



Roj: **SJM S 216/2017 - ECLI: ES:JMS:2017:216**

Id Cendoj: **39075470012017100007**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **17/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE CANTABRIA Concurso 17/2012 (05). Sección 6ª.

En Santander, a 16 de mayo de 2017.

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12-1-2012, GRUPO DIGITAL 2006 S.L. presentó solicitud de concurso voluntario, que se declaró por auto de 22-2-2012, abriéndose la sección 6ª por auto de 5-1-2016 por el que se aprobó el plan de liquidación.

SEGUNDO.- 1. La administración **concurzal** (AC) presentó en decanato informe de calificación solicitando:

1º. Se declarase culpable del concurso de GRUPO DIGITAL 2006 S.L.. 2º. Se declarase personas afectadas por la calificación a don Pascual, en su calidad de administrador único de la concursada, con una inhabilitación de 5 años 3º. Se declarase la pérdida de todos los derechos que pudiera tener reconocidos como acreedor y la indemnización de daños y perjuicios en las cantidades de:

a. 97.349,81 € por la sanción impuesta por el Gobierno de Cantabria en materia de subvenciones por resolución de la Consejería de Economía Hacienda y Empleo de 23-11-2012 b. 90.000 € por la cesión a favor de Editorial Iparagirre S.A. de la subvención otorgada por el Consejo de Gobierno de Cantabria de 14-4-2011 y cedida por documento privado de 17-5-2011 elevado a público ante el notario de Santander don Fernando Arroyo del Corral el 9 de junio de 2011 con el número 1.324 de su protocolo. c. La cantidad total que tenga que reintegrar la concursada al Gobierno de Cantabria por el reintegro de las subvenciones concedidas a Grupo Digital 2006 S.L. para el fomento de la contratación indefinida al amparo de las órdenes EMP18/2009 y EMP 17/2008.

4º. Se condenase a cubrir el 75 % del déficit **concurzal**.

2. Dado traslado al Ministerio Fiscal (MF) realiza, solicitud de declaración culpable en términos esencialmente idénticos si bien la solicitud de inhabilitación del afectado se limita a un período de 3 años para administrar los bienes ajenos así como para representar a cualquier persona, y la indemnización de daños y perjuicios a 90.000 €, sin solicitud de cobertura de déficit **concurzal**.

TERCERO.- Dado traslado se opone los demandados, siendo citados a la vista que se celebra el día 16 de mayo de 2017, pasando las actuaciones para resolver a la mesa de SSª.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Retraso en la solicitud del concurso.

1. La pretensión de calificación culpable, tras las aclaraciones realizada en la vista, se basa en tres presunciones: retraso en la solicitud del concurso, inexactitud grave en la documentación acompañada, y salida fraudulenta.



