



Roj: **STS 4243/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4243**

Id Cendoj: **28079110012022100784**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2022**

Nº de Recurso: **2175/2019**

Nº de Resolución: **787/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 787/2022

Fecha de sentencia: 17/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2175/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2175/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 787/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1



de Sevilla. Es parte recurrente la entidad Landwell-Price WaterhouseCoopers Tax and Legal Services, en su condición de administración concursal de la entidad Vimac S.A., representada por la procuradora Sara Gilsanz Usunaga y bajo la dirección letrada de José Antonio Peñafiel Tienda. Es parte recurrida Arsenio, representado por la procuradora Concepción Morillo Rodríguez y bajo la dirección letrada de José Álvaro Pérez Arbizu; y la entidad Vimac S.A., representada por el procurador Ángel Onrubia Baturone y bajo la dirección letrada de José Álvaro Pérez Arbizu. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de la entidad Banco Pichincha España S.A., presentó escrito ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla solicitando se le tenga por personado y parte en la sección VI de calificación de concurso, y suplicó que se dictase sentencia por la que se acuerde:

"(i) La personación de mi mandante, Banco Pichincha España S.A. en la sección VI de calificación del concurso y se tengan por efectuadas las alegaciones contenidas en el presente escrito.

"(ii) La responsabilidad de los Administradores, de hecho y de derecho, por la falta de diligencia en el desempeño de sus funciones, cuestión que ha agravado la insolvencia de Vimac S.A. y por ende, respondan solidariamente con su patrimonio personal del déficit concursal, todo ello en los términos de este escrito.

"(iii) Librar oficios al Juzgado de Instrucción núm. 34 de Madrid (Diligencias Previas 2382/2016) para que remita las declaraciones realizadas el pasado 16 de enero de 2017 por Don Eliseo y Don Arsenio - administradores de la sociedad Vimac S.A."

2. Eusebio, administrador concursal de la entidad Vimac S.A., presentó informe de calificación y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"1.- Se declare culpable el concurso de la entidad Vimac S.a. por la concurrencia de los supuestos previstos en los artículos 164.2.2º y 165.1.3º de la LC.

"2.- Se declare como persona afectada por dicha calificación a D. Arsenio, administrador único de la concursada.

"3.- Se condene a D. Arsenio a la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de cinco (5) años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo;

"4.- Se condene a D. Arsenio a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa".

3. El Ministerio Fiscal presentó informe en el que interesaba la calificación del concurso como culpable con las siguientes consecuencias:

"- la declaración culpable del concurso de la sociedad.

"- persona afectada Arsenio

"- inhabilitación del anterior por un periodo de 5 años para administrar bienes ajenos.

"- la pérdida del anterior de cualquier derecho sobre la masa y la responsabilidad entre el 50 y el 100% del déficit concursal".

4. Los procuradores Ángel Onrubia Baturone y Concepción Morillo Rodríguez, en representación de la entidad Vimac S.A. y Arsenio, presentaron escrito de oposición a la propuesta de calificación culpable y suplicaron al Juzgado la calificación del concurso como fortuito.

5. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: 1.- La calificación del presente concurso de la sociedad VIMAC SA con CIF A41017856 como CULPABLE, declarándose afectado por la calificación a D. Arsenio.

"2.- Se impone a D. Arsenio una inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier otra persona durante un periodo de CUATRO años.

"3.- D. Arsenio sufrirá la pérdida de cualquier derecho de crédito o contra la masa que pudiera ostentar en el concurso.



"4.- Se condena en costas a la concursada y a D. Arsenio .

"5.- Firme la presente resolución, líbrese mandamiento al Registro Civil del lugar de nacimiento de D. Arsenio (para la inscripción de la inhabilitación acordada), a cuyo efecto tales personas habrán de aportar en el plazo de 5 días fotocopia del libro de familia o nota registral de nacimiento. Líbrese mandamiento al Registro Mercantil para la inscripción de la presente sentencia de calificación.

