



Roj: **SJM PO 543/2019 - ECLI: ES:JMPO:2019:543**

Id Cendoj: **36038470022019100020**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **232/2014**

Nº de Resolución: **110/2019**

Procedimiento: **Concurso abreviado**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 2 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00110/2019

C/ROSALIA DE CASTRO N.5 PLANTA 3

Teléfono: 986805268-986805269 , Fax: 986805270

Equipo/usuario: RS Modelo: M68330

N.I.G. : 36038 47 1 2014 0000194

171 PZ.INC.CONC. OPOSICION CALIFICACION(171) 0000232 /2014 0001 - R

Procedimiento origen: CONCURSO ABREVIADO 0000232 /2014

Sobre CONCURSOS VOLUNTARIOS DEMANDANTE: CONFECCIONES GUERRAL

Procurador Sr. FRANCISCO JAVIER ALMON CERDEIRA

DEMANDADO Dña. Guillerma , Victor Manuel Procuradora Sra. MARIA DEL AMOR ANGULO GASCON, JOAQUIN GABRIEL SANTOS CONDE ,

S E N T E N C I A Nº 110/2019

Pontevedra, a 3 de junio de 2019.

Nuria Fachal Noguer , Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, ha conocido la sección sexta del **concurso voluntario** registrado con el **número 232/2014-R** de **CONFECCIONES GUERRAL S.A.**, representada por el Procurador Sr. Almón Cedeira y defendida por el Letrado Sr. Constenla Vega; en la que han intervenido como partes demandantes de la misma **la administración concursal y el Ministerio Fiscal** y como personas afectadas por la calificación **Guillerma y Victor Manuel** .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto dictado en fecha de 4 de octubre de 2017 se dispuso la apertura de liquidación en el concurso voluntario del deudor **CONFECCIONES GUERRAL S.A.**, así como la apertura de la sección sexta, de calificación, del presente concurso voluntario nº 232/2014, y se abrió el plazo legal para la personación de los acreedores e interesados, tras el cual se concedió a la administración concursal el plazo legal de quince días hábiles para la presentación de su informe, que tuvo entrada en este Juzgado en fecha de 4 de diciembre de 2017, en el que interesaba que se dictase sentencia en la que se declare el concurso de **CONFECCIONES GUERRAL S.A.** como **CULPABLE**, pues concurre el supuesto legal previsto en el artículo 164.2.1 º, artículo 164.2.5 º y artículo 164.1 LC . Como personas afectadas por la calificación, la AC atribuye tan condición a los administradores solidarios de la concursada, **Guillerma y Victor Manuel** . Se solicitó la inhabilitación para administrar bienes ajenos por período de cinco años, así como representar o administrar a cualquier otra persona por el mismo período, pérdida de todo derecho como acreedor concursal o contra la masa activa, así



como a devolver a la concursada los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa, condena a indemnizar los daños y perjuicios en la suma de 944.63138 euros, y condena a abonar a los acreedores el importe de sus créditos que no perciban con la liquidación de la masa activa en la suma de 472.31569 euros.

SEGUNDO . - Evacuando el traslado que le fue conferido, el Ministerio Fiscal presentó por escrito su dictamen, que fue registrado en este Juzgado en fecha de 28 de diciembre de 2017, en el que interesaba que se proceda a dictar sentencia en la que se califique el concurso de CONFECCIONES GUERRAL S.A. como culpable al tenor del artículo 164.1 LC y artículo 164.2.1º y 5º LC , designando como personas afectadas por la calificación a Guillerma y Victor Manuel , solicitando la inhabilitación para administrar bienes ajenos por período de seis años, así como representar o administrar a cualquier otra persona por el mismo período, pérdida de todo derecho como acreedor concursal o contra la masa activa, así como a devolver a la concursada los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa y condena a abonar a los acreedores el importe de sus créditos que no perciban con la liquidación de la masa activa.