2. Respecto a la presunción iuris tantum ex art 165.1.1 por retraso en la solicitud el concurso, la oposición del demandante no se basa en una negación de la afirmación de la AC, sino en los " *denodados esfuerzos por intentar revertir la situación de progresivo endeudamiento en la que se veía inmersa la sociedad concursada con el paso de los últimos ejercicios económicos (...) que por mucho que no dieran el resultado pretendido, distan notablemente de la imprudencia grave o dolo que se pretende hacer ver parte de la Administración Concursal*" (hecho tercero I), lo que se fundamenta en derecho (fundamento de derecho jurídico material, último párrafo) en que " ... el artículo 165 LC (...) viene a presumir (...) el elemento subjetivo; pero no la relación con la insolvencia, la cual sí debería probarse o acreditarse". En este sentido se informa tras la celebración de la vista.
3. El argumento de la contestación debe decaer de plano, al ignorar la reiterada jurisprudencia desde la STS de 1 de abril de 2014, poniendo fin a la división de opiniones en la jurisprudencia menor y sentando claramente que la presunción englobaba tanto el aspecto subjetivo como el objetivo, lo que posteriormente aclaró el legislador en la reforma de la LC operada por Ley 9/2015, pasando a decir el art 165 que "el concurso" se presume culpable. Esta reforma no cambió el sistema legal (como sí hizo la sufrida en el art 172 bis), ni es constitutiva ni provoca problema de aplicación temporal retroactiva de una norma, ya que con la redacción previa, la jurisprudencia del TS ya había alumbrado esta interpretación, además de que en todo caso el elemento decisivo para la aplicación temporal de una u otra norma sería el de la apertura de la calificación, que fue en nuestro caso posterior.
4. Es decir que la demandada admite los hechos, pero achaca falta de prueba de la relación causal con la generación de la insolvencia, lo que se llevaría a la estimación de la pretensión actora. En cualquier caso, la AC basa este retraso en una exposición de los estados contables (más bien del balance de las cuentas anuales de los ejercicios 2008 a 2010) y la comparación con los créditos vencidos y no atendidos según la propia solicitud de concurso y el informe del art 74 LC. Vaya por delante que, siendo sabido que no deben identificarse las causa de disolución por desbalance con la de insolvencia por no atender regularmente las obligaciones de la entidad, las cuentas anuales aportan una información que no cabe desdeñar, y el mantenimiento de unos fondos propios, pérdidas y resultados negativos crecientes y de considerable entidad, durante varios ejercicios trasladan algo más que un mera situación patrimonial y un ratio de fondo de maniobra por diferencia entre activo y pasivo corriente.
5. El presente concurso fue solicitado el día 10 de enero de 2012. La masa pasiva según el informe del art 74 LC era de 1.350.000 € y los activos de 500.000 €.
6. Las cuentas del ejercicio 2009 reflejaban causa de disolución por desbalance patrimonial con unos fondos propios negativos de -5.000 € y unas pérdidas en el resultado del ejercicio de 26.400 € con unos ingresos de 600.000 €.
7. La causa de disolución se mantuvo en 2010, multiplicándose por 116 los fondos negativos (de -583.302 €), y las pérdidas en el resultado del ejercicio se multiplicaron por 22 (pasando a ser de 578.244 € con unos ingresos de 988.107 €).
8. La deudora tomó el numerario de una subvención pública (de carácter finalista y condicionado a una concreta actividad), para ir pagando desde caja a diversos acreedores, uno de ellos Iparraguirre, que se califica de proveedor esencial, en el sentido de que condicionaba la propia actividad.
9. No se discute el cese de actividad de julio de 2011, al quedarse sin trabajadores.
10. No se niega la afirmación del informe razonado de la AC de que las deudas concursales con la Seguridad social ascendían a la declaración del concurso a 130.260,97 € (lo que además coincide con los textos definitivos, acreedor nº 84) y que el FOGASA estaba subrogado por importe de 136.175 (acreedor 31 en textos definitivos), lo que debe ponerse en relación con las deudas con la plantilla despedida (según textos por los meses de junio, julio y finiquito), y con los créditos con la AEAT, correspondientes a la liquidación del IVA al cuarto trimestre de 2010 y los 4 trimestres de 2011 (acreedor nº 6).
11. Por lo tanto, y partiendo que la sección 4ª de nuestra audiencia no exige una indicación exacta de fecha de afloramiento de la insolvencia, bastando una orientativa, me lleva a estimar la concurrencia de la presunción del art 165.1.1 LC, ya que siendo la situación patrimonial y el fondo de maniobra tan negativos como eran, con cuentas presentadas y por ello conocidas, se incurre en un incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias desde el último trimestre de 2010 en adelante, las de la seguridad social y salarios al menos desde **julio de 2011**, y, en esas mismas fechas, ante el ingreso en caja de una subvención destinado por concepto a una finalidad concreta, se opta por destinar este dinero al pago de un proveedor estratégico para permitir la continuidad de la empresa, lo que supone un pago que no puede calificarse de "regular" de las obligaciones exigible afectante además al más importante de los proveedores. La solicitud de concurso en enero de 2012 está fuera del plazo del art 5 LC.



12. Siendo iuris tantum, y cubriendo ambos aspectos objetivo y subjetivo de la culpabilidad, era al demandado a quien incumbía la prueba en contra, y no el simple reproche de la falta de acreditación por la AC de la relación con la generación o agravación de la insolvencia.

SEGUNDO.- Inexactitud en la documentación acompañada a la solicitud.