"6.- Contra esta resolución la concursada, D. Arsenio , así como la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal pueden interponer recurso de apelación".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la entidad Vimac S.A. y Arsenio . Se opuso al recurso el Ministerio Fiscal, la entidad Banco Pichincha S.A. y el administrador concursal.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla mediante sentencia de 20 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de VIMAC, S.A. y Don Arsenio contra la sentencia dictada el día 11 de junio de 2018 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que se declara el concurso como fortuito, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Sara Gilsanz de Usunaga, en representación de la entidad Landwell-Price WaterhouseCoopers Tax and Legal Services, en su condición de administración concursal de la entidad Vimac S.A., interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la valoración de la prueba, al existir un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, al considerar probado que en el inventario de la solicitud del concurso no se hicieron afirmaciones inexactas carentes de apoyo o basadas en datos falsos.

"2º) Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la valoración de la prueba, al existir un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, al considerar probado que el informe pericial aportado por Don Arsenio , administrador único de la concursada, justifica o apoya la valoración de los bienes y derechos del inventario de la solicitud de concurso.

"3º) Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la valoración de la prueba, al existir un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, al considerar probado que la Sentencia de Primera Instancia ha admitido que la concursada ha trasladado correctamente al inventario los datos que figuraban en su contabilidad.

"4º) Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la valoración de la prueba, al existir un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, al considerar probado que no se han cuestionado la corrección y veracidad de los datos contables de la concursada.

"5º) Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la valoración de la prueba, al existir un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, al considerar que no se ha cuestionado en el informe de calificación la formulación de las cuentas ni su corrección".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción por indebida aplicación del artículo 164.2.2º de la Ley Concursal en oposición de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo expresada en su sentencias de fecha, de 3 de noviembre de 2016 n.º 650/2016, y de 27 de octubre de 2017 n.º 583/2017, así como las citadas en las misma".



2. Por diligencia de ordenación de 1 de abril de 2019, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Landwell-Price WaterhouseCoopers Tax and Legal Services, en su condición de administración concursal de la entidad Vimac S.A., representada por la procuradora Sara Gilsanz Usunaga; y como parte recurrida Arsenio, representado por la procuradora Concepción Morillo Rodríguez y la entidad Vimac S.A., representada por el procurador Ángel Onrubia Baturone. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

4. Esta sala dictó auto de fecha 23 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Landwell-Pricewaterhousecoopers Tax & Legal Services S.L., Vimac S.A (AC) contra la sentencia dictada con fecha 20 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 8983/2018, dimanante de los autos de oposición a la calificación de concurso n.º 625/2016 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla".

5. Dado traslado, la representaciones procesales de la entidad Vimac S.A. y Arsenio presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario. El Ministerio Fiscal presentó informe en el que solicitaba la estimación del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El día 8 de julio de 2016, se solicitó el concurso de acreedores de la entidad VIMAC, S.A. (en adelante, VIMAC). En la sección de calificación, la administración concursal emitió un informe en el que solicitaba la declaración de concurso culpable sobre la base de las siguientes causas:

1º Al amparo del art. 164.2.2º LC, por la inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso, en concreto en la estimación del valor actual de los activos en el inventario. El activo se valoraba en 41.983.162,06 euros, en contraste con la valoración que luego hizo la administración concursal en 6.020.419,01 euros.

2º Al amparo del art. 165.1.3º LC, porque las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 no habían sido correctamente formuladas, sometidas a auditoría, ni depositadas en el Registro Mercantil.

A continuación, la administración concursal pedía que se declarara persona afectada por la calificación a Arsenio, administrador único de la compañía cuando se solicitó el concurso. Respecto de quien interesaba además los siguientes pronunciamientos de condena: i) la inhabilitación por cinco años, al amparo del art. 172.2.2º LC; y ii) la pérdida de derechos como acreedor concursal o contra la masa, al amparo del art. 172.2.3º LC.

