



Roj: **SJM B 4525/2022 - ECLI:ES:JMB:2022:4525**

Id Cendoj: **08019470082022100218**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **8**

Fecha: **02/05/2022**

Nº de Recurso: **50/2021**

Nº de Resolución: **256/2022**

Procedimiento: **Pieza incidente concursal. Oposición calificación (Art. 171 LC)**

Ponente: **CRISTINA MAESTRE FUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549468 FAX: 935549568

E-MAIL: mercantil8.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120198034776

Incidente concursal oposición calificación (art.451 LC) 50/2021 C

Concurso ordinario 567/2020-C

Sección sexta: calificación del concurso

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4171000010005021

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona

Concepto: 4171000010005021

Parte concursada: WIRSIND 4 SL

Procurador: Noel Mas Baga Munne

Abogado: Andrea Perelló Schumann

Administrador Concursal: PRADA GAYOSO, SLP

SENTENCIA N° 256/2022

En Barcelona, a 2 de mayo de 2022

Cristina Maestre Fuentes, jueza de lo mercantil nº 8 de esta ciudad, en nombre del Rey pronuncio la Sentencia siguiente:

Vista la sección sexta de calificación nº 50/2021 dimanente del concurso nº 567/2020, resultan los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Abierta la sección de calificación, la administración concursal presentó un informe por el que solicita que el concurso sea declarado culpable.

Dado traslado, el Ministerio Fiscal emitió un dictamen en el sentido de adherirse a la solicitud formulada por la administración concursal.



Dada audiencia a la persona concursada y emplazada la persona que pudiera ser afectada por la calificación, la Sra. María Virtudes, administradora única de la sociedad deudora, presentaron sus respectivos escritos de oposición. Admitidos, se señaló fecha para la celebración de una vista.

SEGUNDO.- En el día señalado, comparecieron la administración concursal, la persona concursada y su administradora, la Sra. María Virtudes; que se ratificaron en sus escritos de alegaciones. Practicada la prueba admitida, las partes formularon sus conclusiones y quedaron los autos conclusos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Marco normativo

El artículo 441 LC dispone que <<el concurso se calificará como fortuito o como culpable>>. Por un lado, con carácter general, el artículo 442 LC califica el concurso como culpable <<cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.>> Por otro lado, los artículos 443 y 444 LC regulan unos supuestos específicos de concurso culpable.

Por un lado, el artículo 443 LC relaciona una serie de conductas que permiten presumir *iusuris et de iure*, es decir, en todo caso, que el concurso es culpable. Por otro, el artículo 444 LC relaciona otra serie de casos que permiten presumir *iusuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario, que existe dolo o culpa grave.

Fuera de todos estos casos, el concurso se calificará como fortuito.

Según el artículo 455 LC, en primer lugar, procede averiguar si concurre/n alguno/s de los supuestos previstos en los artículos 442, 443 y 444 LC citados. En caso negativo, el concurso se calificará como fortuito. En otro caso, el concurso se calificará como culpable, y corresponderá establecer de forma motivada la responsabilidad concursal: personas afectadas, cómplices, inhabilitación, pérdida de derechos crediticios, y posible condena a devolver los bienes o derechos obtenidos indebidamente y a indemnizar los daños y perjuicios en función de su participación en la generación o agravación de la insolvencia.

En cuanto a esta última posibilidad, la de resarcir, señalar que la mera calificación culpable del concurso no determina de por sí esta condena, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional con lo que es objeto de condena que la justifique, según sostiene el Tribunal Supremo (SSTS n.º 650/2016, de 3 de noviembre; n.º 597/2018, de 31 de octubre; entre otras)

En definitiva, la calificación concursal tiene por finalidad analizar las causas de la insolvencia y, en concreto, si el comportamiento del deudor, y/o de otros sujetos, ha contribuido a su generación o agravamiento para, en su caso, depurar las correspondientes responsabilidades. Se trata, pues, de realizar un juicio de valor sobre la conducta del deudor y sus posibles cómplices; que, en todo caso, se considerará culpable si se constata que ha realizado alguna de las conductas tipificadas en el artículo 443 LC, o será preciso que se acredite que haya producido como resultado la generación o la agravación de la insolvencia, si se constata alguna de las conductas previstas en el artículo 444 LC.