1. Achaca la AC diferencias entre la solicitud del deudor (activos y pasivos) y los reconocidas en sus textos, además de no explicar que se había cedido una subvención a Iparraguirre por importe de 90.000 € de modo que las inexactitudes afectarían a la lista de acreedores, inventario y memoria de cambios. En este sentido la demanda es plenamente correcta al referir la inexactitud a la documentación que el deudor debe acompañar conforme al art 6 LC.

2. Ahora bien, por un lado no es cierto que se cediera la subvención, sino que ingresado su importe se hizo su pago de una deuda vencida, exigible y líquida al acreedor referido. Ese pago no solo se reflejaba en la contabilidad de la concursada (se entiende que aportada por la propia deudora a requerimiento de la AC) sino que además pudo ser conocido por la AC mediante la comunicación de créditos y fue finalmente objeto de reintegración. De este modo, la carencia informativa no fue grave, al haberse podido corregir con la documentación aportada por la propia deudora (en similar sentido la SAP de la sección 28^a de Madrid de 16-1-2017)

3. En todo caso, se desestima la concurrencia de la presunción del art 164.2.2 LC, ya que no se ha justificado la trascendencia informativa de las inexactitudes que hubieran resultado relevantes para alguna de las operaciones sobre la masa activa (se pudo reintegrar) o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio (STS 3-11-2016, asunto Laron Mark SA).

TERCERO.- Salida fraudulenta de bienes.

1. Se identifica con el pago realizado a Iparraguirre con cargo a la subvención supra mencionada. De esta causa se deriva además una condena a indemnizar los daños producidos como consecuencia de las sanciones impuestas por la Administración concedente.

2. Debe desestimarse. La reintegración consideró que el acto impugnado era un pago debido por un crédito existente. No se apreció mala fe, ni siquiera se impusieron costas procesales. El relato sobre cuya base se solicita la calificación culpable es el mismo que pretendía la reintegración por perjuicios, sin esfuerzo argumental concreto respecto de la concurrencia de la "scientia fraudis".

3. Existen diferencias entre la reintegración y la calificación culpable en caso de pago de deudas o salida de bienes, dado (i) el carácter accidental del fraude en la primera y esencial en la segunda, y (ii) la necesaria concurrencia del fraude y de una pluralidad de acreedores preexistentes (defraudados o próximos a serlo) en el momento de la realización del acto para su configuración como presunción de culpabilidad por salida fraudulenta, mientras en la rescisoria no es necesario acreditar esa existencia de acreedores en el momento de ejecución del acto, que se deberá enjuiciar (STS 8-11-2012) para valorar la existencia del perjuicio, "en el momento de su ejecución proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva": si con los datos entonces existentes se hubiera considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiera existido en aquella fecha.

4. En todo caso además debe concurrir un desplazamiento patrimonial efectivo y consumado, y no una mera asunción de obligación o deuda para que estemos en presencia de una salida fraudulenta de bienes, pero no necesariamente para que ese acto pudiera suponer un sacrificio patrimonial injustificado y por ello ser rescindible por perjudicial.

5. El propio TS ha contemplado expresamente la compatibilidad en el ejercicio de ambas acciones y la innecesidad de acudir a una previa rescisoria para calificar después como culpable el concurso sobre la base de la misma conducta, sin perjuicio obviamente de que **la no apreciación de mala fe en la rescisoria conforme al art 73.3 LC haga por concepto inviable una calificación culpable sobre la base de una salida fraudulenta, al faltar precisamente el fraude (STS 22-4 - 2016 citando la de 22-5-2014)**. La STS 10-4-2015, respecto de la salida de bienes destaca el encaje de la conducta también en el supuesto de rescisión del art 71.2 LC, además de como presunción de culpabilidad cuando concurra el elemento fraudulento, "lo que no solo no es incompatible sino que no es en absoluto necesario que se hubiese instado".

6. La desestimación de esta presunción implica la de la indemnización por daños y perjuicios de ella derivada.

CUARTO.- Pronunciamientos de la sentencia.