2. Una vez tramitado y concluido el incidente concursal, el juzgado mercantil declaró el concurso culpable, por la concurrencia de ambas causas: inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso, que afectaban a la sobrevaloración de los activos en el inventario (art. art. 164.2.2º LC); y el incumplimiento de los deberes de formulación de las cuentas anuales de 2015, de someterlas a auditoría, y, una vez aprobadas, de depósito en el Registro Mercantil (art. 165.1.3º LC). Luego declaró que la persona afectada por la calificación era su administrador único, Arsenio, a quien condenó a la inhabilitación por un plazo de cuatro años, así como a la pérdida de derechos en el concurso.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la sociedad concursada y por su administrador (Arsenio). La Audiencia estima el recurso y declara el concurso fortuito, al entender que no concurre ninguna de las dos causas o motivos de calificación culpable apreciados por el juez mercantil.

En cuanto a la primera causa, la del art. 164.2.2º LC, la Audiencia entiende que "una diferencia de criterio sobre cuál es el valor real de los activos, por mucha que sea su entidad, entre la concursada y la administración concursal, no puede considerarse como una inexactitud grave que tenga una trascendencia relevante para



el concurso". Y, además, advierte que "no hubo ocultación de datos, ni se consignaron datos erróneos que no se pudieran contrastar y comprobar con la propia documentación aportada, como efectivamente hace el administrador concursal, ni se hicieron afirmaciones inexactas carentes de apoyo o basadas en datos falsos".

Por lo que respeta a la segunda causa, la que se apoya en la presunción del art. 165.1.3º LC, la Audiencia advierte que la presunción recae no en la falta de aprobación de las cuentas, sino en su falta de depósito una vez aprobadas. En este caso, cuando se solicitó el concurso, el 8 de julio de 2016, no habían sido aprobadas las cuentas, por lo que tampoco podían ser depositadas. Además, aunque habían transcurrido ocho días desde la finalización del plazo para la aprobación de las cuentas, no se había cumplido el plazo para depositarlas, que es de un mes desde su aprobación. Si el límite para su aprobación era el 30 de junio, todavía podían haberse aprobado fuera de este plazo y depositarse antes del 31 de julio. Y, finalmente, la Audiencia razona la escasa trascendencia de este incumplimiento, pues "no existe el más mínimo indicio de que ello pudiera tener algún efecto en la situación de insolvencia o en su agravación".

4. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cinco motivos, y recurso de casación, articulado en un solo motivo.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto.* Los cuatro motivos se amparan en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 24 CE, respecto de la valoración de la prueba.

El *motivo primero* denuncia "un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigido, al considerar probado que en el inventario de la solicitud de concurso no se hicieron afirmaciones inexactas carentes de apoyo o basadas en datos fácticos".

El *motivo segundo* denuncia "un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigido, al considerar probado que el informe pericial aportado por Don Arsenio, administrador único de la concursada, justifica o apoya la valoración de los bienes y derechos del inventario de la solicitud de concurso".

El *motivo tercero* denuncia "un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigido, al considerar probado que la sentencia de primera instancia ha admitido que la concursada ha trasladado correctamente al inventario los datos que figuraban en la contabilidad".

El *motivo cuarto* denuncia "un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigido, al considerar probado que no se han cuestionado la corrección y veracidad de los datos contables de la concursada".

Procede desestimar los cuatro primeros motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto.* El análisis y la resolución de estos cuatro motivos se enmarca en la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, que se contiene, entre otras, en la sentencia 334/2016, de 20 mayo:

"(...) aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados".

En este caso, las valoraciones que se impugnan en los cuatro primeros motivos, referidos a la no estimación de la causa de calificación culpable del art. 164.2.2º LC, son propiamente valoraciones jurídicas, pues no afectan directamente a la determinación de los hechos relevantes sobre los que se apoya la valoración de si concurre el tipo. No se discute que en el inventario aportado con la solicitud de concurso el valor del activo se estimaba en 41.983.162,06 euros, ni que en el informe de la administración concursal ese mismo activo fuera valorado en 6.020.419,01 euros. Las valoraciones impugnadas forman parte de la apreciación judicial que negó trascendencia a la disparidad entre ambas estimaciones económicas, al juzgar que no merecían la consideración de inexactitud grave, para que resultara de aplicación el art. 164.2.2º LC. La impugnación de esta valoración jurídica debe hacerse, como de hecho se hace, a través del recurso de casación.

3. *Formulación del motivo quinto.* El motivo también se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 24 CE, y denuncia "un error patente que provoca una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica,



que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigido, al considerar que no se ha cuestionado en el informe de calificación la formulación de las cuentas ni su corrección".

Procede estimar este motivo quinto por las razones que exponemos a continuación.

4. Estimación del motivo quinto. La Audiencia parte de un presupuesto notoriamente erróneo: que no se había cuestionado que el administrador hubiera formulado las cuentas anuales del ejercicio 2015, ni que lo hubiera hecho correctamente. Razón por la cual, al interpretar la presunción del art. 165.1.3º LC, se centra en la falta de depósito de las cuentas, una vez aprobadas. Ese presupuesto, que no se hubiera cuestionado la formulación de las cuentas del ejercicio 2015 y su corrección, no es cierto. No lo es de forma manifiesta, pues la propia sentencia de primera instancia deja constancia de lo contrario, al afirmar que la administración concursal negaba que el documento aportado con la solicitud de concurso como la formulación de las cuentas del ejercicio social 2015 pudiera tener esta consideración al carecer de las exigencias legales: "incluye únicamente un balance de situación y una cuenta de pérdidas y ganancias, y no acompaña memoria, informe de gestión, el estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo"; ni tampoco aporta el informe de auditoría. Y la propia sentencia de primera instancia, en el fundamento jurídico dedicado a esa causa de calificación culpable, expresamente declara probada la falta de formulación de las cuentas anuales en plazo.

De este modo, la afirmación de la Audiencia de que no era controvertido que las cuentas del ejercicio 2015 se hubieran formulado correctamente, que le sirve para limitar el enjuiciamiento, es notoriamente erróneo, y provoca la indefensión de la parte que sí cuestionaba la correcta formulación de las cuentas, al dejar esta conducta fuera del enjuiciamiento. Por esta razón, debemos estimar este motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal y dejar sin efecto el pronunciamiento que llevó a no apreciar la causa de calificación culpable basada en la presunción del art. 165.1.3º LC, con el efecto consiguiente de volver a juzgar sobre esta cuestión como tribunal de apelación.

La estimación del motivo no afecta al pronunciamiento que no aprecia la causa de calificación culpable del art. 164.2.2º LC, sin perjuicio de que haya sido objeto de impugnación por medio del único motivo de casación.

TERCERO. Análisis de la causa de calificación culpable basada en la presunción del art. 165.1.3º LC

1. El art. 165.1.3º LC, aplicable al caso, presume el concurso culpable, con una presunción que admite prueba en contrario:

"3.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso".

Esta norma complementa el art. 164.1 LC, que contiene el tipo general de la calificación culpable del concurso:

"1. El concurso se calificará 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 hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (...)."

De tal forma que, cumplida alguna de las conductas previstas en el art. 165.1.3º LC (que el administrador no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría cuando fuera preceptivo o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el registro), se presume *iuris tantum* que esa conducta ha generado o agravado la insolvencia del deudor y que medió dolo o culpa grave en el administrador de la sociedad a quien se pueda imputar aquella conducta. Esto es: acreditada por la administración concursal la concurrencia de alguna de las conductas del art. 165.1.3º LC, opera la presunción *iuris tantum* de concurso culpable y corresponde a la concursada y al administrador o administradores a quienes se pudiera declarar personas afectadas por la calificación, la prueba de que esa conducta no generó ni agravó la insolvencia de forma significativa, o que no medió dolo o culpa grave.

2. En su informe de calificación, la administración concursal sostiene que la formulación de las cuentas del 2015 es incorrecta porque, aunque consta de un balance de situación y de una cuenta de pérdidas y ganancias, no se acompaña la memoria ni el informe de gestión. Respecto de esta alegación, la concursada y su administrador no negaron esas concretas circunstancias, en el escrito de oposición a la calificación.

Tratándose la concursada de una sociedad de capital, el art. 253 LSC impone a los administradores de la compañía el deber de formular, en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio económico, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados. Las cuentas anuales comprenden, según el art. 254.1 LSC, "el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en



el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria". Y el art. 254.2 LSC advierte que estos documentos forman una unidad.

Lo anterior permite concluir que la formulación de las cuentas anuales de 2015 aportada con la solicitud de concurso era incompleta. Esto viene corroborado porque esas "cuentas formuladas" no hubieran sido sometidas al preceptivo informe de auditoría (art. 263 LSC), circunstancia que tampoco ha sido negada en el escrito de oposición a la calificación. Como tampoco ha sido negado que el administrador no hubiera convocado la junta de socios para que dentro de los seis primeros meses del año 2016 aprobara las cuentas.

Propiamente, las conductas tipificadas en el art. 165.1.3º, en el caso de una sociedad de capital, deben ser imputables a su administrador, obligado a formular las cuentas anuales dentro de los tres primeros meses siguientes al cierre del ejercicio social, someter en su caso las cuentas al informe de auditoría, convocar la junta de socios para su aprobación y depositar las cuentas aprobadas.

Lógicamente, si una vez convocada y celebrada la junta de socios para la censura de las cuentas anuales, estas no son aprobadas, no puede activarse la obligación del administrador de depositar las cuentas. Pero cuando las cuentas anuales no se han aprobado porque ni siquiera fue convocada la junta de socios para hacerlo a tiempo de que luego se cumpliera el deber de depósito en el registro mercantil, hay que concluir que existió un incumplimiento de esos deberes respecto de las cuentas del 2015, aunque la solicitud de concurso datara del día 8 de julio, y formalmente restaran unos días (hasta el 31 de julio) para el depósito de las cuentas anuales. Cuentas que no habían sido correctamente formuladas, ni sometidas a auditoría ni tampoco a la posterior censura y aprobación de la junta de socios.

El incumplimiento por el administrador de los deberes relacionados con la formulación, auditoría (en su caso) y depósito de las cuentas anuales, a los que se refiere el art. 165.1.3º LC es claro. Por lo que debía operar la presunción de concurso culpable.

3. No obstante, en el escrito de oposición a la calificación, la concursada y su administrador objetaron que esta conducta no había generado ni agravado la insolvencia. Para ello se apoyaban en el propio informe provisional de la administración concursal que, entre las causas de la generación o agravación de la insolvencia, no hizo mención alguna a la falta de aprobación y depósito de las cuentas anuales de 2015; y en la circunstancia de que el concurso fuera solicitado antes de que se cumpliera el plazo legal para que cualquier tercero pudiera consultar esas cuentas en el registro. Cabe ligar una y otra razón para considerar justificado que el incumplimiento de los deberes relacionados con la formulación, auditoría y depósito de las cuentas del último ejercicio de 2015 no contribuyó a generar o agravar la insolvencia. Primero, porque en atención a la finalidad de estos deberes, relacionados con la publicidad de las cuentas, y a que la solicitud de concurso es anterior a que debieran estar depositadas para ser consultadas, no existió margen de tiempo para que el incumplimiento de esos deberes pudiera perjudicar o incidir en la imagen de solvencia y propiciar, cuando menos, el agravamiento de la insolvencia. Y, segundo, porque partiendo de lo anterior es muy significativo que la administración concursal, al referirse a las causas de la insolvencia o su agravamiento, no hiciera en su informe la más mínima alusión a la falta de formulación, auditoría y depósito de las cuentas anuales del último ejercicio social (2015).

4. La consecuencia de lo argumentado hasta ahora es que no cabía fundar la calificación culpable del concurso en esta causa del art. 165.1.3º LC, en relación con el art. 164.1 LC. Por ello, es procedente revocar la sentencia de primera instancia en lo que se refiere a este extremo.

CUARTO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 164.2.2º LC y de la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las sentencias de la sala primera del Tribunal Supremo 650/2016, de 3 de noviembre, y 583/2017, de 27 de octubre.

En el desarrollo del motivo se razona que la jurisprudencia, al interpretar el precepto, entiende que tiene que haber una falta de adecuación a la realidad de la información suministrada con la solicitud de concurso y que tiene que tener trascendencia informativa relevante para el concurso; y en este caso existe una clara falta de adecuación en la valoración del activo y por su entidad tiene una trascendencia informativa relevante para el concurso.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. El precepto que se denuncia infringido es el art. 164.2.2º LC, también aplicable al caso. Este precepto prevé que, "en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando (...) el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de



declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos".

Esta conducta permite calificar culpable el concurso por su mera realización, al margen de su vinculación con la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave. De forma que hay que atender a los elementos propios de este tipo, tal y como están formulados y han sido interpretados por la jurisprudencia.

La inexactitud grave denunciada por la administración concursal para justificar la aplicación de este tipo afecta al inventario aportado con la solicitud de concurso.

Entre los documentos que deben acompañarse a la solicitud de concurso, el art. 6.2 LC menciona el inventario en el ordinal 3º:

"Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación".

Como puede apreciarse, el inventario de los bienes y derechos debe contener una estimación de su valor real actual (en el momento de solicitarse el concurso).

3. Según la administración concursal, la sobrevaloración de los activos afectaba a lo siguiente:

- i) Los derechos de crédito fueron valorados en el inventario por un importe de 21.831.158,05 euros, y la administración concursal constató que su valoración correcta era 1.371.755,96 euros.
- ii) Las inversiones financieras fueron valoradas en el inventario por 5.032.123,48 euros, y la administración concursal constató que su valor real era solo de 486.850 euros.
- iii) Los productos en curso se valoraron en el inventario en 4.373.854,57 euros, y la administración concursal constató que su valor real era cero euros.

Estas sobrevaloraciones dieron lugar a que la estimación del valor total de los activos que reflejaba el inventario fuera de 41.983.162,06 euros, y que la administración concursal constatase que su valor real era de 6.020.419,01 euros.

El juzgado mercantil declaró válida la valoración realizada por la administración concursal, y por lo tanto se basó en esta diferencia tan grande respecto de la estimación contenida en el inventario, para considerar que se trataba de una inexactitud grave, que justificaba la calificación culpable. Por su parte, la Audiencia no contradice la procedencia de la valoración realizada por la administración concursal. Parte de esta diferencia de estimaciones del valor del activo, pero entiende que "esta diferencia de criterio sobre cuál es el valor de los activos, por mucho que sea de entidad, entre la concursada y el administrador concursal, no puede considerarse como una inexactitud grave que tenga transcendencia informativa relevante para el concurso".

El recurso combate esta valoración jurídica de la sentencia de apelación, cuya pertinencia tenemos ahora que revisar.

4. Los hechos probados, en este caso de que la estimación del valor actual de los activos contenida en el inventario era de 41.983.162,06 euros, y que su valor real aproximado, una vez revisado, era de 6.020.419,01 euros, muestran que el inventario contenía un error en una de las informaciones suministradas, en concreto en la estimación del valor actual de algunos de sus activos. Se trata de una información que, como hemos visto, la ley prescribe expresamente que debe ser suministrada en el inventario.

En realidad, la controversia gira en torno al calificativo de "grave": si este error puede merecer la consideración de grave a los efectos de incardinar la conducta en el tipo previsto en el art. 164.2.2º LC. Para juzgar sobre la procedencia de este calificativo, hemos de considerar la función que cumple la información requerida por la ley respecto del inventario, y en concreto del valor de los activos.

La ley pide expresamente al deudor concursado que reseñe todos los bienes y derechos, y que haga una estimación de su valor actual porque constituye una información relevante para el concurso. El valor de los activos no sólo contribuye a conocer el alcance de la insolvencia, sino que puede guiar las decisiones de la administración concursal y de los acreedores en relación con la solución concursal que pueda pretenderse. De cara a un posible convenio, el activo contribuye a garantizar su cumplimiento e incide en el juicio sobre la viabilidad a corto y medio plazo; y, con vistas a una liquidación, el valor de los activos permite conocer lo que podría llegar a obtenerse con su realización, para poder idear un plan de liquidación.

De tal forma que, de por sí, la valoración de los activos constituye una información relevante para el concurso, por lo que las inexactitudes respecto de esta información, si son graves, permitirían calificar el concurso



culpable al amparo del art. 164.2.2º LC. Como ya advertíamos, la cuestión controvertida se centra en si pueden calificarse de "graves" las inexactitudes contenidas en el inventario que afectan a la estimación del valor actual (al tiempo de la solicitud de concurso) de los activos.

Es cierto que cuando se trata de valoraciones de activos la certeza es relativa. Esta relatividad es mayor en alguna clase de activos, más expuestos a las fluctuaciones del mercado. Sin perjuicio, además, de que el paso del tiempo produce su impacto en estas valoraciones, en cuanto contribuye a su devaluación o revalorización.

Pero una cosa es que la valoración de los activos admita unos márgenes razonables de variación, lo que puede justificar en algún caso disparidades en la estimación del valor actual de alguno de los activos, y otra distinta es la diferencia tan grande que se da en este caso. La diferencia entre la estimación del valor de los activos contenida en el inventario (41.983.162,06 euros) y la valoración practicada por la administración concursal (6.020.419,01 euros) no sólo excede de los márgenes razonables de discrepancia, sino que es de tal magnitud que distorsiona gravemente la percepción del alcance de la insolvencia y las perspectivas de cobro de los acreedores. Razón por la cual no puede negársele, como hace la Audiencia, la consideración de inexactitudes graves.

5. En su consecuencia, se estima el motivo de casación y se revoca parcialmente el recurso de apelación, en cuanto que, por las razones apuntadas, se confirma la calificación culpable del concurso de VIMAC por las inexactitudes graves en la estimación del valor actual (al tiempo de la solicitud de concurso) del inventario, conforme al art. 164.2.2º LC. También se confirma la declaración de persona afectada por la calificación de Arsenio (art. 172.2.1º LC). Así como el pronunciamiento de inhabilitación (art. 172.2.2º LC), aunque se reduce el tiempo a tres años, en atención a que se ha confirmado la causa de calificación más grave y se ha dejado sin efecto la relativa al incumplimiento de los deberes relacionados con la formulación, auditoría y depósito de las cuentas anuales. También se confirma la condena de la persona afectada por la calificación a la pérdida de los derechos que tuviera en el concurso (art. 172.2.3º LC).

QUINTO. Costas

1. Estimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, no procede hacer expresa condena de las costas ocasionadas por ambos recursos (art. 398.2 LEC), con devolución de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación en parte del recurso de apelación de VIMAC, S.A. y de su administrador Arsenio, conlleva que tampoco hagamos expresa condena en costas.

3. La estimación parcial de las pretensiones ejercitadas por las partes también motiva que no hagamos expresa condena de las costas de primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de VIMAC, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) de 20 de febrero de 2019 (rollo 8983/2018), cuya parte dispositiva se modifica en el siguiente sentido.

2.º Estimar en parte el recurso de apelación formulado por VIMAC, S.A. y Arsenio, contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de 11 de junio de 2018 (incidente concursal 625.05/2016), con los siguientes pronunciamientos: i) se declara culpable el concurso de acreedores de VIMAC, S.A. por inexactitudes graves en el inventario aportado con la solicitud de concurso (art. 164.2.2º LC); (ii) se declara persona afectada por la calificación a Arsenio, a quien se condena a una inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar a otra persona, por un periodo de tres años, y a la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o contra la masa.

3.º No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos extraordinario por infracción procesal y casación.

4.º No imponer las costas del recurso de apelación y tampoco las generadas en primera instancia.

5.º Acordar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