SEGUNDO.- Causas de culpabilidad alegadas

En el presente caso, la administración concursal considera que el concurso es culpable por concurrir las siguientes causas previstas en los ordinales 1.º y 4.º del artículo 443 LC -alzamiento de bienes e inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso-; y por la prevista en el apartado 3.º del artículo 444 LC -la falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro mercantil de los ejercicios 2017 y 2018-.

Frente a ello, como he dicho, la parte concursada y la persona que pudiera ser afectada han formulado oposición.

A continuación, examinaré por separado las causas de culpabilidad alegadas.

TERCERO.- Alzamiento de bienes

Con carácter previo a analizar esta causa de culpabilidad, conviene mencionar las siguientes consideraciones doctrinales.

- Consideraciones doctrinales



El artículo 443.1 LC dispone que en todo caso el concurso se calificará como culpable cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

De la simple lectura de este precepto, se extrae que es necesario que haya existido un desplazamiento patrimonial injustificado y que este sea perjudicial para los acreedores. Estos elementos son comunes a los de la salida fraudulenta de bienes; por lo que la doctrina exige la nota de la clandestinidad u opacidad de la operación para distinguir dicha figura del alzamiento de bienes (STS n.º 174/2014, de 27 de marzo, ROJ: STS 1228/2014- ECLI:ES:TS:2014:1228)

En relación con la intencionalidad, la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene que <<La intención de perjudicar a los acreedores (*animus nocendi*) se configura como un elemento sustancial del tipo, junto con el acto de disposición u ocultación de bienes y derechos.>> (SAP Barcelona, Sección 15.ª, n.º 890/2018, de 10 de diciembre, ROJ: SAP B 12330/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12330)

Para apreciar si concurre dicho elemento subjetivo, la doctrina suele atender a la situación patrimonial en que se encontraba el deudor en el momento de realizar el acto dispositivo. Así, si este se produjo en una situación de insolvencia o cuando esta era inminente, deduce que el deudor era consciente o podía conocer que defraudaba las expectativas de sus acreedores.

Expuestas las anteriores consideraciones, analizaré la primera causa de culpabilidad alegada.

- Análisis del caso

De forma resumida, la administración concursal indica que <<durante los ejercicios 2016 y 2017, siendo administrador único de Wirsind don Cosme , se realizaron una serie de entregas de dinero a don Daniel (padre de las dos socias de la concursada, sin otra relación con la deudora) por un importe de 231.705€. Contablemente se reflejaron en el epígrafe de "Inversiones financieras">>

Que dichas entregas dieron lugar a que los auditores, ya en su informe del ejercicio 2016, hicieran una salvedad por no haber recibido la documentación soporte.

Y que tras la renuncia del anterior administrador único, el Sr. Cosme , precisamente el primer día en el cargo de la nueva administradora única (la Sra. María Virtudes), el 1.02.2018, esta y su padre don Daniel , firmaron un documento titulado "Modelo de contrato de préstamo mercantil en las operaciones vinculadas", en el que Wirsind reconocía haber entregado al Sr. Daniel mediante "pagos a cuenta" realizados durante los ejercicios 2016 y 2017, la cantidad de 231.705,61€.

Pues bien, aunque dichas entregas dinerarias al Sr. Daniel carecieran de justificación, y al margen de que por aquel entonces la Sra. María Virtudes no era la administradora; por un lado, no aprecio que concurra la nota de clandestinidad propia del alzamiento, pues aunque de forma irregular e incompleta, se reflejaron en la contabilidad. Por otro, tampoco aprecio el elemento subjetivo que me permita calificar el concurso como culpable, ni puedo deducirlo a la vista de que a las fechas de dichas entregas la sociedad era solvente atendido que la solicitud de concurso el 11.10.2020 fue tempestiva, según afirma el administrador concursal.