1. La sentencia ha de declarar el concurso como fortuito o culpable, expresando en este caso la causa en que se fundamente la calificación (art 172.1), declarándose en este caso culpable por la concurrencia presunciones 1º y 2º del art 164.2 LC, y en la 3º del art 165.1 LC.

2. Debe asimismo la sentencia contener los pronunciamientos del art 172.2 LC:

a) Determinación de las personas afectadas y las declaradas cómplices -1º-, declarándose persona afectada como administrador en los dos años anteriores a la declaración del concurso a don Pascual .

b) Inhabilitación de las personas afectadas para administrar bienes ajenos o representar a cualquier persona -2º-; considerada una cuestión de orden público, efecto directo de la declaración de culpabilidad. Se acuerda la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un periodo de 2 años solicitados, atendiendo a la entidad y número de presunciones de culpabilidad concurrentes en el supuesto (solo una de las propuestas).

c) Pérdida de derechos que pudieran corresponder a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices como acreedores concursales o de la masa y condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos o recibidos, así como a indemnizar los daños y perjuicios -3º-. Se acuerda así la pérdida de derechos que como acreedor **concurzal** o contra la masa pudiera tener cualquiera de los afectados, como "fórmula retórica" sin necesidad de concretarse en la real existencia de ningún crédito a su favor, siendo un efecto complementario y necesario de la calificación culpable y no moderable.

QUINTO.- Condena a la cobertura del déficit **concurzal.**

1. El juez *podrá* también condenar a la cobertura total o parcial del déficit conforme al art artículo 172 bis LC en el caso en que la sección de calificación se hubiera formado como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

2. La reforma operada por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad **concurzal**: " *en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*". El TS en la sentencia del pleno de 12 de enero de 2015, ha concluido que esta modificación no afecta al régimen de responsabilidad **concurzal** exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de la referida reforma que establecía una responsabilidad no resarcitoria sino constitutiva de un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit **concurzal** del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador, pero el nuevo sistema supone una decisión legislativa de modificar el criterio determinante de la responsabilidad **concurzal** e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit **concurzal** «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

3. Dado que el Real decreto ley 7/2014 entro en vigor el 8 de marzo de 2014, resulta aplicable en el presente supuesto (se abrió la sección sexta el 5 de enero de 2016), lo que conduce a una desestimación de la pretensión de cobertura del déficit. Ciertamente este Juzgado venía aplicando el criterio porcentual asociado a las distintas presunciones concurrentes, pero tras el cambio de régimen, debió acreditarse la medida en que el retraso en la solicitud generó o agravó la insolvencia (lo que hubiera podido realizarse mediante comparación de estados contables).

SEXTO.- Siendo parcial la estimación de la demanda, no ha lugar a condena en costas.

FALLO

DECLARO CULPABLE el concurso de GRUPO DIGITAL 2006 S.L. con los siguientes pronunciamientos: 1. El concurso se declara culpable por retraso en la solicitud del concurso (art 165.1.3º LC). 2. Se determina como persona afectada por la calificación a don Pascual , con: 1) inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona, sin poder ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales, durante un período de 2 años; 2) pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor **concurzal** o de la masa; y Sin imposición de costas procesales. Así, por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo. Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme y cabe interponer recurso de apelación contra ella del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria. En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante



este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La concursada tiene legitimación para recurrir el pronunciamiento de la calificación del concurso como culpable pero no los pronunciamientos que afectan exclusivamente a las personas afectadas por la calificación o como cómplices (SSTS 1ª 22.4.2010 y 255/2012, 26.4). La admisión del recurso precisará que, al anunciarse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado. Una vez firme esta sentencia o el pronunciamiento sobre inhabilitación, líbrese exhorto al Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento, acompañando testimonio de esta resolución, para la práctica de los asientos que correspondan (art. 178 RRC). Una vez firme esta sentencia, líbrese exhorto al Registro Mercantil donde consta inscrita la mercantil concursada, acompañando testimonio de esta resolución, para la práctica del asiento que corresponda (art 320.1 e] RRM). Así, por esta mi sentencia, lo acuerdo, mando y firmo, yo, Carlos Martínez de Marigorta Menéndez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública, en el día de su fecha, y ante mi presencia, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO