



Roj: **SJM B 5562/2022 - ECLI:ES:JMB:2022:5562**

Id Cendoj: **08019470032022100299**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **01/07/2022**

Nº de Recurso: **20/2022**

Nº de Resolución: **410/2022**

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

Ponente: **BERTA PELLICER ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona**

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 12 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549463

FAX: 935549563

E-MAIL: mercantil3.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120178004939

**Concurso abreviado 753/2017-Sección sexta: calificación del concurso 753/2017-Pieza Incidente concursal oposición calificación ( art.451 LC ) 20/2022 C2J**

### **CONCURSO NECESARIO**

Materia: Concurso necesario

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2237000010002022

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

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Concepto: 2237000010002022

Parte concursada: Joaquina (en Rebeldía), Victoriano , CARQUISA 70, SL

Procurador/a: Jesus Miguel Acin Biota, Jose Mª Verneda Casasayas

Abogado: José Raul Sosa Lozano, Felio Vilarrubias Guillamet

Administrador Concursal: Lina , FORENSIC SOLUTIONS S.L.P.

### **SENTENCIA Nº 410/2022**

**Magistrada: Berta Pellicer Ortiz**

**Lugar: Barcelona**

**Fecha: 1 de julio 2022**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **ÚNICO.-**

I.- Abierta la sección de calificación por medio de Auto de 18/09/2020, la Administración concursal nombrada por el Juzgado , emitió informe de calificación , por medio de escrito de 20/10/2021, en el que solicitó la

calificación del concurso como culpable , por lo dispuesto en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad ); 444.1º (incumplimiento del deber de solicitar el concurso); 444.2º ( incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso o la Administración concursal) y 444.3º TRLC(falta de formulación y depósito de las Cuentas Anuales 2011 a 2016) . Solicitó que se declaren personas afectadas por la calificación a Joaquina (administradora de derecho), Victoriano (administrador de hecho ) y Carlos Daniel (apoderado) y como cómplices a BERKEL INNOVACIÓN , S.L., SOLUCIONES INMOBILIARIAS DEL MERCADO, S.L. y CONSULTORÍA GLOBAL DE PATRIMONIOS, S.L.; y ,en consecuencia, se les condene a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un tiempo de 10 años a las personas físicas; la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o contra la masa respecto de todos; y a abonar el déficit concursal en un 25% a Joaquina y Carlos Daniel y a abonar el 50% del déficit concursal a Victoriano ; la condena a BERKEL INNOVACIÓN , S.L., a indemnizar por daños y perjuicios en el importe de 41.322,69 euros y la pérdida de derechos dimanantes de los contratos de arrendamiento.

II.- De dicho informe se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió su informe en fecha de 10/11/2021 , en el que solicitó la calificación del concurso como culpable , por lo dispuesto en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad ); 444.1º(incumplimiento del deber de solicitar el concurso); 444.2º ( incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso o la Administración concursal) y 444.3º TRLC(falta de formulación y depósito de las Cuentas Anuales 2011 a 2016) . Solicitó que se declaren personas afectadas por la calificación a Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho ) y ,en consecuencia, se les condene a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un tiempo de 5 años; la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o contra la masa .

III.- Por medio de escrito de fecha de 16/02/2022, presentado por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Acín Biota, en representación de Victoriano y Carlos Daniel , se evacuó el trámite de contestación a las Demandas incidentales promovidas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal , solicitando que se dicte Sentencia declarando el concurso de CARQUISA , 70, S.L. , como fortuito o , subsidiariamente , no se considere a Victoriano y Carlos Daniel personas afectadas por la calificación , ni se les condene al pago del déficit concursal , con expresa condena en costas. Por medio de Diligencia de Ordenación de 14/04/2022 se declaró en situación procesal de rebeldía a Joaquina .

IV.- Tras los trámites oportunos y habiendo sido admitida únicamente prueba documental y no habiéndose acordado la celebración de vista , quedaron los autos para dictar Sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Marco jurídico aplicable.**

**Con carácter general procede indicar que a través de la tramitación de la pieza de calificación se pretende determinar si la causa de la insolvencia es imputable al deudor, por haberla generado o agravado mediante su comportamiento doloso o culposo.**

El art 442 TRLC (art. 164 L) dispone: " 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, directores generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso".

El art 443 TRLC establece una serie de supuestos cuya concurrencia determinará, "en todo caso", que el concurso se declare como culpable. Se trata de presunciones que, de acreditarse su concurrencia, determinará *iuris et de iure* la calificación del concurso como culpable, al presumirse tanto el dolo o culpa grave, como la agravación del estado de insolvencia. En cambio, el art 444 TRLC ( art. 165.1 LC) contempla conductas que permiten presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave. Por tanto, fuera de los supuestos contemplados en los art 443 y 444 TRLC ( arts. 164.2 y 165.1 LC), al administrador que califique el concurso como culpable le corresponde la carga de la prueba, debiendo probar tanto el dolo o la culpa grave como la generación o agravación de la insolvencia.

Fuera de tales casos, el concurso deberá ser calificado como fortuito, de conformidad con el art 441 TRLC ( art. 163 LC).

Por otro lado, el art 455 TRLC ( art. 172 LC) regula el contenido de la sentencia de calificación. Además de la calificación del concurso como fortuito o como culpable, con indicación de las personas afectadas por la calificación, el artículo 455.2.2º TRLC, prevé la inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para



representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos.

Asimismo, las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, con condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, y a indemnizar los daños y perjuicios causados. Por último, el art 455.4 TRLC dispone que " *La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados*".

Respecto a la interpretación de los citados preceptos, se habían generado dos corrientes jurisprudenciales claramente diferenciadas lideradas por la sección 28ª de Madrid y la sección 15ª de Barcelona, pero el Tribunal Supremo puso fin a dicha indeterminación jurídica estableciendo que son dos los juicios de valor que deben realizarse en la sentencia de calificación. Por un lado, debe realizarse el juicio de culpabilidad de conformidad con los art. 443 y 444 TRLC ( arts. 164.2 y 165.1 LC), de modo que si se acredita la concurrencia de tales presupuestos, el concurso debe calificarse como culpable (en el caso del art. 443 TRLC ( art 164.2 LC) sin admitir prueba en contra y en el caso del art. 444 TRLC ( art. 165.1 LC )con posibilidad de prueba en contra al tratarse de una presunción *iuris tantum*). Por otro lado, un segundo juicio, el de responsabilidad concursal, debiendo el juez motivar el porqué del *quantum* indemnizatorio que se le atribuye a la persona afectada por la declaración de culpabilidad, en función de su participación en la generación o agravación de la insolvencia.

Por último, el art 456 TRLC ( art. 172 bis LC) dispone que si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, "la sentencia podrá, además, condenar a " *la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*", calificando por tanto la responsabilidad concursal como una responsabilidad por daños, en lugar de una responsabilidad cuasi objetiva o sanción.

