este último precepto, presumido de forma "iuris tantum" el dolo o la culpa,



la carga de la prueba se distribuye de forma distinta: quien sostenga la pretensión de culpabilidad habrá de acreditar el comportamiento activo u omisivo del deudor y la relación de causalidad entre dicha conducta y la generación o agravación de la **insolvencia**. En otro caso, presumido el dolo o la culpa grave, corresponde al deudor o la persona afectada por la calificación convencer sobre su falta de concurrencia.

En el recurso se alega que no puede apreciarse esta causa para apoyar en ella la culpabilidad del concurso basándose la Administración Concursal en indicios pero no en certezas, se extiende en argumentos relativos a que tener un fondo de maniobra negativo no significa que la empresa esté en **insolvencia** (aunque admite que se incrementó en el ejercicio de 2007 y que en el año 2009 tuvo pérdidas importantes), existían pólizas a corto plazo que se estaban renovando. La sentencia razona ampliamente sobre la situación económica que presentaba la sociedad agravándose a partir del año 2007 e incrementándose de forma notable a partir de los siguientes años doblando la deuda, todo ello denota una situación real de **insolvencia** que hacía la sociedad inviable por sí misma por lo que debieron los administradores si hubieran sido diligentes acudir al remedio legal que contempla la Ley Concursal lo que no se hizo hasta pasado mucho después de lo previsto, por tanto, incurriendo en la causa prevista en el art. 5, art. 164.1 y art. 165.1 todos ellos de la Ley citada.

Los argumentos del recurrente no pueden admitirse porque aunque trata de justificarse con la adopción de algunas maniobras dirigidas a renegociar o refinanciar créditos, lo cierto es que la sociedad entró en una dinámica de estrangulamiento económico que era motivo suficiente para que a la vista de la situación creada solicitar la declaración de concurso como contempla el art. 5 de la Ley Concursal: "El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su **estado de insolvencia**". Recogiéndose en el párrafo segundo una presunción cuando haya acaecido alguno de los hechos que puedan servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme el apartado 4 del art. 2. La sociedad estaba en **estado real de insolvencia** desde mucho tiempo antes de solicitarse el concurso necesario. Esta situación real y demostrada obligaba a los responsables de la sociedad, administradores de hecho o derecho (en este caso administrador) a cumplir con las obligaciones establecidas para el caso, es decir, solicitar concurso como se deduce de lo dispuesto en los artículos 127 (diligencia en la administración de la sociedad), art. 133 - 135 (responsabilidad administradores) y art. 260.4º (causa de disolución de la sociedad como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el **patrimonio** neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social) todos ellos del Real Decreto Legislativo 1564/1989 que aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en la fecha (actualmente el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); en relación con lo dispuesto en el art. 69 y 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Concursal que regula el plazo para instar el concurso dentro de los dos meses siguientes al conocer la situación de **insolvencia**.

Se analiza en la sentencia de forma detallada los episodios que antecedieron la solicitud de concurso a lo que nos remitimos, superando con creces el plazo fijado en el precepto, concurriendo la causa establecida en el art. 164.1 en relación con el art. 165.1º, es decir, culpa grave del administrador en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales. La situación de **insolvencia** era manifiesta desde tiempo atrás, lo que exigía, como se dijo, la solicitud en su momento de concurso que no se formuló en plazo con las consecuencias legales declaradas en la sentencia. Es evidente que en el caso se habían presentado las condiciones objetivas para que se presentase solicitud de concurso por quien tenía obligación de hacerlo, de lo que era cabal conocedor y en cambio no hizo, incurriendo en el supuesto previsto en el art. 165.1º en relación con el art. 5 antes citado. Procediendo por todo lo expuesto desestimar este motivo de recurso.

b) Irregularidades contables

La culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor. El Tribunal Supremo la define como "la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podía haberse evitado un resultado querido". Se exige que ese dolo o culpa grave medie en la "generación o agravación de **estado de insolvencia**". El legislador ha establecido un régimen específico que sanciona al deudor y, en su caso, a terceros, no por el hecho mismo de la **insolvencia**, presupuesto objetivo del concurso, sino por haber existido acciones u omisiones con dolo o culpa grave. Esas acciones y omisiones pueden haber sido anteriores a la **insolvencia**, coetáneas o incluso posteriores a la misma, sancionándose como se determina en el art. 172 de la Ley Concursal, a su vez han podido generarla o agravarla.

Estas acciones u omisiones pueden provenir del deudor, representantes legales y en el caso de las personas jurídicas de los administradores tanto de hecho como de derecho. Suscitándose en la mayoría de los casos dificultades a la hora de la prueba de los hechos por ser muchas veces clandestinos, ocultos o secretos. Por ello el legislador ha establecido unas presunciones de culpabilidad, siguiendo la tradición histórica de nuestro derecho de **insolvencias**. En el art. 164 establece una serie de presunciones de concurso culpable "iuris et de iure" que no admiten prueba en contrario; y en el art. 165 enumera unas presunciones de dolo o culpa grave



"iuris tantum" que admiten prueba en contrario. Las primeras precisan únicamente la concurrencia del supuesto de hecho, sin necesidad de dolo o culpa, ante ellos el concurso se declara culpable siendo competencia exclusiva del Tribunal.

La ley sanciona al deudor obligado a llevar contabilidad que incumpla "sustancialmente" esa obligación. La introducción de término "sustancial" plantea en ocasiones problemas de interpretación. El art. 25 del Código de Comercio obliga a la llevanza de determinados libros, sin distinguir entre libros o documentos sustanciales o no, correspondiendo tal calificación al juzgador; sin embargo, en todo caso se considera por la mayoría de la doctrina que la no llevanza de alguno de los libros que obligatoriamente debe llevar todo empresario será motivo para calificar el concurso como culpable. Otro concepto introducido en el art. 164.2.1 de la Ley Concursal : "irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara", es una cuestión de hecho que queda a la discrecionalidad judicial. Lógicamente es determinante al respecto el informe de la Administración Concursal para saber si esas irregularidades permiten saber o no la situación real de la concursada, lo que incluye aquellos supuestos en que aunque se lleven libros no puede deducirse de lo mismo la situación de la empresa.

El incumplimiento y la irregularidad ha de ser sustancial y relevante, respectivamente, es decir, capaz de impedir el conocimiento o desfigurar la imagen fiel de la sociedad, la real situación financiera y patrimonial de la misma. Por sustancial, se entiende por la doctrina, aquella que no permita conocer la imagen fiel de la sociedad. Algunas sentencias han considerado que la eliminación de falsos activos de la sociedad implica la reducción de los fondos propios por lo que su contabilización supone una irregularidad relevante ya que afecta a **patrimonio** neto de la sociedad contabilizado en las cuentas anuales y afecta a la imagen fiel que han de dar de la misma. La interpretación que merece el vocablo "relevante" es equiparable a importante, significativo, descartando, así pues, irregularidades puntuales; ahora bien, un conjunto de irregularidades contables que individualmente consideradas pudieran considerarse irrelevantes se transforman en relevantes al ser consideradas en su conjunto.

La causa apreciada en la sentencia se estima acreditada en autos como se razona ampliamente en la recurrida en valoración de las pruebas aportadas a los autos y de las conclusiones que obtiene el Juzgador "a quo" con base los datos resaltados por dicha Administración que no han sido desvirtuados por prueba en contrario, art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Rechazando los argumentos del recurso sobre la inexistencia de préstamos a otra entidad sino que era en pago de deudas, admitiéndose, no obstante, la propia existencia de irregularidades en las cuentas del año 2009, sin que se aporten facturas de los pagos que dice realizados otras sociedades; en suma, no justificándose supuesto el préstamo de 3.488.645,92 euros a otra sociedad vinculada con el grupo. Obrar en las actuaciones datos que demuestran la situación en que se encontraba la sociedad en el año 2009 y precedentes que abocaron a la misma a una asfixia económica y posterior inviabilidad futura. El informe de la Administración Concursal es suficientemente ilustrativo al respecto, siendo este organismo el que por Ley tiene encomendado la gestión de la sociedad concursada y conoce por ello su real situación económico-financiera, haciéndose un detallado y pormenorizado iter de los antecedentes y posteriores actuaciones abocaron a la sociedad del actual concurso. Rechazando las afirmaciones que se hacen en el recurso sobre equivocación de la recurrida, compartiendo los acertados razonamientos de la misma contenidos en el apartado cuarto del fundamento cuarto, no mereciendo acogida los argumentos del recurso sobre este punto cuya desestimación procede por las razones expuestas.

TERCERO.-

Transferencias injustificadas de fondos a otras sociedades del grupo.

Lo argumentado en el apartado b) del fundamento anterior viene a corroborar también esta causa apreciada en la sentencia, por cuanto se parte del hecho de haberse realizado transferencias a empresas vinculadas del grupo (Montajes Rioval S.L., Bierzo Prefabricados de Hormigón S.L. y Cerramientos del Sil S.L.) en cuantía importante en operaciones no suficientemente justificadas con la apariencia de préstamos, descartándose los argumentos sobre realización de trabajos de la concursada a otras empresas cuando no aparecen contabilizados como tales en la documentación de la sociedad ahora objeto de concurso. No encontrando explicación que una empresa refinance su deuda y trate de llegar a acuerdos con sus acreedores, como se dice en el recurso, a la vez estando en situación económica delicada próxima a la **insolvencia** y, por tanto, en debiendo instarse el concurso de acreedores realice a su vez préstamos a otras cuando los problemas de financiación y liquidez de la misma eran importantes y de hecho la abocaron a una situación inviable económicamente, puesto que aunque podría sostenerse que tenía la concursada unos créditos contra dichas empresas lo cierto es que con dudosas posibilidades de cobro y en todo caso la abocaron a la asfixia económica. Compartiendo sobre el particular cuanto se razona ampliamente en la sentencia recurrida.



Por último, la condena que se fija en la sentencia para el recurrente que afirma es diferente a la del otro administrador, alegando también que se rebaje el periodo de inhabilitación, debe ser confirmada por justificarse suficientemente en la recurrida las razones de tal diferenciación con base en la distinta participación en la gestión de la sociedad y en las operaciones que llevaron a la misma a la situación de **insolvencia**, por tanto, teniendo ello implicación directa en la fijación la responsabilidad de cada administrador que se estima ponderada y adecuada a la actuación de uno y otro. En el caso la recurrida hace un análisis extenso de las cuestiones planteadas y de los hechos relatados que califica acertadamente como encajables en los supuestos contemplados en los arts. 164.1 y 164.2 de la Ley Concursal, sin que se observe se haya incurrido en error en la valoración de las pruebas practicadas ni en las conclusiones jurídicas que alcanza. Desestimando, en suma, los motivos de recurso y compartiendo los razonamientos de la recurrida que llevan a declarar como culpable la calificación del concurso.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 398 de la L.E.C. las costas se imponen al recurrente.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de **general** y pertinente aplicación.

FALLO

LA SALA ACUERDA:

SE DESESTIMA el recurso presentado por la representación procesal de Esteban, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 8 de León, en el Juicio de Incidente Oposición Calificación núm. 132/11 Y se CONFIRMA la sentencia, con imposición de las costas causadas en el recurso a la parte recurrente.

Después de cumplimiento, al notificar esta sentencia, a lo dispuesto el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Servicio Común del Procedimiento, para que continúe la tramitación.

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