



Roj: **SAP T 99/2022 - ECLI:ES:APT:2022:99**

Id Cendoj: **43148370012022100047**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2022**

Nº de Recurso: **181/2021**

Nº de Resolución: **55/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROBERTO NIÑO ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314847120138005474

Recurso de apelación 181/2021 -U

Materia: Recurso contra sentencia P.O.

Órgano de origen: Juzgado Mercantil nº 1 de Tarragona

Procedimiento de origen: Pieza Incidente concursal oposición calificación (art.451 LC) 6/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4202000012018121

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Concepto: 4202000012018121

Parte recurrente/Solicitante: CONSBARÀ, S.L.

Procurador/a: Angel R. Fabregat Ornaque

Abogado/a:

SENTENCIA N° 55/2022

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. Manuel-Horacio García Rodríguez

Magistrados:

Dª. Inmaculada Perdignes Sánchez

D. Roberto Niño Estébanez (ponente)

En la ciudad de Tarragona, a diecinueve de enero de dos mil veintidós.



La sección primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados antes indicados, ha conocido en la segunda instancia del orden jurisdiccional civil el **recurso de apelación núm. 181/2021** interpuesto contra la sentencia núm. 107/2019, de 10 de junio, dictada en la sección de calificación (incidente concursal núm. 6/2019) del procedimiento de concurso núm. 54/2014 del juzgado de lo mercantil de Tarragona; en el que han intervenido, con la postulación procesal arriba referenciada, **como parte apelante** la sociedad de capital deudora "CONSBARÀ, S.L." y las personas afectadas por la calificación D. Claudio y D^a. Evangelina ; y como **parte apelada** el Ministerio Fiscal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Declaro culpable el concurso de acreedores de la sociedad CONSBARÀ, S.L., con los efectos siguientes:

1. Declarar personas afectadas por la calificación a D. Claudio y D^a. Evangelina .
2. Declarar la inhabilitación de D. Claudio y D^a. Evangelina para administrar los bienes ajenos durante un período de dos años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.
3. Condenar a D. Claudio y a D^a. Evangelina a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa.
4. Condenar a D. Claudio y a D^a. Evangelina a satisfacer a la masa del concurso el importe del cinco por ciento del déficit patrimonial concursal, sin incluir en el mismo los créditos contra la masa.
5. Con imposición de costas (...)"

SEGUNDO.- La sociedad de capital deudora "CONSBARÀ, S.L." y las personas afectadas por la calificación, D. Claudio y D^a. Evangelina , interpusieron de forma conjunta recurso de apelación contra la sentencia antedicha. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la administración concursal y al Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal se ha opuesto expresamente al recurso de apelación y ha solicitado la confirmación de la sentencia apelada. Se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial y una vez formado rollo de sala, se señaló deliberación, votación y fallo para el día diecinueve de enero de los corrientes.

TERCERO.- Mediante auto de la Sala de 26 de octubre de 2021, aclarado mediante auto del posterior 12 de noviembre, que devino firme al no ser recurrido, se dispuso no haber lugar a practicar en segunda instancia el medio de prueba consistente en el interrogatorio como testigo-perito de D. Germán , que había sido solicitado por la parte apelante.

CUARTO.- Siglas empleadas en la presente sentencia:

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

STS, sentencia del Tribunal Supremo.

SAP, sentencia de Audiencia Provincial.

Art., artículo.

LC, Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

TRLC, RDL 1/2020, de 5 de mayo, texto refundido de la Ley Concursal

TRLSC, RDL 1/2010, de 2 de julio, texto refundido de la Ley de sociedades de capital.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Roberto Niño Estébanez, que fundamenta y manifiesta la decisión de la Sala.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación

1.1 La sociedad mercantil "CONSBARÀ, S.L." (la deudora, en lo sucesivo) es una sociedad de capital de nacionalidad española, inscrita en el Registro Mercantil de Tarragona, que fue constituida en fecha de 1 de enero de 1991. Su objeto social fue principalmente la promoción inmobiliaria. Tiene un capital social suscrito y desembolsado de 15.025 euros. En fecha de 31 de agosto de 1998 cesó en el cargo como administradora solidaria D^a. Evangelina y se modificó el sistema del órgano de administración, que pasó a estar formado por un administrador único, cargo que desempeñó desde esta fecha y hasta la declaración del concurso D. Claudio .



1.2 En fecha de 24 de enero de 2014, la deudora presentó ante el juzgado de lo mercantil de Tarragona solicitud de declaración de concurso voluntario con petición expresa de simultánea apertura de la fase de liquidación. El concurso fue declarado mediante auto de 13 de marzo de 2014, que dispuso la simultánea apertura de la fase de liquidación concursal, acordó el cese del órgano de administración social de la deudora y la disolución de la misma.

