



Roj: **SAP B 10574/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:10574**

Id Cendoj: **08019370152019101511**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **31/07/2019**

Nº de Recurso: **866/2019**

Nº de Resolución: **1548/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120160009910

Recurso de apelación 866/2019-2ª

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona

Procedimiento de origen: Incidente concursal oposición calificación (Art 171) 901/2016

Parte recurrente/Solicitante: CASOMAR CONSTRUCCIONES,S.L.

Procurador/a: Jesús Sanz López

Parte recurrida: Oscar , Pedro

Procurador/a: Cristina Garcia Girbes

MINISTERIO FISCAL/ADMINISTRACION CONCURSAL

Cuestiones.- Calificación concursal. Falta de contabilidad.

SENTENCIA núm. 1548/2019

Ilmos. Sres. Magistrados

JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRIGUEZ VEGA

MANUEL DÍAZ MUYOR

En Barcelona a treinta y uno de julio de dos mil diecinueve.

Parte apelante: CASOMAR CONSTRUCCIONES S.L.

Parte apelada: Oscar y Pedro

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 31 de enero de 2019

-Demandante: CASOMAR CONSTRUCCIONES S.L., Administración concursal y Ministerio Fiscal

-Demandada: PROMOSUELO S.L., Oscar y Pedro



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que debía acordaba y acordaba:

1º) *Calificar como fortuito el concurso de PROMOSUELO S.L.*

2º) *Sin expresa condena en costas*

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal CASOMAR CONSTRUCCIONES S.L. Dado traslado a las partes, las personas afectadas por la calificación presentaron escrito de oposición.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 25 de julio de 2019.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. En el concurso de PROMUSUELO S.L., declarado por auto de 20 de febrero de 2015, la administración concursal presentó informe razonado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley Concursal, solicitando que se declarara el concurso como culpable por las siguientes causas:

-Incumplimiento sustancial de las obligaciones contables (artículo 164.2º.1º de la LC), dado que los últimos libros legalizados son los del ejercicio 2009 y la contabilidad dejó de llevarse a partir del ejercicio 2010.

-Demora en la solicitud de concurso (artículo 165.1º). El informe señala que la situación de insolvencia se produjo en septiembre de 2010 y el concurso se declaró como necesario en febrero de 2015.

-Falta de depósito de las cuentas anuales (artículo 165.3º de la LC), dado que las últimas cuentas depositadas en el Registro Mercantil son las del ejercicio 2009.

2. La administración concursal solicitó que se declarara personas afectadas por la calificación a Oscar y Pedro , en su condición de administradores de la concursada, interesando que se les inhabilitara por un plazo de cinco años y se les condenara a la pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar en el concurso y al pago de 1.278.789,25 euros de déficit concursal.

3. La sentencia analiza las distintas causas de culpabilidad y califica el concurso como fortuito, absolviendo libremente a los demandados.

4. La sentencia es recurrida por CASOMAR CONSTRUCCIONES S.L., que se personó en la pieza como acreedor de la concursada. El recurso denuncia, en primer lugar, falta de congruencia de la sentencia e infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , toda vez que en el fundamento cuarto da a entender que se acoge la pretensión de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones contables y en el fallo el concurso se califica como fortuito. En cuanto al fondo del asunto, la apelante insiste en que el concurso se declare culpable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164.2º.1º de la LC , toda vez que la concursada no lleva los libros contables desde el ejercicio 2010. Quedan al margen del recurso las otras dos causas de culpabilidad invocadas por la administración concursal en su informe.

5. Oscar y Pedro se oponen al recurso y solicitan que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Sobre la incongruencia interna de la sentencia.

6. El recurso aduce que la sentencia es incongruente y que infringe el artículo 218.3º, pues en su fundamento cuarto señala que, por no llevar la concursada los libros oficiales de contabilidad, *"procede declarar que concurre la causa de culpabilidad del artículo 164.2.1. LC "* y, ello no obstante, el concurso se califica como fortuito.

7. No le falta razón a la recurrente, pues es evidente que la sentencia incurre en la llamada "incongruencia interna", que, en realidad, no es un vicio de incongruencia propiamente dicho, sino un defecto de motivación (artículo 218-2º de la LEC), al ser la sentencia irrazonable y contradictoria, dado que es manifiesta la contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. La incongruencia interna ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. En cualquier caso, por tratarse de una infracción procesal cometida al dictar sentencia en primera instancia, el remedio no puede ser otro que resolver en esta segunda



instancia las cuestiones planteadas en el recurso de forma coherente y razonada (artículo 465.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

TERCERO.- Incumplimiento de las obligaciones contables.

8. El artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad cuando el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTs de 6 de octubre de 2011 , 21 de mayo de 2012 , 16 de julio de 2012 , entre otras), el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable "en todo caso", en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

9. El artículo 25 del Código de Comercio , por su parte, dispone que *"todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario"* .

10. Como hemos señalado en resoluciones anteriores, el incumplimiento debe quedar referido a la llevanza de los libros contables obligatorios que relacionan, formalmente y con expresión de su contenido, los arts. 25 y 28 del Código de Comercio , teniendo en cuenta las formalidades y requisitos que mencionan los arts. 27 y 29. Y dicho incumplimiento ha de ser sustancial, entendiéndose por tal aquel que, por la relevancia de las ausencias, omisiones o defectos en la llevanza de una contabilidad ordenada (art. 25 CCom), impida un seguimiento cronológico de todas las operaciones de acuerdo con los principios de claridad y continuidad (art. 29 CCom) y el conocimiento de la evolución y la reconstrucción de las mutaciones patrimoniales de modo que, en fin, no permita conocer, de acuerdo con los principios y prácticas de contabilidad generalmente aceptados, la evolución y la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad (imagen fiel), ocultando o dificultando así la determinación de las causas de la insolvencia o de los acontecimientos o factores que han contribuido a su acaecimiento.

11. De esta manera, el orden público económico y la seguridad del tráfico mercantil imponen a quienes intervienen en el mercado, singularmente cuando se trata de sociedades capitalistas, la elaboración de una contabilidad ajustada a ciertos requisitos formales, dirigidos a potenciar técnicamente el fiel reflejo de la situación de la empresa, de forma fiable y comprensible, por medio, como mínimo, de los libros obligatorios. El cumplimiento de ese deber requiere no sólo la transcripción en ellos de determinados datos contables (art. 28 CCom), sino también que se sujeten a una serie de reglas uniformes que universalizan la información que han de proporcionar los mismos, ajustándose a las exigencias contables, así como requisitos formales extrínsecos que potencian la credibilidad, como es la obligación de legalizar los libros obligatorios en el Registro Mercantil dentro del plazo legalmente establecido (art. 27 CCom). Así mismo, el art. 30 CCom impone a los empresarios la obligación de conservar los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años a partir del último asiento realizado en los libros.

12. En cuanto a las irregularidades contables, hemos señalado reiteradamente que no cualquier incumplimiento de las obligaciones contables comporta que se pueda aplicar la presunción de culpabilidad del artículo 164.2.1.º LC sino tan solo aquellos supuestos en los se impida que la contabilidad cumpla con la finalidad que le es propia, esto es, ofrecer la imagen fiel de las cuentas sociales.

13. En este caso, el informe de la administración concursal, en el que se apoya la recurrente, denuncia el más grave de los incumplimientos contables, como es la falta absoluta de contabilidad. Y, en este sentido, no es controvertido que PROMOSUELO S.L. desde el ejercicio 2010 no lleva los libros oficiales de contabilidad. Los demandados en el escrito de oposición sostienen que la falta de contabilidad no es "sustancial" ni "relevante", dado que la situación de insolvencia se reveló en septiembre de 2010 y desde entonces no se ha generado ningún pasivo, dado que en ese mismo año PROMOSUELO cesó por completo en su actividad. Además, añaden los demandados, el incumplimiento de las obligaciones contables no ha impedido a la administración concursal conocer las causas de la insolvencia ni le impidió emitir su informe. Sin embargo, como hemos adelantado, el artículo 164.2º presume la culpabilidad, sin admitir prueba en contrario (*"en todo caso"*), si el deudor incurre en alguna de las conductas que dicho precepto describe, cualquiera que sea la incidencia de esas conductas en la generación de la insolvencia. Por todo ello, debemos estimar el recurso y calificar el concurso como culpable.

CUARTO.- Efectos de la calificación del concurso como culpable.



14. Declarada la culpabilidad por la única causa que se ha mantenido en el recurso, procede declarar personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la concursada Oscar y Pedro (artículo 172.2º, apartado primero), a quienes se condena a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales y de la masa (artículo 172.2º, apartado tercero) y a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un periodo de dos años (artículo 172.2º, apartado segundo).

15. La recurrente también postula la condena de los demandados al pago de todo el déficit concursal, que cifra en 1,5 millones de euros. Sin embargo, el recurso, de apenas dos páginas, se limita a interesar la culpabilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 164.2º.1º (incumplimiento de las obligaciones contables), sin justificar de ningún modo la condena al pago del déficit concursal (lo solicita únicamente en el suplico). Además, el recurso tampoco cuestiona que no se generaron nuevos pasivos tras manifestarse la situación de insolvencia (hecho declarado probado en la sentencia apelada) y que el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso, que se declaró como necesario, hubiera agravado la insolvencia. El requisito de la agravación de la insolvencia es un presupuesto de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, requisito que no se da en el presente caso o, cuando menos, que no se justifica por la recurrente.

Por todo ello debemos estimar en parte el recurso.

QUINTO.- Costas procesales.

16. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen las costas del recurso.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CASOMAR CONSTRUCCIONES S.L., contra la sentencia de 31 de enero de 2019, que revocamos. En su lugar, acordamos:

1º) Declarar culpable el concurso de PROMOSUELO S.L.

2º) Declarar como personas afectadas por la calificación a Oscar y Pedro.

3º) Condenar a Oscar y Pedro a la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o contra la masa.

4º) Inhabilitar a Oscar y Pedro para administrar bienes ajenos por un periodo de dos años.

No se imponen las costas procesales en ninguna de las dos instancias. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para la interposición del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.