TERCERO . - Por Providencia de fecha 4 de enero de 2018 se acordó oír al concursado por plazo de diez días y emplazar a las personas afectadas por la calificación para que compareciese en la presente sección sexta. Evacuando el traslado conferido, por la representación de la concursada formuló oposición a la calificación del concurso como culpable y sostenía la calificación como fortuito. Las personas afectadas por la calificación se personaron en autos y formularon oposición a la calificación del concurso como culpable.

La vista se celebró el día 14 de mayo de 2019 y a ella asistieron la AC, el Ministerio Fiscal, la concursada y las personas afectadas por la calificación debidamente asistidas y representadas. Se procedió a la práctica de los medios de prueba propuestos y admitidos.

A continuación, formuladas las conclusiones, quedaron los autos pendientes de dictar Sentencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *De los hechos controvertidos y de los medios de prueba practicados.*

La administración concursal interesa que se califique como culpable el concurso de CONFECCIONES GUERRAL S.A. y fundamenta su pretensión de calificación de culpabilidad concursal en las siguientes causas:

Artículo 164.2.1º LC : se han cometido irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Las pérdidas del ejercicio cerrado a 2013/2014 no responden a la realidad de la compañía, sino que habrán de ajustarse a la cantidad de -400.000 euros. El resultado de - 64.864 euros tendría su causa en una condonación por parte de un socio; sin embargo, éste después comunicó el crédito por el citado importe.

Artículo 164.2.5º LC : meses antes de la declaración de concurso se vendieron cuatro turismos propiedad de la concursada a la administradora Guillerma y familiares por un precio inferior a su valor de mercado.

Se afirma que han aumentado las deudas con partes vinculadas desde la declaración de concurso hasta el día 31 de agosto de 2017

Las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil son las correspondientes al ejercicio 2012. En los ejercicios 2012/2013 y 2013/2014 se ha incumplido el deber de someter las cuentas a auditoría.

Las pérdidas acumuladas desde el ejercicio 2014/2015 hasta el ejercicio 2016/2017 ascienden a 629.53474 euros.

Los administradores cesaron en el cargo en fecha 30 de septiembre de 2016.

Artículo 164.1 LC : se ha producido una agravación de la insolvencia como consecuencia de las operaciones con empresas vinculadas y a venta de vehículos a la administradora y a sus familiares por debajo del valor de los bienes. Se invocan las presunciones del artículo 165.1.1º y 3º LC .

El Ministerio Fiscal, en su dictamen, entiende que concurren los supuestos previstos en el artículo 164.1 LC (cláusula general), artículo 164.2.1º LC (irregularidades contables relevantes) y artículo 164.2.5º LC (salida fraudulenta de bienes); se invocan las presunciones del artículo 165.1.1º y 3º LC .

En el presente proceso ha sido valorada la prueba documental propuesta por las partes y la documental que forma parte de esta sección.

SEGUNDO . - *Hechos probados con relevancia en la calificación del concurso de CONFECCIONES GUERRAL S.A.*



De la documentación aportada a la sección resultan los siguientes hechos con relevancia a efectos de calificación:

1. En fecha 28 de julio de 2014 se formuló solicitud de concurso voluntario de CONFECCIONES GUERRAL S.A. y por medio de Auto de 16 de septiembre de 2014 se declaró en situación legal de concurso voluntario al deudor. Con carácter previo, el día 2 de abril de 2014, se dictó Decreto en el que se dejaba constancia de la presentación de un escrito de fecha 28 de marzo de 2014 por el que CONFECCIONES GUERRAL S.A. comunicaba el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación y/o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.
2. En fecha 12 de marzo de 2015 se dictó Sentencia de aprobación del convenio. Por Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) de fecha 16 de julio de 2015 se revocó parcialmente la Sentencia aprobatoria del convenio en lo referente a la apertura de la sección de calificación, que se dejó sin efecto.
3. En fecha 29 de septiembre de 2017 se comunicó al Juzgado la imposibilidad de cumplimiento del convenio y por medio de Auto de 4 de octubre de 2017 se acordó la apertura de la liquidación concursal de la sociedad.
4. Guillerma y Victor Manuel fueron designados administradores solidarios de la mercantil concursada en virtud de escritura pública otorgada en fecha 17 de enero de 2012; el período de designación en el cargo comprendía desde el día 30 de septiembre de 2011 hasta el día 30 de septiembre de 2016. Victor Manuel fue designado apoderado general de la compañía con duración indefinida por medio de escritura notarial de 16 de septiembre de 2011.
5. Las cuentas anuales del ejercicio 2011-2012 fueron sometidas a auditoría y depositadas en el Registro Mercantil. En los ejercicios 2012/2013 y 2013/2014 no se sometieron las cuentas anuales a auditoría. Las cuentas anuales de los ejercicios 2012/2013 y 2013/2014 no fueron aprobadas ni depositadas en el Registro Mercantil con carácter previo a la declaración de concurso de la sociedad. Se inscribió en el Registro Mercantil la no aprobación de cuentas anuales.
6. Los libros diarios de todos los ejercicios contables sí fueron legalizados.
7. El resultado contabilizado a fecha 31/3/2014 fue de - 64.86478 euros, pues se tuvo en cuenta una condonación por parte de un socio por importe de 400.000 euros.
8. En fecha 25 de noviembre de 2013 se transmitieron cuatro turismos a Guillerma y a tres familiares de ésta por importe total de 5.158 67 euros.

No se ha probado que el valor real de los vehículos enajenados ascendiese en la fecha de la transmisión a la suma de 18.070 euros. Conforme a los criterios contables, en la fecha de la enajenación los cuatro turismos se encontraban totalmente amortizados.

TERCERO .- La formación de la sección sexta en caso de convenio no gravoso

Con carácter previo al análisis de las causas de culpabilidad invocadas por la AC y por el MF se hace necesario delimitar el ámbito del enjuiciamiento para el supuesto en que el convenio frustrado fuese "no gravoso".

Ésta es la situación que concurre en el presente caso, ya que la SAP de Pontevedra de 16 de julio de 2015 revocó el pronunciamiento contenido en la Sentencia de este Juzgado de fecha 12 de marzo de 2015 en la que se ordenaba en el presente concurso la apertura de la sección de calificación. La Audiencia Provincial consideró que resultaba improcedente la apertura de la Sección Sexta que se ordenó en la Sentencia aprobatoria del convenio propuesto por CONFECCIONES GUERRAL S.A., al concluir que en la redacción del artículo 167 LC suministrada por la Ley 38/2011 bastaba para que no tuviese lugar su apertura con que se incluyese en el convenio una quita inferior al tercio o una espera inferior a tres años. Así, según el criterio expresado en la resolución mencionada, "basta con que concurra una de las excepciones para que la calificación no deba abrirse".

FUENTES DEVESA ("La calificación concursal en caso de convenio", ADCo nº 42/2017), distingue los supuestos en los que procede la apertura o la reapertura de la sección de calificación en supuestos de incumplimiento del convenio. Si el convenio frustrado era no gravoso, como ocurre en este caso, debe procederse a la apertura y a la formación de la sección de conformidad con el artículo 167.1 LC .

Al tenor del artículo 167, apartado 1, párrafo 1º, LC " *la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias* " .

Por lo que respecta al ámbito de enjuiciamiento en el caso de convenios benignos, señala FUENTES DEVESA que podrán enjuiciarse, una vez acaecido el fracaso de la solución convenida, tanto las conductas a la



aprobación del convenio como las realizadas durante su vigencia. Por tanto, una vez abierta la sección de calificación por el incumplimiento del convenio no gravoso, será posible analizar la conducta post- convenio del deudor desde la perspectiva de la causa de culpabilidad concursal del artículo 164.2.3º LC y las conductas anteriores a la aprobación del convenio.

Al respecto, la STS nº 29/2013, de 12 de febrero , [RJ 2013/4934], da respuesta a la interpretación del art. 167.2 LC , en relación con los arts. 168 , 169 , 163.1.1 º y 164.2.3º LC , en concreto, en relación a las causas o motivos por los cuales puede juzgarse la calificación de concurso en caso de que la sección de calificación se hubiera abierto como consecuencia del incumplimiento de un convenio que no determinó una previa apertura de la sección de calificación.

La resolución mencionada examina el régimen previsto en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011 y concluye:

"...la Ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un convenio "no gravoso" para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación. Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el art. 163.1.2º prescribía "la formación de la sección de calificación del concurso (...) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación".

*Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC , pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3ºLC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que **la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio "poco gravoso" pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC , y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3ºLC ("incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado)".***

Por lo que respecta al alcance de la sección de calificación reabierta tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio, la STS de 13 de abril de 2016 , [RJ 2016/1493], reconoce que han surgido tanto en la doctrina como en la práctica concursal dos tesis: la que sostiene que debe limitarse a las causas del incumplimiento, conforme se desprendería de una interpretación literal de los arts. 168.2 y 169.3 LC , y la que mantienen quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC .

A continuación, la Sala Primera recuerda que se anticipó implícitamente la solución en la STS nº 29/2013, de 12 de febrero (RJ 2013, 4934) y concluye que, a estos efectos, ha de darse el mismo tratamiento a la reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de cumplimiento:

"...la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado".

Por ello, se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

"La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 º, 167.2 , 168.2 y 169.3 LC . Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado".

CUARTO .- Causas de culpabilidad concursal del artículo 164.2 LC

Como ha reiterado la jurisprudencia (entre otras, STS de 6 de octubre de 2.011 , 21 de mayo de 2.012 y 16 de julio de 2.012), los supuestos del artículo 164.2 LC son criterios legales de determinantes de la calificación de concurso como culpable "en todo caso", en atención a la ejecución por el sujeto agente de las conductas descritas sin que resulte necesario que dichas conductas hayan contribuido a la generación o agravación de la insolvencia.

Las SSTs de 6 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1084) (ponente Sr. Ferrándiz Gabriel) y 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368) (ponente Sr. Corbal Fernández), reiteradas por la STS de 5 de junio de 2015 (RJ 2015, 2508) (ponente Sr. Sastre Papiol), ya señalaron que las conductas descritas en el art. 164.2 LC no son presuntivas



de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial "en todo caso, el concurso se calificará culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes:..." Conductas a las que no cabe exigir además el elemento intencional, salvo la que corresponde a la propia conducta, ni el resultado de generación o agravación de la insolvencia y sólo condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

La STS de 24 de octubre de 2017 reitera que " el artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que "En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)". Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que - cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, sentencias de esta Sala 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 492/2015, de 17 de septiembre ; 492/2015, de 17 de septiembre ; y 269/2016, de 22 de abril)".

Para DÍAZ ECHEGARAY la tipificación de los ilícitos civiles a los que se aplican las presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable evita que el juez al fundamentar su resolución deba valorar la concurrencia del requisito subjetivo del dolo o culpa grave y el nexo causal entre dicho hecho y la agravación o causación de la insolvencia. La función del juez se limitará en estos supuestos a constatar si el concurso va acompañado de la concurrencia de los hechos de calificación previstos en el artículo 164.2 LC (DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Calificación del concurso, doctrina y jurisprudencia*, Civitas, 2015, p.85).

1. IRREGULARIDADES CONTABLES RELEVANTES

Con fundamento en el artículo 164.2.1º LC, la administración concursal y el Ministerio Fiscal sostienen que el concurso de CONFECCIONES GUERRAL S.A. debe ser declarado culpable al existir irregularidades contables relevantes que impiden comprender la situación patrimonial o financiera de la concursada.

Dentro de la categoría general de "errores e incumplimientos de la normativa contable" se incluyen todos aquellos preceptos de la ley concursal que, de un modo u otro, sancionan la inobservancia -intencionada o no- de la normativa contable (GURREA MARTÍNEZ, A., *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Civitas, 2016, p. 118).

El artículo 164.2.1º LC establece que en todo caso se calificará el concurso como culpable " cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara ".

La norma invocada - artículo 164.2.1º LC - exige tanto para la irregularidad contable como para el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad que goce de trascendencia o relevancia: la calificación de culpabilidad se produce por un déficit de información para poder valorar la conducta del concursado en relación con el origen o el empeoramiento de la situación que ha dado lugar a la declaración de concurso (SAP de Madrid de 30 de enero de 2009).

La SJM nº 1 de Alicante de 16/10/2015 [2015/249052] define el concepto de irregularidad contable relevante asociando el concepto amplio a aquellos supuestos en que exista una infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados y el concepto estricto lo reconduce a supuestos que impliquen la infracción legal sobre la forma de llevanza de la contabilidad.

Uno de los principales problemas prácticos que suele suscitarse es la insuficiencia probatoria en la que incurre la AC o el MF a los efectos de acreditar la concurrencia de todos los elementos que integran la presunción *iuris et de iure* de culpabilidad concursal prevista en el artículo 164.2.1º LC .

Advierte MUÑOZ PAREDES que la previsión de la irregularidad contable dentro del elenco de presunciones absolutas del artículo 164.2 LC provoca en ocasiones cierto relajamiento de la administración concursal, que se limita a exponer en su informe de calificación datos contables sin invocar qué norma o principio contable ha sido infringido, ni justificar hasta qué punto se ha distorsionado la imagen fiel (MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la responsabilidad de los administradores*, Volumen II, ob. cit., p. 281).

Incumben a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la carga de acreditar: i) la irregularidad contable cometida; y, ii) su relevancia cuantitativa o cualitativa, así como la consecuente imposibilidad de conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la empresa.



Por tanto, si bien carece de trascendencia la prueba del elemento intencional de los administradores al cometer la irregularidad contable relevante (SAP de Madrid de 7/5/2012 , SAP de Pontevedra de 26/7/2012 , entre otras), el paso previo lo constituye la prueba de la existencia de tal irregularidad contable, de su relevancia y de cómo ha incidido en la imposibilidad de conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la sociedad: la irregularidad contable ha de ser relevante y, por ello, habrá de acreditarse que ha dificultado o impedido conocer las causas reales de la insolvencia o, por ejemplo, que ha provocado o ha generado la posibilidad de que terceros contratasen con el deudor por la inexactitud de la información suministrada.

Se afirma por parte de la AC y del MF que se habrían cometido irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. En concreto, se señala que las pérdidas del ejercicio cerrado a 2013/2014 no responden a la realidad de la compañía, sino que habrán de ajustarse a la cantidad de -400.000 euros. El resultado de -64.864 euros tendría su causa en una condonación por parte de un socio; sin embargo, éste después comunicó el crédito por el citado importe.

La irregularidad contable denunciada no puede tener tal consideración. El hecho de que se comunicase el crédito por parte del socio que condonó la deuda a la concursada; la condonación, según señala el informe pericial aportado a autos, figura en los libros diarios legalizados en el Registro Mercantil (folio 15 del informe, en el que se señala que la condonación se hizo efectiva el día 31 de marzo de 2014 y se mantiene hasta el último libro diario analizado, ejercicio 2016/2017). Por otra parte, en los libros figura también que con carácter previo a la declaración de concurso las socias aportaron a la sociedad más de un millón de euros y, a título personal, Víctor Manuel hizo aportaciones por 55.000 euros. Por ello, la comunicación realizada a la AC por Víctor Manuel una vez declarado el concurso - aportada por la AC en el acto de la vista- no desvirtúa la realidad de la información que figura en la contabilidad de la concursada. Si se hizo una comunicación errónea o carente de justificación por parte de uno de los acreedores, lo que debió hacer la administración concursal es no reconocer el crédito, abriendo con ello la vía a la posibilidad de impugnar por el cauce del artículo 96 LC . Pero, tal y como se plasma al folio 15 del dictamen pericial, en el detalle de movimientos de la cuenta NUM000 , se registró contablemente la condonación por el importe indicado y existe además constancia documental en los libros diarios e impuestos sobre sociedades.

Por tanto, el asiento contable descrito supuso que la concursada sí reflejase contablemente la verdadera situación financiera y patrimonial de la compañía. Se descarta por ello la comisión de la irregularidad contable derivada de la práctica de dicho asiento contable, pues es evidente que no se impidió comprender la situación patrimonial o financiera del deudor.

Por último, tampoco se ha identificado la norma o principio contable infringido ni se ha construido una argumentación suficiente de la que sea posible concluir que las hipotéticas irregularidades relevantes hayan impedido conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la mercantil concursada.

La SAP de Pontevedra nº 208/2013, de 2 de mayo , [LA LEY 76836/2013], incide en la insuficiencia probatoria en que incurren los dos informes de calificación existentes en la sección, lo que constituye una defectuosa articulación de los elementos que permiten apreciar la presunción *iuris et de iure* de concurso culpable del artículo 164.2.1º LC :

"... la administración concursal y también el Ministerio Fiscal se limitan a destacar cuáles son aquellos aspectos de las cuentas que merecen la calificación de "irregularidad", pero no alcanzamos a entender la repercusión que ha tenido en el concurso a los efectos del concepto de "relevancia" que hemos concretado supra.

[...]

Esto es, no basta con la prueba de la irregularidad contable, sino que se precisa la concreta acreditación de la repercusión que ello tiene en la imagen fiel de la sociedad y vulneración de los principios contables en el caso concreto de cada partida, sin remisiones a un pretendido informe definitivo, que sí obra en la causa, pero dejando al albur de la actuación del juzgador la búsqueda y en ocasiones "adivinanza" de a qué período fiscal se está refiriendo el administrador o a que particular partida en la denuncia de la irregularidad contable "

La insuficiencia probatoria en la que suelen incurrir tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal provoca con frecuencia pronunciamientos judiciales desestimatorios de la concurrencia de la causa de culpabilidad concursal prevista en el artículo 164.1.1º LC cuando no se ha justificado de manera suficiente ni la relevancia cuantitativa o cualitativa de la irregularidad contable, ni se ha construido una argumentación suficiente de la que sea posible concluir que aquella hipotética irregularidad ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la concursada.

Así sucede en el presente caso, por lo que debe desestimarse la petición de declaración de culpabilidad concursal que tanto la AC como el MF han fundado en la causa del artículo 164.2.1º LC .



2. SALIDA FRAUDULENTE DE BIENES DEL ARTÍCULO 164.2.5º LC

La SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2009 , [JUR 2009/411481] se ocupa de deslindar la causa de culpabilidad concursal del artículo 164.2.4º LC de la prevista en el número siguiente (salida fraudulenta de bienes):

*"La interpretación literal del precepto debemos integrarla con otros criterios hermenéuticos, entre los que se encuentra el sistemático. En el mismo apartado 2 del art. 164 LC , se regula otra conducta que lleva consigo, también en todo caso, la calificación culpable del concurso: "cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos" (art. 164.2.5º LC). La inclusión de ambas conductas en el mismo listado, y que esta segunda, que podemos rubricar genéricamente de "enajenaciones fraudulentas", esté limitada en el tiempo, pues solo se tipifican las realizadas dos años antes de la declaración de concurso, nos debe conducir a dos iniciales conclusiones: primero, parece que el "alzamiento de bienes" y las "enajenaciones fraudulentas" deben de tratarse de conductas distintas, que por lo tanto pueden diferenciarse; y, segundo, **el "alzamiento de bienes" es más grave que las "enajenaciones fraudulentas", pues no está sujeto a ninguna limitación temporal** . Esto último, viene reforzado porque fuera de la regulación concursal, el alzamiento de bienes está tipificado como delito, prácticamente empleando la misma dicción literal, en el art.*

257 CP, mientras que las enajenaciones fraudulentas de bienes y derechos del patrimonio del deudor no están tipificadas como tales en el Código Penal, y sí constituyen, en principio, el objeto de la acción pauliana. Esto es, una acción que permite impugnar actos válidos, afectados por una ineficacia funcional y no estructural.

*De este modo, con carácter general debemos partir de que **la Ley tipifica dos conductas distintas en el nº 4 y en el nº 5 del art. 164.2 LC , sin perjuicio de que, excepcionalmente, alguna enajenación fraudulenta reúna también los requisitos constitutivos del alzamiento de bienes, pueda ser calificada como tal y consiguientemente no opere la limitación temporal** . Y así, acudiendo al anterior juicio comparativo, del mismo modo que en algún caso excepcional el fraude de acreedores con que se realiza una enajenación puede llegar a viciar la propia causa del negocio, convirtiéndola en ilícita, como ocurrió en el supuesto enjuiciado en la STS 27 de marzo de 2007 [2007/1616], también una enajenación fraudulenta podría excepcionalmente equipararse al alzamiento de bienes".*

La salida fraudulenta de bienes o derechos no guarda conexión con la clandestinidad del acto, que sí justificaría el alzamiento de bienes del artículo 165.1.4º LC . Las SSTS de 27 de marzo de 2014 , [RJ 2014/2147], de 10 de abril de 2015, [RJ 2015/1517], y 22 de abril de 2016 , [RJ 2016/2409], así lo afirman: el elemento del fraude ha de relacionarse con el artículo 1291.3 CC y así *"la salida fraudulenta que exige el artículo 164.2.5.º LC no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener el deudor de ocasionar un perjuicio a los acreedores"* .

Se afirma por la AC y por el MF que meses antes de la declaración de concurso se vendieron cuatro turismos propiedad de la concursada a la administradora Guillerma y familiares por un precio inferior a su valor de mercado. Ello habría supuesto para la sociedad una pérdida estimada de 12.911 33 euros -diferencia entre el valor de los vehículos y el precio de venta-

Sostienen las personas afectadas por la calificación que el aserto que se realiza en el informe de calificación y en el dictamen del MF no es cierto, ya que el valor neto contable de los vehículos (valor de adquisición menos amortización acumulada) sería de cero euros al tiempo de la transmisión. Se afirma por la AC y por el MF que, de conformidad con la Orden HAP/2724/2012, de 12 de diciembre, el valor de los vehículos transmitidos sería de 18.070 euros. En cambio, para las personas afectadas, esta valoración no es correcta, ya que no se tiene en cuenta el estado de los vehículos o el kilometraje. La cantidad que ha recibido la sociedad por la venta de estos vehículos asciende a 5.15867 euros.

Al respecto, lo determinante para la consideración de esta venta previa a la declaración de concurso como un supuesto de salida fraudulenta de bienes es que esta enajenación pueda ser reputada de perjudicial para la masa activa.

Ciertamente, el examen de la misma conducta podrá acometerse en el seno de la Sección Sexta y desde la perspectiva de su carácter perjudicial para la masa activa, como reconoce la STS nº 269/2016, de 22 de abril , [RJ 2016/2409].

En el presente caso, en el informe del artículo 75 LC - folio 24-, la AC aludía a esta operación realizada por el deudor dentro del período sospechoso, y de forma algo confusa invitaba a que los acreedores formularan el requerimiento al que se refiere el artículo 72.1 LC .