1.3 Mediante auto de 10 de noviembre de 2014 se aprobó el plan de liquidación y se acordó la formación de la sección sexta, de calificación, en la que la administración concursal y el Ministerio Fiscal presentaron sendas demandas calificando el concurso como culpable. A dicha calificación se opusieron expresamente la deudora y quienes fueron sus administradores, como personas afectadas por la calificación, D. Claudio y D^a. Evangelina, que solicitaron que el concurso fuera declarado fortuito.

1.4 La sentencia apelada ha calificado el concurso de la deudora "CONSBARÀ, S.L." como culpable con fundamento en las presunciones de culpabilidad concursal previstas en los artículos 164.2.1º LC (actual art. 443.5º TRLC), por razón de incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad; y 165.1.1º LC (actual art. 444.1º TRLC), por razón de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Asimismo, ha declarado personas afectadas por la calificación a D. Claudio y a D^a. Evangelina, a quienes ha condenado, entre otros extremos, al pago del 5% del déficit patrimonial concursal que resulte una vez liquidada la masa activa de la deudora, excluidos los créditos contra la masa.

1.5 La deudora y las personas afectadas por la calificación han interpuesto de modo conjunto recurso de apelación contra la referida sentencia. El recurso de apelación solicita con carácter principal la revocación total de la sentencia de primera instancia y que se declare fortuito el concurso, y, subsidiariamente, que se revoque el pronunciamiento de la misma relativo a la imposición de las costas procesales de la primera instancia del incidente. El recurso de apelación se estructura en cuatro motivos procesales y cuatro motivos de fondo, que analizaremos por separado.

1.6 Al recurso de apelación se ha opuesto el Ministerio Fiscal, que ha solicitado la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Motivos procesales del recurso de apelación

2.1 *Primer motivo procesal.* El recurso de apelación denuncia en primer lugar la infracción de los artículos 208 y 209 LEC, por vulneración de la forma legal y constitucional de resolver controversias judiciales en el orden jurisdiccional civil. En desarrollo de este motivo (p. 4 del recurso) se alega que la sentencia apelada es un "totum revolutum" (sic.) que no diferencia cuestiones procesales de las de fondo y que sólo ha tomado en consideración las alegaciones de la administración concursal. Se alega igualmente en este primer motivo procesal que en los antecedentes de hecho no se han detallado suficientemente las pretensiones de las partes y los hechos en que se fundamentan y que en los fundamentos jurídicos no se han expresado suficientemente los razonamientos jurídicos en que se basa el fallo.

El primer motivo procesal no puede tener acogida favorable.

Sin perjuicio de lo que a continuación expondremos al analizar otros motivos del recurso de apelación, tanto procesales cuanto de fondo, que guardan relación con el presente, y aun cuando podemos convenir con el recurso de apelación que la sentencia apelada carece de la claridad que habría sido deseable, consideramos que su estructura formal, al menos en términos elementales, es ajustada a Derecho, pues contiene un apartado en que se expresan cuatro antecedentes de hecho y otro apartado en el que se expresan seis fundamentos de Derecho. No hemos apreciado en ninguno de dichos apartados ningún razonamiento que objetivamente pueda ser calificado de arbitrario, ilógico o irracional. No creemos que la ausencia de un encabezamiento propiamente dicho haga ceder esta conclusión. Por lo demás, la estructura formal de la sentencia apelada es compatible con los estándares básicos de las sentencias que se dictan en la primera instancia del orden jurisdiccional civil.

2.2 *Segundo motivo procesal.* En segundo lugar el recurso de apelación denuncia la "hostilidad y agresividad" del juez de primera instancia hacia la defensa letrada de los apelantes; y la falta de valoración de la totalidad de los medios de prueba practicados en la primera instancia de la sección de calificación. Se alega, en el desarrollo de este motivo, que la sentencia apelada sólo ha tomado en consideración, haciéndolo además de "forma sesgada y parcial" (sic.), algunos documentos y el interrogatorio del testigo D. Manuel (p. 5 del recurso); y ha omitido la valoración de la fuerza probatoria de los tres restantes interrogatorios practicados en el acto de la vista oral. Añade, asimismo, que la sentencia de primera instancia expresa conclusiones arbitrarias.

El segundo motivo procesal no puede tener acogida favorable.