#### **SEGUNDO.- Pretensiones de las partes .**

I.- Abierta la sección de calificación por medio de Auto de 18/09/2020, la Administración concursal nombrada por el Juzgado , emitió informe de calificación , por medio de escrito de 20/10/2021, en el que solicitó la calificación del concurso como culpable , por lo dispuesto en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad); 444.1º(incumplimiento del deber de solicitar el concurso); 444.2º ( incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso o la Administración concursal) y 444.3º TRLC(falta de formulación y depósito de las Cuentas Anuales 2011 a 2016) . Solicitó que se declaren personas afectadas por la calificación a Joaquina (administradora de derecho), Victoriano (administrador de hecho ) y Carlos Daniel (apoderado) y como cómplices a BERKEL INNOVACIÓN , S.L., SOLUCIONES INMOBILIARIAS DEL MERCADO, S.L. y CONSULTORÍA GLOBAL DE PATRIMONIOS, S.L.; y ,en consecuencia, se les condene a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un tiempo de 10 años a las personas físicas; la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o contra la masa respecto de todos; y a abonar el déficit concursal en un 25% a Joaquina y Carlos Daniel y a abonar el 50% del déficit concursal a Victoriano ; la condena a BERKEL INNOVACIÓN , S.L., a indemnizar por daños y perjuicios en el importe de 41.322,69 euros y la pérdida de derechos dimanantes de los contratos de arrendamiento.

II.- De dicho informe se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió su informe en fecha de 10/11/2021 , en el que solicitó la calificación del concurso como culpable , por lo dispuesto en los artículos 443.5º (incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad); 444.1º(incumplimiento del deber de solicitar el concurso); 444.2º ( incumplimiento del deber de colaboración con el Juez del concurso o la Administración concursal) y 444.3º TRLC(falta de formulación y depósito de las Cuentas Anuales 2011 a 2016) . Solicitó que se declaren personas afectadas por la calificación a Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho ) y ,en consecuencia, se les condene a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un tiempo de 5 años; la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o contra la masa .

III.- Por medio de escrito de fecha de 16/02/2022, presentado por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Acín Biotá , en representación de Victoriano y Carlos Daniel , se evacuó el trámite de contestación a las Demandas incidentales promovidas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal , solicitando que se dicte Sentencia declarando el concurso de CARQUISA , 70, S.L. , como fortuito o , subsidiariamente , no se considere a Victoriano y Carlos Daniel personas afectadas por la calificación , ni se les condene al pago del déficit concursal , con expresa condena en costas. Por medio de Diligencia de Ordenación de 14/04/2022 se declaró en situación procesal de rebeldía a Joaquina

#### **TERCERO.- Hechos probados.**



De la documental aportada a las actuaciones y del examen de toda la tramitación del presente concurso , han quedado acreditados o no son controvertidos los siguientes hechos:

1. La sociedad CARQUISA 70, S.L. , fue constituida el 17/01/1997, siendo su objeto social las operaciones y negocios sobre inmuebles de cualquier naturaleza, construcción , promoción y toda forma de actividad de explotación. Victoriano , hasta el 28/08/2012 , ostentó el cargo de administrador único de la sociedad y era la persona que la dirigía. El mismo renunció al cargo y fue designada administradora Joaquina en la fecha indicada (28/08/2012). A pesar de ello el Sr Victoriano siguió dirigiendo de hecho la sociedad , de la que era socio único. Consta acreditado que el Sr Carlos Daniel , es apoderado de la mercantil desde el 23/08/2004, y con anterioridad había sido administrador único de la sociedad, hasta el 21/06/2004.

2. No consta que la concursada CARQUISA 70, S.L. llevara la contabilidad entre los ejercicios 2011 a 2017.

3. La sociedad CARQUISA 70, S.L. acumuló múltiples impagos: con la AEAT desde el primer trimestre de 2010; con la Agencia Tributaria Catalana desde el ejercicio 2012; con BANCO SANTANDER , desde el 26 de enero de 2012; con el Ayuntamiento de Barcelona por el IBI de 2011 ; con el Ayuntamiento de Parets del Vallès por la licencia de primera ocupación con vencimiento en enero de 2011 y por el IBI del ejercicio 2012; con BANCO SABADELL , desde el mes de abril de 2012 y con BBVA desde marzo de 2013 por vencimientos anticipados. Además la sociedad CARQUISA 70, S.L. tenía abiertos diversos procedimientos de ejecución Hipotecaria en los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

4. La sociedad CARQUISA 70, S.L., a pesar de todo ello , no presentó solicitud de declaración de concurso , sino que fue el acreedor COMUNIDAD DE PROPIETARIOS UA NUM000 de CALLE000 , nº NUM001 , Polígono Industrial DIRECCION000 , quien presentó en el mes de octubre de 2017 solicitud de declaración de Concurso Necesario. La concursada presentó comunicación del art 5 bis LC ( art 583 TRLC) de manera extemporánea cuando tuvo conocimiento de que se había presentado solicitud de declaración de Concurso Necesario por el citado acreedor.

5. Por Auto de 04/04/2018 se procedió a la declaración de concurso de la sociedad CARQUISA 70, S.L., que dio lugar a los autos de Concurso Necesario Abreviado 753/2017 , procediéndose al nombramiento de la Administración concursal.

6. Por Auto de 18/09/2020 se aprobó el Plan de Liquidación y se ordenó la apertura de la Pieza Sexta

7. La sociedad concursada CARQUISA 70, S.L., no ha facilitado información ni documentación a la Administración Concursal (en adelante , AC), ni siquiera la que se establecía en el art 6 LC (art 7 TRLC). La Administración Concursal no ha tenido acceso a la contabilidad de la sociedad , por no haberle sido presentada , a pesar de los múltiples requerimientos en este sentido . Ello ha dificultado la labor de la Administración Concursal, especialmente en los que se refiere a confeccionar la lista de bienes de la masa activa y la lista de acreedores, debiendo acudir a los registros públicos en cuanto a la averiguación de los bienes.

8. La concursada no consta que haya formulado las Cuentas Anuales de los ejercicios 2011 a 2017, ni que las haya presentado al Registro Mercantil, lo que ha impedido que los acreedores tengan conocimiento de la situación económica y financiera de la sociedad.

9. La AC cuantificó provisionalmente la cobertura del déficit concursal en el importe de 497.718,78 euros , presentado una Adenda posteriormente , en fecha de 30/10/2021 por la que se modificaron los Textos Definitivos , fijándose el déficit concursal provisional en 529.849,04 euros , si bien se señala que hasta que no finalice la fase de liquidación con la consiguiente realización de los activos de la concursada , no se podrá conocer el importe definitivo al que asciende el déficit concursal.

10. En fecha de 21/06/2021 se dictó Sentencia, que a fecha de la presente resolución es firme, en el Incidente Concursal 34/2020, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente :

" *ESTIMO la demanda interpuesta por la Administración concursal de CARQUISA 70, S.L. y **DESESTIMO** la Demanda Reconvencional interpuesta por BERKEL INNOVACIÓN, S.L, y , en consecuencia,*

*1.- DECLARO resueltos por incumplimiento, los siguientes contratos:*

*-Contrato de arrendamiento suscrito entre la concursada CARQUISA, S.L. y BERKEL INNOVACIÓN, S.L. el 16 de noviembre de 2012.*

*- Contrato de arrendamiento suscrito entre la concursada CARQUISA, S.L. y BERKEL INNOVACIÓN, S.L. el 15 de abril de 2013.*

2. *DECLARO el desahucio de la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., respecto de ambos inmuebles objeto de los respectivos contratos anteriormente citados.*
3. *CONDENO a la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., al desalojo de los inmuebles , dejándolos a la entera disposición de la parte demandante en el plazo de 20 días, teniendo por solicitada la ejecución del lanzamiento.*
4. *DECLARO el derecho de la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., a recuperar la fianza constituida en virtud de sus respectivos contratos, una vez se cumplan las condiciones y circunstancias expresamente previstas para ello en los mismos.*
5. *DECLARO no haber lugar a indemnizar a la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., como consecuencia de las resoluciones contractuales anticipadas.*
6. *DECLARO no haber lugar a indemnizar a la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., como consecuencia de las obras que pudiera haber realizado en los inmuebles objeto de sus respectivos contratos .*
7. *CONDENO a la mercantil BERKEL INNOVACIÓN, S.L., a estar y pasar por las anteriores declaraciones.*
8. *Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas como consecuencia de la tramitación del presente incidente , en los términos que se indican en el Fundamento de Derecho quinto de la presente resolución."*

#### **CUARTO.- Excepciones procesales.**

En el escrito de Contestación a las Demandas incidentales promovidas por la AC y el Ministerio Fiscal , Carlos Daniel y Victoriano , oponen , además de los motivos de fondo , excepciones de naturaleza procesal, que se pasan a analizar:

##### **I.-La Demanda de la AC no está firmada por Letrada :**

Se opone que la Demanda de la AC no está firmada por Letrada , por lo que adolece de nulidad que resulta insalvable , a tenor del art 31 LEC , cuando establece que los litigantes serán dirigidos por Abogados Habilitados y que carece de cobertura de seguro de responsabilidad civil.

La referida excepción de se debe desestimar . En efecto, estamos ante un informe de calificación cuyo contenido , a pesar de que tenga estructura de demanda, es el propio de un informe , que no requiere firma de Letrado sino de la AC , como resulta del art 448.1 TRLC. No resulta controvertido que en el presente concurso se designó como AC a la entidad FORENSIC SOLUTION , S.L.P., que designó como persona física representante para el ejercicio del cargo a Doña Lina , que suscribe el informe de calificación. En cuanto a la alegación relativa al seguro de responsabilidad civil , resulta una exigencia del art 67.1 TRLC , por lo que la presente excepción se debe desestimar.

##### **II.- Excepción procesal : Falta de claridad o precisión que no permite a los codemandados conocer qué petición de condena se formula por la AC :**

Se opone , además , que existe un excepción procesal por falta de claridad o precisión que no permite a los codemandados conocer la petición de condena que se formula por parte de la AC, por cuanto , según sus alegaciones , se solicita la condena solidaria al déficit concursal , lo que sería contradictorio e incompatible con los porcentajes asignados de cobertura de déficit concursal por la AC. A la vista del informe de la AC procede desestimar esta excepción por cuanto del párrafo 119 resulta que la AC separa claramente la cuantificación de los porcentajes que a cada uno de los afectados por la calificación se solicita para cubrir el déficit concursal que se genere. Así resulta además claramente del Suplico de la Demanda , en el que no se menciona la solidaridad de la cobertura del déficit concursal. De los autos resulta , además , que la AC cuantificó provisionalmente la cobertura del déficit concursal en el importe de 497.718,78 euros , presentado una Adenda posteriormente , en fecha de 30/10/2021 por la que se modificaron los Textos Definitivos , fijándose el déficit concursal provisional en 529.849,04 euros , si bien se señala que hasta que no finalice la fase de liquidación con la consiguiente realización de los activos de la concursada , no se podrá conocer el importe definitivo al que asciende el déficit concursal.

III.- Excepción procesal de falta de claridad o precisión en el informe de calificación de la AC al considerar a Victoriano como cómplice.

Dicha excepción también se debe desestimar. De la lectura del informe de calificación se desprende claramente que la AC no ha considerado a Victoriano como cómplice, sino que lo considera administrador de hecho de la concursada. En todo el informe de calificación aparece una sola vez el término "cómplice" en alusión al mismo , lo que obedece sin duda a un mero error material en el informe , lo que además se desprende de todo el informe de calificación y del Suplico del mismo, en el que claramente se identifica a los cómplices (entre los





que no aparece el Sr Victoriano ) y a las personas afectadas por la calificación , entre las que sí se encuentra el Sr Victoriano .

**IV.- Falta de claridad y precisión por falta de determinación de en qué medida la conducta de los demandados ha determinado la calificación del concurso como culpable y los criterios objetivos que se han seguido para concretar los porcentajes asignados a cada causa de culpabilidad y su posterior distribución entre ellos :**

A la vista de lo actuado , esta excepción de carácter procesal debe correr la misma suerte desestimatoria que la anterior por cuanto , con independencia de lo que se resuelva en cuanto al fondo , del informe de la AC resulta que la misma ha motivado de manera clara y suficiente el porcentaje de cobertura del déficit concursal , asignando un 25 % de cobertura del déficit por cada una de las cuatro causas que , a su entender , deben motivar que el concurso sea calificado como culpable , sobre la base de que todas las causas de culpabilidad han contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Por otro lado , de manera clara , asigna una cuota de cobertura del déficit a cada uno de los tres afectados por la calificación: 50% al Sr Victoriano ; 25% a la Sra Joaquina y el restante 25% al Sr Carlos Daniel y todo ello en relación al déficit concursal que se cuantifique. Por último , la AC detalla los actos que considera que han contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia de la concursada y las causas por las que considera que el administrador de hecho es la persona que ha llevado a cabo los actos más relevantes para ser afectada por la calificación , razón por la cual le asigna el mayor porcentaje, respecto de las demás .

Por todo ello , debiéndose desestimar las excepciones de carácter procesal , procede entrar en el análisis de fondo.

**QUINTO.- Valoración. Causas de culpabilidad.**

**I.- Incumplimiento del deber de llevar contabilidad.**

En relación a esta causa de culpabilidad , la **SAP de la Sección 15ª de la AP de Barcelona , de 03/02/2022 (ECLI:ES:APB:2022:877 )** declara : " **3.** El juez del concurso , en primer lugar, califica el concurso como culpable por el incumplimiento del concursado de su deber de llevar contabilidad. El art. 441 TRLC (anterior art. 163.2 de la Ley Concursal ) establece que el concurso se puede calificar como fortuito o como culpable, añadiendo el art. 443.5 TRLC (anterior 164.2 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.", supuesto que a su vez contempla diversos casos y requisitos.

**4 .** En primer lugar, el deudor tiene que estar obligado legalmente a llevar contabilidad. El art. 25 CCo nos dice que todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios".

**5 .** En segundo lugar, para que el concurso sea calificado como culpable el deudor ha tenido que infringir su obligación de alguna de las siguientes formas: a) No llevando contabilidad; b) Llevando una doble contabilidad; c) cometiendo en su contabilidad alguna irregularidad relevante para la comprensión de la situación financiera o patrimonial de la empresa."

En el presente caso , la AC alega que la concursada CARQUISA no ha legalizado los Libros oficiales de Contabilidad desde el ejercicio 2009 y no ha llevado dichos Libros , pues la concursada no ha facilitado información alguna y no constan legalizados en el Registro Mercantil. En definitiva , la AC , sostiene que la concursada sencillamente no llevaba contabilidad, ya que, requerido su administrador para presentar al administrador dicha contabilidad, incluidos los libros obligatorios a los que se refieren los art. 25 y 26 del CCo , no la ha presentado. Nada se ha opuesto de contrario , hallándonos , en todo caso , ante una presunción que no admite prueba en contrario por parte del deudor, por lo que el concurso debe ser calificado como culpable por esta causa.

**II.- Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso**

Para determinar si hubo retraso en el deber de solicitar el concurso, debe fijarse la fecha en que se conoció el estado de insolvencia, para entonces aplicar el plazo de dos meses del art. 5 TRLC, debiendo recordar la presunción que se establece de conocimiento del estado de insolvencia por el deudor si concurren algunos de los "hechos reveladores".

En relación a esta causa de culpabilidad la **SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de febrero de 2020 (ECLI:APB:2020:598)** , establece que :



" **8.** Por lo que se refiere a la demora en la solicitud del concurso, el artículo 165 de la Ley Concursal presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, " hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso ". La norma nos remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2.

**9.** En cuanto a si la demora agravó o no la insolvencia, extremo que la sentencia descarta, **debemos recordar que este tribunal, con un breve intervalo en el que cambió de criterio al albur de la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Supremo, ha vuelto a su postura inicial en orden a la interpretación de la presunción del artículo 165. En este sentido, entendemos que no es necesario, para que opere la presunción que establece dicho precepto, que se acredite que las conductas que contempla (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia. Y ello por cuanto las conductas que el precepto describe, en su mayor parte, no inciden causalmente en la generación o agravación de la insolvencia. (resaltado añadido)**

**10.** La STS de 1 de abril de 2014 (ya citada) corrobora la anterior conclusión al pronunciarse en los siguientes términos: "... esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012, y 501/2012, de 16 de julio ) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia ( sentencias de esta 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 )".

**11.** Es racional concluir, a tenor de este planteamiento, que, acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165, opera la presunción iuris tantum de que con ellas el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravación de la insolvencia."

Con carácter general, además, procede comenzar recordando que le corresponde al administrador concursal la carga de acreditar los hechos en los que sustenta su demanda de culpabilidad. En concreto, en lo referente a la causa de culpabilidad que nos ocupa, debe alegar y probar en qué fecha se produjo la insolvencia para poder verificar si efectivamente, hubo o no retraso a la hora de solicitar el concurso. Si bien es cierto que lo deseable es que la administración concursal fije una fecha concreta, a veces, no es posible lo que llevó al TS, en su sentencia de 9 de diciembre de 2017, a declarar que la fijación de una fecha exacta es intrascendente siendo suficiente a tales efectos con que fije un periodo de tiempo aproximado.

Tal como indica la sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 29 de abril de 2016 ("caso Spanair")**, el art. 165.1.1 LC contiene una doble presunción: una presunción de culpabilidad (dolo o culpa grave) y una presunción de nexo causal, relativa al agravamiento de la insolvencia como consecuencia de la demora, y esta doble presunción es también posible enervarla en el doble sentido: probando hechos que permitan excluir la existencia de dolo o culpa grave en el retraso en la presentación del concurso, o probando hechos que permitan excluir la existencia de dolo causal.

En el caso que nos ocupa de lo actuado podemos concluir que concurre esta causa de calificación culpable . No debemos olvidar que nos hallamos ante un concurso Necesario que fue instado por los acreedores el 4 de octubre de 2017. De todo lo actuado resulta que la sociedad CARQUISA 70, S.L. acumuló múltiples impagos: con la AEAT desde el primer trimestre de 2010; con la Agencia Tributaria Catalana desde el ejercicio 2012; con BANCO SANTANDER , desde el 26 de enero de 2012; con el Ayuntamiento de Barcelona por el IBI de 2011 ; con el Ayuntamiento de Parets del Vallès por la licencia de primera ocupación con vencimiento en enero de 2011 y por el IBI del ejercicio 2012; con BANCO SABADELL , desde el mes de abril de 2012 y con BBVA desde marzo de 2013 por vencimientos anticipados. Además la sociedad CARQUISA 70, S.L. tenía abiertos diversos procedimientos de ejecución Hipotecaria en los años 2013, 2014, 2015 y 2016. La sociedad CARQUISA 70, S.L., a pesar de todo ello , no presentó solicitud de declaración de concurso , sino que fue el acreedor COMUNIDAD DE PROPIETARIOS UA NUM000 de CALLE000 , nº NUM001 , Polígono Industrial DIRECCION000 , quien presentó en el mes de octubre de 2017 solicitud de declaración de Concurso Necesario. La concursada presentó comunicación del art 5 bis LC ( art 583 TRLC) de manera extemporánea cuando tuvo conocimiento de que se había presentado solicitud de declaración de Concurso Necesario por el citado acreedor.



Partiendo de todo ello, se puede concluir que la concursada CARQUISA, se hallaba en una situación manifiesta de insolvencia, en los términos del art 2 TRLC, al menos desde el año 2013, pues fue cuando se comenzaron a despachar algunas de las ejecuciones hipotecarias a instancia de los acreedores privilegiados, cuyos créditos ascendían conjuntamente a un importe cercano a los 3.000.000 euros. Además de lo actuado, resultan datos que permiten datar la situación de insolvencia en el año 2011, por cuanto es obvio que si las ejecuciones hipotecarias se empezaron a despachar en el año 2013 debían existir incumplimientos graves y reiterados. anteriores, siendo que además la sociedad ya ostentaba deudas con la AEAT desde el ejercicio 2010, como ha certificado en autos la propia Administración Tributaria. El hecho de que el concurso fuera solicitado por un acreedor corrobora la conclusión de que la concursada no instó la solicitud de declaración de concurso en el plazo legalmente previsto. Además, como se ha indicado, el conocimiento de su estado de insolvencia se presume iuris tantum cuando concurre alguno de los presupuestos del art 2.4 TRLC. En este caso, se cumplían los hechos reveladores contemplados en el art 2.4.3º TRLC (existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor); art 2.4.4º TRLC (sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor); así como lo dispuesto en el art 2.4.5º (sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la declaración del concurso). Finalmente, todo ello se corrobora a la vista del Auto 31/2019, de 15/02/2019, de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, que desestimó el Recurso de Apelación presentado por la concursada frente al Auto de declaración del concurso, y en el que, en esencia, además de la deuda frente a la Comunidad de Propietarios instante del concurso, entendió acreditadas otras deudas de la concursada, al hallarse en trámite cinco procedimientos de ejecución hipotecaria seguidos frente a la misma y constando acreditado el impago de una deuda que aparecía como fallida en ASNEF, por importe de 104.066 euros, por lo que entendiendo acreditada la situación de insolvencia desestimó el recurso de Apelación presentado por la concursada.

Por tanto, el presente concurso también se debe calificar como culpable por la concurrencia de esta causa.

### **III.- Falta de colaboración con el Juez del concurso y con la Administración concursal.**

En relación a esta causa de culpabilidad la **SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de febrero de 2020 (ECLI:APB:2020:598)**, establece que: " **12.** El último de los motivos en los que se basa la sentencia para calificar el concurso de culpable es el incumplimiento del deber de colaboración. *El art. 444.2 (anterior 165.2 LC) establece que "el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores".*

**13.** *El art. 135 TRLC (como antes hacía el art. 42.1 LC) establece que "el concursado persona natural y los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada y quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso tienen el deber de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal cuantas veces sean requeridos y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso". Añadiendo en su párrafo segundo que "los directores generales de la persona jurídica concursada y quienes lo hayan sido dentro del período señalado tienen igualmente estos mismos deberes.". Este precepto impone al deudor la obligación de comparecer no solo ante el Juzgado, sino también ante la administración concursal, cuantas veces sea requerido y de informar de todo lo conveniente para la resolución del concurso, por lo tanto, cuando el administrador concursal ha de acudir al auxilio del Juzgado para que el deudor entregue una documentación que previamente le había solicitado, el deudor, en principio, está incumpliendo su obligación de colaborar si dicha documentación es pertinente."*

En el presente caso debe entenderse concurrente esta causa de culpabilidad por las siguientes razones:

1. La administración concursal acredita documentalmente que el administrador no atendió a los siguientes requerimientos, tanto los formulados por el propio Juzgado como por la AC:

\*Auto de declaración de Concurso Necesario de 04/04/2018, DIOR de 25/05/2018 y de 13/06/2018, por los que se requirió a la concursada para que aportara los documentos exigidos en el art 6 LC (art 7 TRLC), requerimientos que fueron desatendidos por la parte concursada.

\* Escritos de la administración concursal formulando requerimientos bien al Juzgado bien a la concursada para que se aportara por la misma la documentación antes citada, exigida en el art 6 LC (art 7 TRLC), de fechas de 20/04/2018; 15/05/2018; 25/04/2018; 02/05/2018; 18/06/2018;





\* Informe de la administración concursal previsto en el art 75 LC (292 TRLC) en el que la AC manifestaba las dificultades que había tenido para elaborarlo, al no disponer de la documentación antes citada, por lo que llegó a pedir una prórroga para poder proceder a la presentación del mismo.

\*No consta que a la fecha de la presente resolución la parte concursada haya entregado esta documentación y consta que la AC incluso se ha visto obligada a acudir a la información obrante en los Registros Públicos, para conocer los activos de la concursada.

2. Es cierto que si la concursada incumplió la obligación de llevar contabilidad no podía atender a parte de esos requerimientos. Sin embargo, procede concluir que la colaboración leal con el administrador concursal, exigible de los administradores de la compañía, obligaba a informar a aquel de la inexistencia de contabilidad y de poner a su disposición los datos y documentos necesarios para reproducir, en la medida de lo posible, la vida económica de la compañía.

Por todo ello procede calificar el concurso como culpable también por esta causa.

#### **IV.- Incumplimiento del deber de formular las Cuentas Anuales.**

El art. 444.3 TRLC establece que "el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad 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 el presente caso, procede declarar culpable el concurso también por esta causa por cuanto a la documental obrante en autos resulta acreditado que la concursada CARQUISA, a la fecha de declaración del Concurso Necesario, no había formulado ni depositado las Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios 2011 a 2016, motivo por el que, en aplicación de la presunción relativa del art 444.3º TRLC, que no ha sido desvirtuada, debe calificarse el concurso como culpable.

#### **SEXO.- Personas afectadas por la calificación y cómplices.**

**A.- Declarada la culpabilidad del concurso, se debe proceder a la identificación de las personas afectadas, y en lo que concierne a este punto no procede acoger en su integridad las alegaciones de la AC, por las razones que se pasan a exponer:**

I.- En efecto, la AC considera, en primer lugar, persona afectada por la calificación a la *Sra Joaquina*, por ser la administradora única de la Sociedad desde el 28/08/2012, en los mismos términos que contempla el dictamen del Ministerio Fiscal, lo que se debe estimar a tenor del art 455.2 TRLC.

II.- En relación al *Sr Victoriano*, tanto la AC como el Ministerio Fiscal solicitan que debe ser considerado persona afectada por la calificación como administrador de derecho de la Sociedad hasta el 28/08/2012 y como administrador de hecho a partir de esa fecha. A esta petición se ha formulado oposición, debiendo destacar además que por imperativo del art 455.1º TRLC, se exige una motivación específica de la atribución de la condición de administrador de hecho. Pues bien, en relación a estas alegaciones procede realizar las siguientes consideraciones:

1. Como ha indicado la Sección 15ª de la AP de Barcelona, (por todas, la Sentencia de 16 de noviembre de 2011, ECLI:ES:APB:2011:13140, entre otras) con carácter amplio, administrador de hecho será quien ejerce efectivamente el cargo al margen de un formal y válido nombramiento, encuadrando dentro de dicha categoría al llamado administrador oculto, esto es, la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos.

El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

Debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad, excluyendo de este concepto a aquellas personas cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión. La *STS de 8 de febrero de 2008*, al abordar esta materia, aporta importantes



precisiones: la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados ( *SSTS 7 junio 1999 , 30 julio 2001* ), siempre que actúen regularmente.

2. Pues bien a las vista de las alegaciones formuladas y de la documental obrante en autos existe prueba suficiente para ser considerado al Sr Victoriano como administrador de hecho de la Sociedad CARQUISA, pues han resultado acreditados lo siguientes extremos:

\* La documental obrante autos acredita que el mismo fue socio fundador , socio único y administrador único de CARQUISA hasta el 28/08/2012.

\* Consta acreditado que fue el que presentó Recurso de Apelación contra la resolución de declaración de Concurso Necesario de acreedores recaída en 2018, a título personal y como socio único .

\* Mientras fue administrador único de la Sociedad incumplió el deber de formular las Cuentas Anuales del ejercicio 2011 y de proceder a su depósito.

\* Cabe deducir racionalmente de todo lo actuado , que para desvincularse de la Sociedad CARQUISA nombró a la Sra Joaquina , en fecha de 28/08/2012 y cuando ya existía la causa de insolvencia, revocando su cargo como administrador único. Consta documentado que hizo lo mismo en otra de sus sociedades , SIMER ADMINISTRACIÓN XXII, S.L. , en la que también fue nombrada administradora única la Sra Joaquina . A su vez , la Sr Joaquina consta documentalmente acreditado que ostenta 69 cargos y otros 22 históricos, en 87 empresas distintas.

\* La Administradora de Derecho se halla en situación procesal de rebeldía , no ha podido ser localizada ni la AC ha podido contactar con ella, cuando en cambio sí consta que las únicas reuniones y contactos que la AC ha podido establecer en la tramitación del concurso lo han sido con el Sr Victoriano ( ejemplo , la reunión de junio 2018 , documento 22 del Escrito de Calificación)

\* El Sr Victoriano ha ejercido como Administrador de Fincas a través de CONSULTORÍA LEGAL DE PATRIMONIOS , S.L. , que gestionaba los cobros del arrendamiento de la nave de la concursada a la entidad BERKEL y , a su vez , del subarriendo de ésta a la entidad NADICO INDUSTRIAL MANAGEMENT, S.L.

\* El codemandado manifiesta en su escrito de oposición que la Sociedad ya se encontraba en estado de insolvencia cuando revocó su cargo como administrador único y que , como consecuencia de ello , tuvo que buscar a un nuevo administrador , por lo que recurrió a la Sr Joaquina al no encontrar a nadie más. Alega que supuestamente se hallaba en negociaciones con los acreedores ,a pesar de lo cual procedió a renunciar a su cargo .

Por todo ello se considera que existe base probatoria suficiente para alcanzar la conclusión apuntada según la cual el Sr Victoriano ha estado operando como Administrador de Hecho de la concursada CARQUISA y que la Sra Joaquina (administradora de derecho) no ha ejercido de manera real y efectiva el cargo de administradora de la concursada.

III.- Únicamente la AC solicita que sea declarada persona afectada por la calificación el Sr Carlos Daniel , en calidad de apoderado de la Sociedad , alegando que fue administrador único de CARQUISA hasta el 21/06/2004; que constan tres inscripciones como apoderado de la concursada con carácter indefinido( el cargo más antiguo desde 1997 y el más reciente desde 2004) y que además desde el 23/11/2004 es apoderado de la mercantil SIMER ADMINISTRACIÓN XXII ,S.L. y desde el 04/08/1998 de la mercantil SOLUCIONES INMOBILIARIAS DEL MERCADO . S.L. , por lo que concluye que con los cargos de apoderado que ostenta con empresas vinculadas al Sr Victoriano , debe ser considerado persona afectada por la calificación " al tener conocimiento de las operaciones llevadas a cabo en las distintas mercantiles , siendo una persona de confianza del Sr Victoriano desde hace más de 20 años".

Frente a ello el codemandado opone la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam al ser llamado como "apoderada" y , con carácter subsidiario , que no concurren los presupuestos que exigía la Ley Concursal derogada para ser condenado . A la vista de las alegaciones formuladas y de la prueba obrante en autos , procede estimar la primera de las excepciones propuestas, por las razones que se pasan a exponer:

\* El TRLC entró en vigor el 01/09/2020. La figura del apoderado general como sujeto potencial de calificación de culpabilidad y responsabilidad concursal se introdujo con la Ley 38/2011, de 10 octubre. En el art 455 TRLC la figura de los "apoderados generales " ha sido sustituida por la de los "Directores Generales", en las normas que regulan el ámbito subjetivo de la calificación (art 442, 445, 445.2.1º y 456.1 TRLC). Desde un primer momento la introducción de los apoderados generales dentro del ámbito de posibles personas afectadas por la calificación , fue objeto de críticas , proponiéndose , en esencia , una interpretación restrictiva de la norma que , a efectos prácticos , consistía en restringir el concepto de apoderada general susceptible de ser persona afectada por la calificación a quien , teniendo ese poder general , había realizado en el tráfico actos propios



de la gestión o dirección de la compañía , con incidencia en la generación o a agravación de la situación de insolvencia (Por ejemplo , AAP Pontevedra , sección 1ª de 20/11/2014). El TRLC de 2020 ya no se refiere a los "apoderados generales " sino a los "Directores Generales" lo que supone una limitación del ámbito subjetivo de la calificación en la línea de lo apuntado y que claramente excluye del ámbito subjetivo de la calificación a los simples " apoderados generales " que no son "Directores generales".

\* A partir de ello se plantean dos cuestiones, que en el fondo son las que se suscitan en sede de oposición a la calificación . La primera es si esta modificación que introduce el TRLC 2020 implica que un apoderada General ya no va a poder ser considerado persona afectada por la calificación . Pues bien , la respuesta , a juicio de esta Juzgadora , es que , efectivamente , en esta exclusiva condición ya no lo pueden ser , si bien es cosa distinta que , con independencia de si son o no "apoderados generales", puedan ser considerados personas afectadas por la calificación por reunir las condiciones para ser considerados administradores de hecho o directores generales o , aun no reuniendo estas condiciones , puedan ser considerados cómplices , en los términos del art 455 TRLC. La segunda cuestión planteada es la relativa al régimen transitorio y en concreto , qué ocurre con los procedimientos concursales , como el presente , ya en trámite a la entrada en vigor del TRLC 2020. La respuesta a esta cuestión debe ser que la modificación que ha introducido el TRLC 2020 , se puede aplicar a procedimientos en curso antes del 01/09/2020, con independencia , además , de la fecha de apertura de la sección de calificación.

\* En el presente caso , y en cuanto a la última de estas cuestiones , nos encontramos ante un procedimiento de 2017, en el que en fecha de 18/09/2020 ( con posterioridad a la entrada en vigor del TRLC 2020 ) se dictó Auto aprobando el Plan de Liquidación y acordando la Apertura de la Pieza de calificación, por lo que debe concluirse que resulta de aplicación el TRLC 2020. Por otra parte , se ha concluido que modificación que introduce el TRLC 2020 implica que un apoderado General , en la mera condición de tal , ya no va a poder ser considerado persona afectada por la calificación. En cualquier caso , además , en este concreto caso , no se encuentra en el informe de calificación de la AC una causa de imputación concreta respecto del Apoderado de CARQUISA , más allá de su condición de Apoderado de la concursada, por lo que debe decaer las alegaciones y peticiones de la AC y tampoco resultan acreditados hechos concretos que pudieran servir para concluir que deba ser persona afectada por la calificación como administrador de hecho o Director General o para ser considerado cómplice. En consecuencia , se estima este motivo de oposición.

#### B.- *Cómplices* .

Únicamente la AC, solicita la declaración como cómplices de BERKEL INNOVACIÓN , S.L., SOLUCIONES INMOBILIARIAS DEL MERCADO, S.L. y CONSULTORÍA GLOBAL DE PATRIMONIOS, S.L..

La solicitud de la AC guarda relación con el objeto del incidente concursal 34/2020 , en la que recayó Sentencia en fecha de 21/06/2021 , que a la fecha de la presente resolución es firme y por la que se resolvieron los contratos de arrendamiento suscritos entre la concursada CARQUISA, S.L. y BERKEL INNOVACIÓN, S.L. el 16 de noviembre de 2012 y el 15 de abril de 2013, que tenían por objeto dos naves Industriales propiedad de la concursada y se adoptaron el resto de pronunciamientos que se han transcrito con anterioridad. La AC considera que la mercantil BERKEL debe ser considerada cómplice por cuanto tiene una estrecha vinculación con la entidad CONSULTORÍA GLOBAL DE PATRIMONIOS , S.L. , por cuanto sus administradores han sido administradores de la citada entidad , que a su vez es Administradora de Fincas de CARQUISA, pudiendo por ello conseguir un precio de arrendamiento de las naves muy inferior al de mercado , con exclusión de las limitaciones para subarrendar y conservando los derechos de adquisición preferente y de indemnización por clientela, sin que se hayan acreditado los ingresos por el arrendamiento de las naves Industriales , todo ello en grave perjuicio económico de la concursada. La declaración de complicidad de CONSULTORÍA GLOBAL DE PATRIMONIOS , S.L. se sustenta en que ha actuado como Administradora de Fincas , encargada de gestionar los pagos de BERKEL a la concursada por el arrendamiento de las naves, sin que se haya justificado el abono de los mismos , cuando en cambio sí ha gestionado el cobro del subarriendo a la entidad NADICO INDUSTRIAL MANAGEMENT, S.L. , notificando incluso los incrementos del IPC y teniendo en cuenta, además , la estrecha relación con la entidad SIMER , al operar en el mercado con su marca y con el Sr Victoriano , habiendo incluso compartido domicilio social con CARQUISA y SOLUCIONES INMOBILIARIAS DEL MERCADO. Y , por último, la declaración de complicidad de esta última entidad se fundaría en que las operaciones inmobiliarias llevadas a cabo entre BERKEL y CARQUISA han sido ejecutadas bajo el paraguas de su marca , siendo el Sr Victoriano su administrador único , compartiendo domicilio social con ADQUISICIONES GRUPO 4 , S.L. ( CONSULTORA GLOBAL DE PATRIMONIOS ) y con CARQUISA , que ha participado en 45 % en su capital social.

Partiendo de ello, de acuerdo con el contenido de la *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3309 ; Pte. Sr. Vela Torres)* es necesario que se cumplan los dos presupuestos descritos en dicha sentencia: 1) cooperación relevante con la concursada en la agravación de la



insolvencia, 2) actuación conjunta con la concursada en la conducta determinante de la calificación culpable, pues de facto, sin su intervención en los hechos no se habrían producido.

En este sentido, la referida Sentencia expone en cuanto a la declaración de complicidad: " **1.-** El cómplice es un tercero, en tanto que cooperador en una conducta ajena del deudor o de quienes actúan por él, que determina la calificación culpable del concurso. *Por ello, la persona que de alguna manera interviene en la realización de esa conducta no puede ser declarada al mismo tiempo persona afectada por la calificación, que equivale a autor responsable, y cómplice, que equivale a cooperador.*

**2.-** Aunque el art. 172.2.1º LC hacía mención a los cómplices, el artículo que realmente regulaba esta figura era el 166 LC (actual art. 445 TRLC).

*En las sentencias 5/2016, de 27 de enero, y 202/2017, de 29 de marzo, hemos establecido que para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.*

**3.-** Hemos declarado también en tales resoluciones que la generalidad con que se pronunciaba el art. 166 LC -"cualquier acto"-, no relevaba a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión consideraba constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción había de basarse en una actividad probatoria suficiente y había de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que era declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hubieran fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC.

*La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, conscius fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable."*

En el presente caso, no se estima que concurren los requisitos necesarios para proceder a la declaración de complicidad que solicita la AC, esto es: 1) cooperación relevante con la concursada en la agravación de la insolvencia, 2) actuación conjunta con la concursada en la conducta determinante de la calificación culpable y ello por cuanto se exige una vinculación con la causa o causas de las calificaciones. Pues bien, en este caso se han estimado como causas que deben determinar la calificación del concurso como culpable, el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, de formular y depositar Cuentas Anuales, de solicitar el concurso y de colaboración con el Juez del Concurso y la AC, por lo que no se estima que pueda apreciarse la necesaria actuación conjunta con la concursada en la conducta determinante de la calificación culpable.

En definitiva, se estima que debe ser consideradas Personas Afectadas por la calificación la Sra. Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho).

#### **SÉPTIMO.- Efectos de la declaración culpable del concurso de CARQUISA 70, S.L. .**

En cuanto a los distintos efectos que se desprenden de la calificación culpable del concurso de CARQUISA respecto de las personas afectadas, conviene precisar:

#### **I. Efectos inherentes a la declaración culpable :**

##### **1. Inhabilitación .**

Dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3447) que " Una vez calificado el concurso culpable e identificadas las personas afectadas por la calificación, el art. 172.2.2º LC impone necesariamente que se condene a estas últimas a la inhabilitación por un periodo comprendido entre los 2 y los 15 años. La graduación de la inhabilitación es una facultad discrecional del tribunal, que puede atender a diferentes criterios, entre los que la ley menciona "la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos". [...] / Ratificamos lo que declaramos en la invocada sentencia 719/2016, de 1 de diciembre, [...] "la sala no puede realizar un control de la discrecionalidad del tribunal de instancia, en tanto que no ha incurrido en evidente y notorio error de hecho, ni ha resuelto de forma caprichosa, desorbitada o injusta". / En realidad esta doctrina ya había sido expuesta antes en la sentencia 327/2015, de 1 de junio : "Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad en la fijación de la duración





de la inhabilitación que imponen a las personas especialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación, salvo casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el tribunal de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta."

Pues bien, partiendo de ello esta jugadora considera que, a tenor de la gravedad de las conductas determinantes de la calificación culpable, la inhabilitación respecto de las personas afectadas por la calificación debe extenderse por un período de 8 años, tomado en consideración la gravedad de los hechos, el número de causas de calificación culpable acreditadas y la opacidad manifiesta durante la sustanciación del concurso en lo que afecta a la falta de colaboración e información a la administración concursal.

## 2. Pérdida de cualquier derecho.

De las sentencias del Tribunal Supremo 490/2016, de 14 de julio y 583/2017, de 27 de octubre resulta que el informe de calificación de la administración concursal es un escrito de alegaciones similar a la demanda del artículo 399 de la LEC por la propia estructura que le confiere el art. 169.1 de la Ley Concursal " que se refiere a la necesidad de que contenga alusión a los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; y si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, al igual que en una demanda, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir y pretensión concreta."

Ello requiere que se contenga la identificación a la eventual pérdida de derechos en el concurso, como acontece al caso a tenor de los escritos de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, que se refieren específicamente a este punto.

En consecuencia, procede condenar a las personas afectadas por la calificación a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, conforme al contenido de la regla 3ª del apartado 2 del artículo 455 del TRLC, análogo a la norma precedente (172 LC).

## II.- Cobertura del déficit.

El Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 6 de octubre de 2011 ha caracterizado la responsabilidad por déficit concursal en torno a las siguientes consideraciones:

a) La condena de los administradores a la cobertura de tal responsabilidad no es automática, sino que requiere de una justificación añadida.

b) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, es necesario que " el tribunal 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 del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del art. 164 LC (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.). "

Interpretando este precepto el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 279/2019, 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1633), ha señalado que "la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia". El Alto Tribunal añade que "esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación".

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1517 y ECLI:ES:TS:2020:1514, Pte. Sr. Sancho Gargallo) hacen un análisis del régimen de responsabilidad de la Ley Concursal por referencia a las diversas reformas introducidas en ella por Ley 38/2011, de 10 de octubre y por el RDL 4/2014, de 7 de marzo. La Sala, respecto de la redacción del art. 172.1 bis modificada por el RDL 4/2014 destaca que el precepto



" no aclara qué debe entenderse por déficit ". Por ello, con cita de sus sentencias 772/2014, de 12 de enero de 2015 y 279/2019, de 22 de mayo , analiza la cuestión tanto desde la perspectiva de las causas previas a la declaración del concurso, como respecto de aquellas que concurren durante su sustanciación.

Afirma que la justificación o ratio iuris de la responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la insolvencia que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos, por lo que bajo dicha lógica resarcitoria " tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, responden de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución ." Y al hilo de lo indicado señala que dicha interpretación se acomoda mejor a la realidad de que no todas las conductas tipificadas por el legislador (susceptibles de merecer la calificación culpable y condena a la cobertura del déficit) son anteriores a la declaración del concurso. En particular: la falta de colaboración y al alzamiento de bienes " que, por no referirse necesariamente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como ocurre con las enajenaciones fraudulentas del art. 164.2. 5º LC , no debería excluirse que pudiera aplicarse a algunas distracciones de bienes y derechos patrimoniales realizadas después de la apertura del concurso . "

Dicho lo cual, concluye que: " A estas conductas posteriores a la declaración de concurso, no se les puede imputar la generación o el agravamiento de la insolvencia que determinó la apertura del concurso, pero sí el agravamiento de la situación patrimonial de la masa del concurso que, en la medida en que agravaran la consecuencia final de insatisfacción total o parcial de los créditos, no deberían quedar fuera de la responsabilidad por déficit. / Sin perjuicio de que su contribución a la agravación de la insolvencia se pudiera evaluar económicamente en atención a la incidencia efectiva que hubiera tenido en la frustración de la expectativa de cobro de los acreedores. Por ejemplo: en el caso del art. 165.1.2º LC , el perjuicio (agravamiento de la insolvencia) se determinaría por la pérdida patrimonial que la falta de colaboración hubiera ocasionado a la masa activa, ya sea por el coste que hubiera generado, ya sea por lo que hubiera dejado de percibirse, cobrarse o reintegrarse como consecuencia de ello; y en el caso del art. 164.2.3º LC , el agravamiento de la insolvencia se cuantificaría en la diferencia entre lo que hubieran percibido los acreedores en caso de cumplirse el convenio y lo que estimativamente cobrarían con la liquidación . "

En el presente caso , la AC asigna en su informe un 25% de cobertura de déficit por cada una de las cuatro causas de culpabilidad , lo que conlleva el 100% de cobertura del déficit concursal que se genere. Por ello solicita que se responda del total déficit concursal por parte de las personas afectadas por la calificación, en tanto que considera que todas las causas de culpabilidad han contribuido a generar y a agravar la insolvencia de la concursada. Además , asigna un cuota de cobertura de déficit a aquellos que considera que deben ser personas afectadas por la calificación, que en el caso de las que se ha estimado en la presente Sentencia que debe ser consideradas como tales , sería , en el caso del Sr Victoriano el 50 % de la cobertura del déficit concursal que se cuantifique y en el caso de la Sra Joaquina , el 25 % de la cobertura del déficit concursal que se cuantifique.

En la oposición a las Demandas incidentales se opone que el Sr Victoriano no puede ser condenado al pago del déficit concursal por cuanto las causas de imputación no son predicables de aquellos que , según la Ley , no están obligados a cumplir la norma , que en este caso lo sería únicamente la administradora de derecho.

Pues bien , a la vista de todo lo actuado procede acoger las pretensiones de la AC . En efecto , el pago contemplado en el actual art 456 TRLC es una medida resarcitoria que se puede imponer a los administrador de hecho o de derecho de las concursada, en caso de concurso culpable . De conformidad con los hechos que se han entendido acreditados los Sres Victoriano (como administrador de hecho desde el 28/08/2012 ) y la Sra Joaquina (como administradora de derecho) son las personas que han dirgido y controlado la sociedad y cuyo comportamiento ha motivado la calificación del concurso como culpable. De esta forma, el incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad desde el ejercicio 2011 ha impedido conocer la situación financiera de CARQUISA y por tanto, adoptar las medidas necesarias frente a la situación de insolvencia; la falta de colaboración ha evidenciado un total desprecio de los derechos de los acreedores; la falta de solicitud de la declaración del concurso ha provocado que la sociedad , pese a su real situación , operara en el mercado con total normalidad y la falta de formulación y depósito de las Cuentas Anuales desde el ejercicio 2011 ha contribuido a impedir conocer la verdadera situación de la sociedad. En definitiva , en casos como el presente , en que los administradores no presentan ningún tipo de contabilidad , no formulan ni depositan cuentas anuales , no cumplen con el deber de solicitar el concurso y no colaboran con la AC ni facilitan a la misma información que le permita reproducir la vida económica de la sociedad , es lícito presumir (salvo que la persona afectada por la calificación acredite que la insolvencia trae causa de alguna circunstancia que no le sea imputable , lo que no ha acontecido en este caso) que aquellos han contribuido a la agravación



de la insolvencia y son responsables de todo el déficit concursal, en los términos y con los límites que ha solicitado la AC, debiendo tener en cuenta, además, que todas las causas que han determinado la calificación del concurso como culpable son imputables exclusivamente al órgano de administración.

En consecuencia, *procede condenar a la cobertura del total déficit concursal (100%) a las personas afectadas por la calificación, en tanto que cabe considerar que todas las causas de culpabilidad han contribuido a generar y a agravar la insolvencia de la concursada.* Y llegados a este punto, *se hace preciso valorar los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores (de derecho y de hecho), en relación con la actuación que ha determinado la calificación del concurso como culpable*, debiendo acoger las peticiones de la AC, por cuanto en el caso del Sr Victoriano, se ha entendido acreditado que abandonó el cargo de administrador cuando la sociedad ya se hallaba en situación de insolvencia, nombrando como administradora a la Sra Joaquina y ha seguido de manera efectiva dirigiendo y controlando de manera efectiva la sociedad, como administrador de hecho, por lo que se le condena a cubrir el 50 % del déficit concursal que se cuantifique una vez liquidados los activos de la concursada. En cuanto a la Sr Joaquina, pese a ser formalmente la administradora de derecho de la sociedad desde el 28/08/2012, solo se le asigna el 25 %, en tanto que se ha entendido acreditado que no ha ejercido de manera real y efectiva las funciones inherentes a su cargo.

#### **OCTAVO.-Costas.**

Dada la especial naturaleza del procedimiento, no se imponen las costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLO**

Que debo estimar y estimo la demanda de calificación culpable interpuesta por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y por ello:

#### **ACUERDO:**

1º) Calificar como **CULPABLE** el concurso de la entidad CARQUISA 70, S.L.

2º) Determinar, como persona afectada por la calificación, a Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho).

3º) Inhabilitar a Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho) para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de **8 AÑOS**.

4º) Privar a Joaquina (administradora de derecho) y a Victoriano (administrador de hecho) de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.

5º) Condenar a Joaquina a abonar el 25 % del déficit concursal que se genere después de liquidar los activos de la concursada.

6º) Condenar a Victoriano a abonar el 50 % del déficit concursal que se genere después de liquidar los activos de la concursada

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Firme que sea esta sentencia, expídase mandamiento dirigido al Registro Mercantil, con testimonio de la misma, conforme al art. 24.2 LC.

Contra esta sentencia cabe interponer *recurso de apelación* en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente a su notificación, que se presentará ante este Juzgado y del que conocerá la sección 15ª de la Ilustrísima AP de Barcelona, previa constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitida a trámite.

**PUBLICACIÓN:** la anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, en su sala de despacho, doy fe.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de [sejudicial.gencat.cat](http://sejudicial.gencat.cat)

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.



Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

FONDO DOCUMENTAL CENDO