En un caso similar, la Audiencia Provincial de Barcelona no aprecia el *animus nocendi* porque el acto dispositivo injustificado tuvo lugar cuando la empresa al parecer todavía era solvente. Concretamente, señala que <<Frecuentemente hemos considerado que si los actos de disposición tienen lugar en situación de insolvencia o cuando ésta es inminente, cabe deducir que el deudor ha sido consciente o ha podido conocer que defraudaba las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores. En este caso, sin embargo, además de omitir el informe cualquier referencia a esa circunstancia, la administración concursal no ha considerado que hubiera retraso en la solicitud de concurso (artículo 165.1º de la LC), por lo que hemos de concluir que todos los pagos se han producido en una situación de solvencia (recordemos que el último de ellos, de 2000 euros, tuvo lugar cuatro meses antes de declararse el concurso).>> (SAP Barcelona, Sección 15.ª, n.º 890/2018, de 10 de diciembre, ROJ: SAP B 12330/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12330)

CUARTO.- Inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso

Con carácter previo a comprobar si concurre esta causa de culpabilidad, conviene hacer unas consideraciones.

- Consideraciones doctrinales

Mediante esta presunción de culpabilidad, el legislador pretende evitar que se aporten al concurso unos documentos que no reflejen la realidad y/o distorsionen la situación patrimonial del concursado.

A este respecto, el Tribunal Supremo dice que <<Los tribunales han considerado acertadamente que la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la

presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación.

Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art 164.2.1º de la Ley Concursal .

Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio.>> (STS n.º 650/2016, de 3 de noviembre, ROJ: STS 4727/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4727)

De forma más concreta, la Audiencia Provincial de Barcelona señala que <<Como punto de partida, consideramos que el incumplimiento de la obligación de información que establece el art. 6.2 LC a cargo de quien solicita su propio concurso es grave; la solicitud del concurso es un acto importante que exige una especial diligencia en quien quiere acogerse a los beneficios del procedimiento concursal, particularmente cuando lo que se pretende es obtener un convenio. Y las numerosas irregularidades que la AC ha puesto de manifiesto evidencian que la concursada no se tomó demasiado en serio el cumplimiento de los requisitos de forma de la solicitud y la realizó, al menos, con una grave desatención.

16. Las inexactitudes fueron tantas que la solicitante no se lo puso nada fácil al AC para realizar su trabajo, pues constantemente hubo de solicitarle aclaraciones y datos adicionales que le fueron suministrados de forma también irregular. Eso es precisamente lo que se trata de evitar con la norma del art. 6.2 LC y con la sanción que establece el art. 164.2.2º LC, es decir, que los órganos del concurso encuentren dificultades extraordinarias para realizar su cometido. Por tanto, aunque finalmente lo hubieran podido realizar razonablemente, la inexactitud será grave siempre que haya supuesto para el AC un grave inconveniente porque le haya dificultado la realización de su trabajo. Desde esa perspectiva, no nos parece dudoso que la suma de inexactitudes que en sí mismas, separadamente consideradas, no consideraríamos graves (como, por ejemplo, que existan contradicciones entre los distintos documentos aportados con la solicitud) determinan una inexactitud grave.>> (SAP Barcelona, Sección 15.ª, n.º 932/2018, de 20 de diciembre, ROJ: SAP B 12525/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12525)

- Análisis del caso

La administración concursal sostiene que la documentación acompañada al concurso contiene las deficiencias siguientes:

- La memoria relativa a los cambios significativos se contradice con el contenido de la historia económica que realiza la memoria y los cambios acaecidos en el ejercicio 2019, pues señala que no se produjeron cambios cuando la realidad es que sí.

- El inventario y la relación de acreedores hacen referencia a la partida "préstamo privado" incluido en el Anexo III "Inversiones financieras, fianzas y depósitos", en concreto en el epígrafe B) I "créditos a terceros", del que únicamente refiere un lacónico "préstamo privado" en cuantía de 235.953,31€, sin identificar el deudor ni el vencimiento.

- Y en cuanto a la lista de acreedores, en ninguno de los Anexos se refleja el domicilio, ni la dirección de correo electrónico de los distintos acreedores.

Pues bien, a mi juicio, las inexactitudes y la ausencia de datos denunciadas carecen de la relevancia suficiente para calificar el concurso como culpable, por su número -pues son escasas-, y por su trascendencia, porque no impidieron realizar las operaciones concursales, especialmente, las relativas a la formación de las masas activa y pasiva.

En cuanto a la primera deficiencia, la administración concursal no concreta exactamente en qué consiste la contradicción, tan solo afirma que hubo cambios significativos.

En cuanto a las otras dos deficiencias, se resumen en la falta de identificación del prestatario y del vencimiento del préstamo privado. Datos que, a mi entender, son poco relevantes comparado su importe (235.000€, aproximadamente) con el de la masa pasiva (más de 6 millones de euros).

QUINTO.- Falta de depósito de las cuentas anuales en el registro mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.



Con carácter previo a examinar esta causa, conviene tener en cuenta las consideraciones siguientes.

- Consideraciones doctrinales

Para apreciar esta causa, la doctrina exige que, además, del incumplimiento de un deber -que se presume, salvo prueba en contrario, doloso o culpable-; que exista un nexo causal entre dicho incumplimiento y la generación o la agravación de la insolvencia.

Así, la Audiencia Provincial de Pontevedra señala que <<La contabilidad mercantil se ha definido como un sistema de información financiera dirigido a terceros, reflejado en una declaración de conocimiento que emite el empresario, en cumplimiento de un deber de carácter público. El art. 25.1 del Código de Comercio así lo impone. Por su parte, la ley también impone un deber de publicación de las cuentas, mediante su depósito en el Registro Mercantil y su anuncio en el BORMer, así como la exigencia de su verificación (arts. 253 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital). El incumplimiento de este deber se sanciona con multas pecuniarias impuestas administrativamente. Junto a ello, la LSRL añadió la sanción del cierre del Registro Mercantil (cfr. art. 378 RRM), regulado en los arts. 219 y ss. de la previgente LSA y en los arts. 279 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

En caso de concurso, además de las sanciones anteriores, la falta de depósito de cuentas o la falta de su verificación por auditor pueden suponer la sanción de culpabilidad, pero no resulta ni lógico ni proporcionado que por el mero hecho de incumplir el deber del depósito o de verificación se declare culpable el concurso, si tal omisión resulta que ha resultado irrelevante para los intereses de los acreedores. A diferencia de otros supuestos del art. 165, en el caso de la falta de depósito o de verificación se tipifica una conducta preconcursal, no un incumplimiento de deberes concursales que pueden resultar inocuos a efectos de la generación o agravación de la insolvencia. Si el deudor no presenta cuentas para el depósito será sancionado con multa y con el cierre del registro, pero si no ha presentado las cuentas correspondientes a algún ejercicio de los tres anteriores al concurso, sólo tendrá sentido la declaración de culpabilidad si este comportamiento, de algún modo, ha incidido en la generación o en la agravación de la insolvencia, por ejemplo coadyuvando al mantenimiento en el tráfico de una sociedad que debió haberse disuelto o generando una apariencia de normalidad que llevara a los acreedores desinformados a contraer créditos que no habrían contraído de haber conocido la situación contable de la empresa. (SAP Pontevedra, Sección 1.ª, n.º 197/2013, de 22 de abril, ROJ: SAP PO 960/2013 - ECLI:ES:APPO:2013:960).

A este respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona señala que <<Es cierto que la falta de depósito de las cuentas no resulta fácil que se pueda construir como una presunción de culpa en el agravamiento de la insolvencia. No obstante, pese a ello, lo cierto es que el legislador así la ha considerado, probablemente porque considere que la falta de aportación impide conocer a los terceros que con ella contratan cuál es la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada. >> (SAP Barcelona, Sección 15.ª, n.º 972/2018, de 20 de diciembre, ROJ:SAP B 12525/2018- ECLI:ES:APB:2018:12525)

En el mismo sentido, nuestra Audiencia Provincial dice que <<ese hecho lo tipifica la LC en el artículo 165.3 como una presunción de existencia de dolo o culpa, salvo prueba en contrario. Conforme a la doctrina jurisprudencial antes referida, además de ese elemento subjetivo, se requiere el resultado externo de generación o agravación del estado de insolvencia del concursado.>> (SAP Barcelona, Sección 15.ª, n.º 116/2013, de 20 de marzo, ROJ: SAP B 2705/2013 - ECLI:ES:APB:2013:2705)

- Análisis del caso

Las partes están conformes en que la sociedad no depositó en el Registro Mercantil las cuentas anuales de los ejercicios 2017 y 2018; sin embargo, discrepan respecto de sus efectos. La parte demandante considera que esta omisión agravó la insolvencia, mientras que la demandada considera que no produjo efecto alguno.

La administración concursal y el Ministerio Fiscal sostienen que este incumplimiento es importante porque fueron los ejercicios en que se generaron unas pérdidas de tal magnitud que consumieron totalmente el patrimonio social hasta dejarlo en valores negativos de -1.101.047€ y -1.747.298€, cuando a finales de 2016 era positivo en 630.130€.

Si bien, el administrador concursal reconoce que la falta de depósito de las cuentas de 2017 no originó el sobreendeudamiento en el año 2018, pues las operaciones crediticias ya debían estar concertadas; entiende que sí provocó el incremento del déficit desde finales de 2018 hasta la declaración del concurso, porque los acreedores racionalmente no habrían continuado concediendo el crédito a una empresa con déficit patrimonial creciente.

Considera que existe una relación de causalidad entre la falta de depósito y el agravamiento de la insolvencia. Y señala que el déficit patrimonial al 31.12.2018 era de 1.724.298€ mientras que al declararse el concurso era de 6.052.073,47€; por lo que valora que el perjuicio ocasionado asciende a 4.304.775,47€.



Frente a ello, la sociedad y la administradora consideran que la falta de depósito no agravaron la insolvencia de la concursada, básicamente, porque los acreedores más relevantes, las entidades financieras, los representantes de los trabajadores y la TGSS, conocían el estado patrimonial y financiero de la empresa a raíz de las reuniones y negociaciones para elaborar un plan de viabilidad de la empresa para el año 2019.

Pues bien, debo acoger esta segunda tesis por cuanto existe conformidad entre las partes en que existieron dichas negociaciones y es notorio que las entidades financieras exigen examinar la documentación contable de las empresas para valorar la concesión de créditos. Por ello creo que en este caso, la falta de depósito de las cuentas anuales no influyó a los principales acreedores, pues conocían la situación deficitaria de la sociedad, ni por tanto se agravó la insolvencia en que se vio inmersa la sociedad.

SEXTO.- Decisión

En conclusión, no aprecio que concurren las causas alegadas para calificar el concurso como culpable; por consiguiente, corresponde declararlo fortuito y absolver a la Sra. María Virtudes de las pretensiones formuladas contra ella.

Todo ello, sin expresa condena en costas atendidas las irregularidades constatadas; y que los promotores de este incidente, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, los únicos legitimados para promoverlo, actúan en interés de la masa.

FALLO

1. Declaro el concurso de WIRSIND 4 SL como fortuito.
2. Absuelvo a la Sra. María Virtudes de las pretensiones formuladas contra ella.
3. Cada parte deberá asumir sus costas procesales y las comunes por mitad.
4. Firme esta Resolución, líbrese mandamiento al Registro Mercantil de Barcelona para que practique los asientos correspondientes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente al de su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base tal impugnación, además de citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 458 LEC), previa constitución del depósito que prevé la disposición adicional 15.ª de la LOPJ.

Así lo acuerdo y firmo.