Este segundo motivo procesal comprende en rigor dos motivos diferenciados:



a) El primero es el relativo a la "hostilidad y agresividad" del juez de primera instancia -se entiende en la vista oral del incidente- para con la defensa letrada de los apelantes. La Sala ha procedido al visionado de la grabación audiovisual de la vista oral del incidente. Si bien es cierto que la dirección oral de la vista podría haber sido más sosegada, hemos podido constatar, precisamente gracias a la garantía procesal que constituye la grabación audiovisual de la vista oral, que la defensa letrada de los apelantes pudo en todo momento formular -y así lo hizo en reiteradas ocasiones- las correspondientes protestas frente a las resoluciones orales adoptadas por el juez de primera instancia. Así las cosas, consideramos que las resoluciones orales adoptadas por el juez de primera instancia en el ejercicio de la dirección de la vista, aun cuando pudieron ser manifestadas con mayor sosiego, están amparadas de forma suficiente por el artículo 186 LEC, pues la dirección de las vistas orales conlleva la adopción de decisiones relativas a la agilización de su desarrollo; y las aquí controvertidas aparecen causalmente conectadas con el propio desarrollo de la misma, como fueron las relativas a la corrección de la forma de realizar las preguntas a las partes y a los testigos, pues las preguntas siempre deben guardar relación con el objeto de este incidente y por ministerio legal han de ser realizadas en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión y sin incluir valoraciones ni calificaciones (arts. 302 y 368 LEC). De igual manera, no hemos apreciado que el juez de primera instancia hiciera uso de expresiones de carácter personal o portadoras de carga ofensiva dirigidas a la defensa letrada de los apelantes, cuyo derecho fundamental de defensa no resultó menoscabado por este motivo.

b) El segundo se refiere a la falta de valoración por la sentencia apelada de todos los medios de prueba practicados en primera instancia, tanto los documentos cuanto los que son tributarios de inmediatez ante el juzgador. Este motivo está conectado con la exigencia de motivación que impone a todas las sentencias civiles el artículo 218.2 LEC, respecto del que es doctrina jurisprudencial reiterada (entre otras, SSTS, Sala 1ª, núm. 810/2009, de 23 de diciembre, recurso núm. 1508/2005; y núm. 390/2015, de 26 de junio, recurso núm. 469/2014) la que señala que el deber de motivación requiere que la resolución judicial recurrida contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuál ha sido el criterio que fundamenta la decisión del juzgador, de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, permitiendo además el eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico; si bien no implica la necesidad de una argumentación exhaustiva y pormenorizada que conteste uno por uno los argumentos de las partes en todos sus aspectos, ni se exige que valore todos y cada uno de los medios de prueba propuestos y practicados, ni tampoco que tenga una extensión mínima.

En ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad ésta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada. Como indica la STS, Sala 1ª, núm. 171/2018, de 23 de marzo (recurso núm. 2999/2017): "(n)o es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte".

Por tanto, el deber legal de motivación de las sentencias civiles no exige una valoración individualizada de cada medio de prueba practicado.

La sentencia apelada parece ampararse en los principios de valoración conjunta del cuadro probatorio y de adquisición probatoria, amén de contener una referencia al interrogatorio del testigo Sr. Manuel en relación con la presunción de culpabilidad concursal concerniente al incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad. Y el hecho de que atribuya, siquiera de forma implícita, mayor fuerza probatoria a un medio de prueba en detrimento de la de otro, es conforme a la doctrina expuesta. En definitiva, de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada pueden extraerse de forma suficiente los razonamientos que llevan a la estimación de las demandas de calificación, con la debida congruencia con los distintos pronunciamientos que se recogen en el fallo, de los que discrepan, y dicha discrepancia es perfectamente legítima, los apelantes (vid., en igual sentido, SSTS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2015, recurso núm. 469/2014 y 22 de julio de 2015, recurso núm. 1701/2013).

2.3 *Tercer motivo procesal.* Se denuncia en el recurso de apelación, como tercer motivo procesal, la decisión adoptada por el juez de primera instancia en la vista oral de 10 de junio de 2019 por la que denegó el interrogatorio como testigo o testigo-perito del economista D. Germán . Esta decisión habría supuesto la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a practicar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Este tercer motivo procesal tampoco puede prosperar.

Esta cuestión ya fue resuelta por nuestro auto de 25 de octubre de 2021, por lo que estamos ante una carencia sobrevenida de su objeto. Como ya razonamos en nuestro auto, a pesar de que los apelantes anunciaron en primera instancia la aportación de un dictamen pericial que habría de ser realizado por el Sr. Germán (economista), dicho dictamen pericial finalmente no fue aportado -ni ningún otro-. Y dado que el medio de prueba admitido había sido el dictamen pericial, el Sr. Germán no podía deponer en la vista oral en una condición procesal disímil. Y ello es así por cuanto el medio de prueba no es el interrogatorio del perito sino el



dictamen pericial -que no informe-. Esta es precisamente la rúbrica empleada por la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sección que comprende sus artículos 335 y ss.: "Del dictamen de peritos" (sección 5ª, capítulo VI, título I, libro II). Y el examen oral y contradictorio de un dictamen pericial no es preceptivo en la vigente LEC, pues el dictamen pericial no precisa de ratificación para surtir plenos efectos probatorios, de modo que el autor del mismo puede o no comparecer en la vista o juicio oral (art. 347 LEC).

En conclusión, la denegación del interrogatorio del Sr. Germán , como testigo o testigo-perito, fue ajustada a Derecho.

2.4 *Cuarto motivo procesal*. El cuarto y último motivo procesal denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtener una resolución judicial de fondo, motivada, exhaustiva y ajustada a Derecho.

Este motivo procesal debe decaer por los mismos razonamientos que hemos expuesto al resolver el motivo procesal segundo, pues están íntimamente conectados y en esencia denuncian las mismas infracciones legales.

TERCERO.- Motivos de fondo (I): legitimación activa *ad causam* de la administración concursal

3.1 El primer motivo de fondo del recurso de apelación se refiere a la falta de legitimación activa -se entiende *ad causam*- de la administración concursal para deducir demanda de calificación. Se alegan en el desarrollo de este motivo los siguientes argumentos (pp. 20-24 del recurso):

(i) La administración concursal debía haber sido separada del cargo por prolongación indebida de la fase de liquidación concursal por tiempo superior a un año (art. 153 LC, actual art. 427.1 TRLC) y por presentación defectuosa o falta de presentación de los informes trimestrales de liquidación.

(ii) La sentencia apelada no se ha pronunciado sobre la petición de separación de la administración concursal y por tal motivo habría incurrido en incongruencia omisiva.

(iii) Se reitera en el otrosí digo tercero del recurso de apelación la petición de separación del cargo de la administración concursal a fin de que sea resuelta en esta instancia.

(iv) Se solicita la nulidad de actuaciones por las razones anteriores.

3.2 Este primer motivo de fondo del recurso de apelación habrá de ser desestimado.

Como antecedente conciso para la resolución de esta cuestión debemos indicar que mediante auto de 13 de marzo de 2014 se dispuso la declaración de concurso voluntario de la deudora y la simultánea apertura de la fase de liquidación concursal, que había sido expresamente solicitada por la deudora en su demanda inicial de declaración de concurso voluntario. Una vez presentado por la administración concursal un plan para la realización de los bienes y derechos de la deudora, el juzgado de primera instancia aprobó dicho plan mediante auto de 10 de noviembre de 2014 y desde esta fecha se han venido realizando ininterrumpidamente muy diversas operaciones de liquidación a instancia de la administración concursal, que han consistido, en gran medida, en la realización de bienes inmuebles de la deudora mediante subasta.

La petición de separación del cargo de la administración concursal no es objeto de la sección de calificación del concurso, pues se trata de una cuestión que debe resolverse dentro de la sección segunda del mismo y con sujeción a las reglas especiales que la disciplinan, como de hecho ya ha sucedido en dos ocasiones; en efecto, el juzgado de lo mercantil de primera instancia desestimó dos peticiones de separación del cargo de la administración concursal deducidas por los apelantes, mediante sendos autos de 18 de julio de 2019 y de 13 de junio de 2021. A ambos autos se aquietaron los apelantes y devinieron firmes (art. 207.4 LEC). De igual forma, al inicio de la vista oral de este incidente, celebrada en fecha de 10 de junio de 2019, el juez de primera instancia resolvió oralmente que la administración concursal disponía de habilitación legal para deducir demanda de calificación -ahora así expresamente denominada por el artículo 448.2 TRLC- y frente a dicha resolución oral los apelantes formularon protesta.

3.3 La idea fundamental para desestimar este primer motivo de fondo del recurso de apelación pasa por entender que mientras la administración concursal no haya sido separada del cargo -y esta separación no se ha producido- conserva plena legitimación activa *ad causam* para deducir demanda de calificación concursal con todos los efectos procesales que le son inherentes, incluida la proposición de medios de prueba y la intervención en la vista oral. A ello hay que anudar, como hemos expuesto, que una petición de separación como la concernida es ajena a la sección de calificación, amén de que en ningún caso procedería la declaración de nulidad de actuaciones solicitada por este motivo por cuanto en la sección de calificación intervienen por mandato legal como partes demandantes preceptivas la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y éste en primera instancia sí dedujo demanda de calificación y en segunda instancia -de forma autónoma- ha



impugnado y se ha opuesto expresamente al recurso de apelación. No existe, en resumen, ni causa de nulidad de actuaciones ni la pretendida incongruencia omisiva.

3.4 En todo caso, y sólo a mayor abundamiento, la causa de separación prevista en el artículo 427.1 TRLC -transcurso de un año desde la firmeza de la resolución que dispone la apertura de la fase de liquidación concursal sin que hubiese finalizado ésta-, invocada expresamente por el recurso de apelación, no opera de forma automática o *ipso iure*, sino que una vez deducida a instancia de parte interesada debe ser analizada y resuelta contradictoriamente por el juez del concurso (en necesaria relación con el incidente específico que prevé el artículo 100 TRLC), quien sólo acordará la separación cuando no concurra causa que objetivamente justifique de forma suficiente la dilación que se alega. Y, en el caso presente, no apreciamos causa que justifique dicha petición, pues, entre otros motivos, no nos consta que los apelantes hayan deducido demanda incidental ni frente al informe de la administración concursal (*rectius*: informe de los artículos 289 y ss. TRLC; arts. 74 y ss. LC) ni frente a ningún informe trimestral de liquidación de la administración concursal (art. 100.2 TRLC), amén de haberse aquietado los apelantes a dos autos del juzgado de primera instancia desestimatorios de su petición.

3.5 Por último, y a fin de dar una respuesta exhaustiva a este primer motivo de fondo del recurso de apelación, en relación con el otrosí digo tercero del mismo, no podemos estimar tampoco la petición de deducción de testimonio de particulares para su remisión al Ministerio Fiscal por la presunta comisión de un delito de falso testimonio por la administración concursal, integrada por D. Luis María -que depuso como parte- y por el testigo D. Luis Miguel, en relación con lo que manifestaron en la vista oral de este incidente, por cuanto esta petición ya fue resuelta temporáneamente por el juzgado de primera instancia mediante resolución de 12 de junio de 2019, a la que se aquietaron los apelantes, amén de que, como hemos expuesto, el Ministerio Fiscal interviene de forma legalmente preceptiva en este incidente de calificación y compareció personalmente en el acto de la vista oral, por lo que ya tiene conocimiento directo y suficiente de los hechos a que se refiere dicha petición, hecha abstracción de la regla general, hoy prevista en el artículo 519 TRLC, conforme a la cual la incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de éste, ni de ninguna de las secciones en que se divide.

CUARTO.-Motivos de fondo del recurso de apelación (II): primera presunción de culpabilidad concursal

4.1 La sentencia apelada fundamenta la calificación del concurso como culpable en dos presunciones de culpabilidad concursal, si bien, en rigor, la administración concursal alegó tres en su demanda -que es suficientemente clara y no incurre en ningún defecto expositivo-, en concreto:

(i) Una presunción *iuris et de iure* por razón del incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad por la deudora (arts. 164.2.1º LC y 443.5º TRLC).

(ii) Una presunción *iuris tantum* por razón de incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1.1º LC y 444.1º TRLC).

(iii) Y una presunción *iuris tantum* por falta de depósito de las cuentas anuales por la deudora desde el año 2000 (arts. 165.1.3º LC y 444.3º TRLC), expresamente citada y explicada en la página 10 de la demanda de la administración concursal.

Esta última presunción de culpabilidad concursal alegada en la demanda de la administración concursal no fue analizada de forma explícita por la sentencia apelada, si bien es una causa diferenciada respecto de la primera, como a continuación expondremos. Por su parte el Ministerio Fiscal sólo invocó las dos primeras y en segunda instancia sólo ha comparecido el Ministerio Fiscal, que se ha aquietado a la sentencia apelada.

4.2 Las presunciones de culpabilidad del artículo 443 TRLC, antes contenidas en el artículo 164.2 LC, no admiten prueba en contrario. Sí que admiten prueba en contrario las presunciones del artículo 444 TRLC, antes previstas en el artículo 165.1 LC. Pero tanto las primeras como las segundas son presunciones legales omnicomprendivas, es decir, que se extienden tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (STS, Sala 1ª, de 1 de abril de 2014, con cita de sentencias de la Sala núm. 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio).

Así las cosas, establece el artículo 443.5º TRLC (antes el art. 164.2.1º LC), que en todo caso el concurso se calificará como culpable cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Este precepto, por tanto, contiene tres presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad concursal: (i) incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, cuando existe tal obligación; (ii)



llevar a cabo de doble contabilidad; y (iii) comisión de irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

4.3 La llevanza de contabilidad por todo empresario es un deber legal impuesto por el artículo 25 del Código de Comercio, a tenor del cual:

"1. 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 Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

2. La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario".

Este deber de llevanza de contabilidad va acompañado de un deber legal de conservación, previsto en el artículo 30 del Código de Comercio, donde se dice también:

"1. Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales".

Estos deberes generales de los empresarios deben además ponerse en relación con el deber general de diligencia de los administradores sociales de las sociedades de capital, que a modo de principio general aparece formulado en el artículo 225 TRLSC, a tenor del cual:

"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones".

4.4 La presunción del artículo 164.2.1º LC (actual art. 443.5º TRLC) debe ser diferenciada de la prevista en el artículo 165.1.3º LC (actual art. 444.3º TRLC), relativa a la falta de formulación o depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Para diferenciar ambas presunciones podemos servirnos de los siguientes criterios:

a) El incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad hace referencia a la contabilidad en sentido estricto, con exclusión de las cuentas anuales. Los incumplimientos relativos a éstas se subsumen en la presunción del artículo 165.1.3º LC (art. 444.3º TRLC).

b) El artículo 165.1.3º LC (art. 444.3º TRLC) presupone que el deudor ha cumplido sustancialmente su obligación de llevanza de contabilidad, pero ha infringido alguno de los deberes legales sobre formulación, aprobación o depósito de las cuentas anuales, ya que en otro caso estaríamos en el supuesto del artículo 164.2.1º LC (art. 443.5º TRLC).

4.5 Sentado todo lo anterior, la completa ausencia de documentación contable, que los apelantes justifican por encontrarse encomendada la llevanza de la asesoría fiscal de la deudora a D. Luis Miguel, no es motivo suficiente para exonerarles de la responsabilidad que se dilucida en esta sección (vid. en este sentido la SAP Barcelona, Secc. 15ª, núm. 195/2017, de 9 de mayo; ECLI:ES:APB:2017:3959; que analizó un supuesto similar al presente). Como acabamos de razonar, la llevanza de contabilidad es un deber legal de todo empresario, de carácter personal, que admite la colaboración o ayuda de terceras personas, normalmente profesionales o expertos en esta actividad, sin que ello suponga liberación de dicha carga al empresario ni exoneración de responsabilidad por las irregularidades, omisiones o deficiencias que se adviertan en dicha actividad. Por consiguiente, el hecho de que la actividad relativa a la asesoría fiscal de la deudora estuviese encomendada a un profesional, Sr. Luis Miguel, no constituye un argumento de descargo jurídicamente eficaz y en él no pueden escudarse los apelantes.

Con independencia de las acciones que, fuera del concurso, puedan deducir, en su caso, los apelantes contra el Sr. Luis Miguel, y sin desconocer que el sobreseimiento del proceso penal seguido a instancia de aquéllos contra éste fue confirmado por esta Audiencia Provincial, una vez que la Sala ha procedido al visionado de la grabación audiovisual de la vista oral de este incidente, creemos que el relato del Sr. Luis Miguel es



suficientemente verosímil, pues precisó de forma lógica, coherente y sin fisuras que él desempeñó la tarea de asesoría fiscal de la deudora desde el año 1996 hasta el 31 de diciembre de 2012, llevó a efecto el depósito de las cuentas anuales de la deudora hasta el año 2000 y que dejó de depositarlas desde esta fecha porque el administrador D. Claudio no se las devolvía firmadas. Concretó, asimismo, que su intervención se limitó a "mecanizar" la contabilidad, es decir, a registrar en un soporte informático los documentos contables que el administrador social le facilitaba previa fotocopia de los mismos, sin que nunca dispusiera de los libros o documentos originales, que permanecían en poder del órgano de administración.

En este orden de cosas, no sólo no resulta creíble, sino que es jurídicamente reprochable, que el órgano de administración social de la deudora se despreocupara de la firma de las cuentas anuales desde el ejercicio 2000, pues la diligencia mínima que debe observar todo empresario y todo órgano de administración social de una compañía mercantil, exigía que cuando menos se hubiese dirigido al asesor fiscal para interesarse por el estado del depósito de las cuentas anuales, cuyo depósito no puede llevarse a efecto sin la firma preceptiva del órgano de administración. Incumbía al administrador de la deudora probar que adoptó o intentó adoptar todas aquellas medidas de diligencia que puedan ser consideradas como razonables y que a pesar de ello no pudieron evitar el resultado. Esta versión de los apelantes, sostenida de forma coincidente en ambas instancias y confirmada sin ambages durante su interrogatorio por D. Claudio -que afirmó que hasta el año 2013 desconocía cuál era la "situación real" de su propia empresa, min. 10:16:28, 10:16:40, 10:18:30, entre otros muchos pasajes-, por lo demás, supone el reconocimiento de su propia pasividad o negligencia.

En conclusión, es un hecho probado que al menos desde el ejercicio 2000 la deudora, por medio de su órgano de administración social, incumplió por completo el deber legal de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su objeto social, omisión que por su gravedad resulta subsumible en la presunción *iuris et de iure* del artículo 443.5^a TRLC y no en la presunción *iuris tantum* del artículo 444.5^o TRLC -sobre la que nada más añadiremos por razones de congruencia en esta instancia-, pues no se trata sólo de un incumplimiento relativo a la formulación, firma, aprobación o depósito de las cuentas anuales, sino de un incumplimiento sustancial del deber legal de llevanza de contabilidad estándose obligado a ello al tratarse de una sociedad de capital.

QUINTO.-Motivos de fondo del recurso de apelación (III): segunda presunción de culpabilidad concursal

5.1 El recurso de apelación combate también la presunción *iuris tantum* de culpabilidad concursal de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, hoy prevista en el artículo 444.1^o TRLC, alegada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, que la sentencia apelada acoge favorablemente. Esta presunción, como antes dijimos, aunque admita prueba en contrario, una vez resulte probado el supuesto de hecho que contempla, comprende tanto el elemento subjetivo del injusto típico -dolo o culpa grave- cuanto la incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia -nexo causal de antijuridicidad-.

5.2 La deudora presentó su solicitud de declaración de concurso voluntario -con petición expresa de apertura simultánea de la fase de liquidación concursal- en fecha de 24 de enero de 2014. A tenor del artículo 5 TRLC, el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado -que son los hechos previstos en el artículo 2.4 TRLC-.

5.3 A tenor del artículo 2.4 TRLC -también antes el art. 2.4 LC- los hechos en que puede fundamentarse una solicitud de declaración de concurso necesario, que son supuestos reveladores de insolvencia concursal cualificada, se sintetizan en los siguientes: (i) la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; (ii) la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; (iii) la existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; (iv) el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor; (v) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; y (vi) el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

5.4 En los supuestos del artículo 2.4 TRLC será suficiente que la administración concursal y el Ministerio Fiscal prueben la existencia del hecho revelador de la insolvencia y el transcurso del plazo de 2 meses sin solicitar la declaración de concurso para que se active la presunción de culpabilidad.

5.5 En el caso presente, la completa ausencia de documentación contable por la deudora y la falta de depósito de cuentas anuales desde el año 2000, son hechos que dificultan la fijación exacta del marco temporal en



el que sobrevino el estado de insolvencia concursal y el momento a partir del cual su administrador único objetivamente no podía desconocerlo. Sin embargo sí disponemos de un hecho objetivo no controvertido, que además fue reconocido durante su interrogatorio por D. Claudio (min. 10:15:57), cual es el impago de las indemnizaciones debidas a los trabajadores que lo fueron por cuenta de la deudora como consecuencia del expediente de regulación de empleo que se tramitó en el año 2012, que ulteriormente dio lugar al procedimiento núm. 530/2012 del juzgado de lo social núm. 2 de Tarragona. En este punto el Sr. Claudio precisó, a preguntas del juez de primera instancia, que durante el tiempo que desempeñó el cargo de administrador, los trabajadores que lo habían sido por cuenta de la deudora, sólo habían percibido la parte de su indemnización que legalmente debía asumir el FOGASA, extremo que se sitúa temporalmente mucho más allá de las tres últimas mensualidades inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de declaración de concurso en el mes de enero del año 2014. A este impago de indemnizaciones laborales hay que anudar que al menos desde el año 2010 la deudora tenía obligaciones vencidas, tributarias y de seguridad social, pendientes de cumplimiento; y presentaba un fondo de maniobra negativo desde el año 2011., Circunstancias que en su conjunto consideradas acreditan la agravación de la insolvencia hasta que se solicitó la declaración del concurso en el año 2014. Por tanto, el concurso debió solicitarse a más tardar, siquiera de forma aproximada, a finales del año 2012 o comienzos del año 2013. Como esta presunción, por lo expuesto, abarca no sólo el elemento subjetivo sino también la relación de causalidad y la agravación de la insolvencia, dado que los apelantes no han propuesto la práctica de ningún medio de prueba para desvirtuar esta presunción acreditando que el retraso no incrementó el pasivo de la deudora, consideramos correctamente aplicada esta presunción por la sentencia de primera instancia, que será confirmada en este punto.

SEXTO.- Cobertura del déficit concursal

6.1 La sentencia apelada condena a D. Claudio y a D^a. Evangelina al pago del 5% del déficit patrimonial resultante de la liquidación concursal, excluido los créditos contra la masa. El recurso de apelación también solicita la revocación de este pronunciamiento.

6.2 Por razones temporales resulta aquí aplicable el artículo 172.bis LC en la redacción vigente entre el 1-1-2012 y el 9-3-2014, cuyo primer apartado disponía que "(c)uando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit".

Dado que el artículo 172.bis LC, en su última redacción vigente, no puede ser aplicado de forma retroactiva a este caso, como tampoco el actual artículo 456 TRLC, debemos traer aquí a colación, siquiera de forma resumida, la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo interpretando la redacción aquí aplicable, según la cual:

a) No cabe condicionar la condena que prevé el artículo 172 bis LC a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º LC.

b) La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

c) Para que pueda imponerse esta condena es necesario que el juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del artículo 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.

d) En todo caso, no debe olvidarse que la norma del artículo 172.bis LC no debe concebirse como sancionadora en sentido estricto (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

6.3 En el caso presente, la sentencia apelada condena D. Claudio y a D^a. Evangelina al pago del 5% del déficit patrimonial resultante de la liquidación concursal, excluidos los créditos contra la masa.

De entrada debemos matizar que D^a. Evangelina debe quedar excluida de esta condena así como de los restantes pronunciamientos que la afectan, pues cesó en el cargo de administradora solidaria, como antes dijimos, el día 31 de agosto de 1998 y los hechos relevantes para la calificación son de fecha muy posterior a



su cese; además, y sobre todo, porque por ministerio legal sólo pueden ser consideradas personas afectadas por la calificación en el concurso que lo es de una persona jurídica quienes han desempeñado el cargo de administradores o liquidadores durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración de concurso (art. 455.2.1º TRLC), amén de que la sentencia apelada no contiene ninguna referencia a la posible condición de la Sra. Evangelina como administradora de hecho durante dicho período en los términos del artículo 236.3 TRLSC. En este punto, por consiguiente, será estimado el recurso de apelación para revocar la sentencia apelada en el sentido de absolver a D^a. Evangelina de cuantos pedimentos se habían deducido en su contra en la sección de calificación, con el consiguiente reflejo en materia de costas procesales de primera instancia.

6.4 La condena a la cobertura del déficit, empero, sí habrá de ser mantenida respecto de quien fue administrador social único de la deudora desde el día 31-8-1998 hasta la fecha de declaración de concurso, D. Claudio, pues tuvo una responsabilidad directa respecto de la actividad -y pasividad- que agravó la insolvencia concursal de la deudora.

El porcentaje del 5% de cobertura del déficit concursal es más que prudente y proporcionado y bien podría haber sido mayor, si bien por elementales razones de congruencia la sentencia de primera instancia se ajustó a lo solicitado en la demanda de la administración concursal.

La conducta del Sr. Claudio fue cuando menos gravemente culposa ya que conscientemente durante años se desentendió de la obligación legal de llevanza obligatoria de la contabilidad de su empresa y dejó de firmar, como requisito de inexcusable observancia para su depósito, las cuentas anuales desde el año 2000. Y siendo conocedor en el año 2012 de la imposibilidad de afrontar el pago de las indemnizaciones laborales de los trabajadores que lo fueron por cuenta de la deudora, amén de conocer la imposibilidad de abonar las cuotas de la comunidad de propietarios de diecisiete plazas de garaje que eran de su propiedad más el devengo de recargos tributarios y de seguridad social, aún esperó a comienzos del año 2014 para solicitar la declaración de concurso voluntario, por lo que, al menos en el porcentaje fijado del 5%, agravó causal y directamente la insolvencia concursal en perjuicio de sus acreedores, hecha abstracción de que la sentencia apelada no le condena al pago de daños y perjuicios.

SÉPTIMO.- Costas procesales de segunda instancia y depósito

7.1 La estimación del recurso de apelación conlleva que no realicemos mención especial sobre las costas procesales de segunda instancia.

7.2 Devuélvase a la parte apelante el depósito en su caso constituido para interponer el recurso de apelación.

III.- FALLO

La Sala estima el recurso de apelación de la sociedad de capital deudora "CONSBARÀ, S.L.", de D. Claudio y de D^a. Evangelina, interpuesto contra la sentencia núm. 107/2019, de 10 de junio, dictada en la sección de calificación (incidente concursal núm. 6/2019) del procedimiento de concurso núm. 54/2014 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Tarragona, que revocamos en el sentido siguiente:

1º.- Declaramos que el concurso de la sociedad de capital "CONSBARÀ, S.L." es culpable por razón de concurrir las presunciones de culpabilidad concursal de los artículos 164.2.1º de la Ley Concursal (art. 443.5º TRLC) y 165.1.1º de la Ley Concursal (art. 444.1º TRLC).

2º.- Declaramos persona afectada por la calificación a D. Claudio, a quien se inhabilita para administrar bienes ajenos durante un período de dos años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.

3º.- Condenamos a D. Claudio a la pérdida de cualquier derecho que tuviera acreedor concursal o contra la masa y a que abone a la masa activa del concurso el importe del 5% del déficit patrimonial concursal, sin incluir en el mismo los créditos contra la masa.

4º.- Absolvemos a D^a. Evangelina de cuantos pedimentos se habían deducido en su contra en la sección sexta, de calificación, del presente concurso.

5º.- No se realiza mención especial sobre las costas procesales de primera instancia.

No procede realizar mención especial sobre las costas procesales de segunda instancia y devuélvase a la parte apelante el depósito en su caso constituido para interponer el recurso de apelación.

La presente sentencia no es firme en Derecho y contra ella cabe interponer recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, en los términos del artículo 550 del texto refundido de la Ley Concursal.



Remítase testimonio de esta sentencia al juzgado de procedencia, para su cumplimiento, con devolución de las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

18

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