Ello supone que el mismo acto o negocio jurídico pueda ser rescindible y motivar la calificación culpable del concurso por subsunción en el artículo 164.2.5º LC - cfr. SJM nº 3 de Pontevedra de 14 de marzo de 2014, [JUR 2014/114818]-. Sin embargo, los presupuestos de ejercicio de la acción rescisoria no resultan coincidentes con los que han de operar en el ámbito de la culpabilidad concursal y así el fraude es un elemento accidental en la acción rescisoria concursal y ha sido mitigado en su rigor por vía jurisprudencial en la acción pauliana haciendo primar el daño al derecho de crédito sobre el elemento intencional. En relación a la exigencia del *consilium fraudis* para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores -cfr. artículo 1111 y 1291 CC -, se ha mitigado el rigor en su interpretación, hasta el punto de que " *basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, scientia fraudis* " (SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Tirant lo Blanch, pág. 53, con cita de la STS nº 406/2010, de 25 de junio).

En esta línea se postula la SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2013 , [JUR 2014/9530], al admitir la compatibilidad entre la interposición de una acción rescisoria concursal para impugnar un acto dispositivo del deudor que igualmente se ha enjuiciado desde el prisma del artículo 164.2.5º LC , con resultados dispares en cada uno de estos ámbitos, según se haya logrado acreditar el fraude -en la causa de culpabilidad concursal- o el perjuicio a la masa activa -en la rescisión concursal-.

Ahora bien, paso previo para la calificación de un determinado acto dispositivo del deudor realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso como un supuesto de salida fraudulenta de bienes habrá de ser el carácter lesivo del acto en cuestión. Y, en este caso, ni la AC ni el MF han practicado prueba tendente a acreditar esta circunstancia, pues se limitan a realizar una remisión a la Orden HAP 2724/2012, de 12 de diciembre. Como expresa el dictamen pericial aportado a autos, el importe de 5.158 euros refleja el beneficio que han supuesto para la empresa las operaciones reflejadas en los libros legalizados y se ha producido el ingreso del importe de las facturas en las cuentas de la sociedad. Por lo que respecta al valor de transmisión, se aclara en el informe que los vehículos están totalmente amortizados si se atiende a criterios contables; además, la amortización se calcula para el período de vida útil de los vehículos, de forma que la operación no resulta perjudicial para la sociedad.

Si la operación no puede reputarse lesiva para la sociedad decaerá la procedencia del análisis de la eventual fraudulencia del acto para dar subsunción al mismo en la causa de culpabilidad del artículo 164.2.5º LC .

3. INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONCURSADO - ARTÍCULO 164.2.3º LC -.

Ni en el dictamen del Ministerio Fiscal ni en el informe de la AC se invoca explícitamente la causa de culpabilidad concursal del artículo 164.2.3º LC . Lo que sí se hace en este informe es relatar determinados hechos que habrían acaecido con posterioridad a la declaración de concurso de CONFECIONES GUERRAL S.A. como son la existencia de pérdidas acumuladas en el período que comprende desde el ejercicio 2014/2015 a 2016/2017 y la existencia de operaciones con partes vinculadas. Además, se afirma que la actividad de la concursada continuó siendo deficitaria tras la aprobación del convenio y que tuvo lugar un envilecimiento de la situación del deudor en perjuicio de los acreedores. El único sustento probatorio para dar apoyo a estas afirmaciones consiste en la aportación de los impuestos de sociedades de los ejercicios 2014 a 2016.

Con carácter previo a las puntualizaciones que se efectuarán de inmediato en relación a la conducta observada por el concursado tras la aprobación judicial del convenio y hasta la apertura de la liquidación concursal, sí conviene incidir en la defectuosa técnica empleada en la confección del informe de calificación. Se invocan hechos anteriores y posteriores a la declaración de concurso de la sociedad - folios 4 a 6 del informe-, para más adelante limitarse a solicitar la calificación culpable por las causas del artículo 164 y 165 LC -en concreto, arts. 164.1, en relación a los artículos 165.1.1º y 3º LC , y arts. 164.2.1º y 5º LC -.

Es importante incidir en que la designación de Victor Manuel y de Sebastián como administradores solidarios de la compañía se había producido el día 30 de septiembre de 2011 y que su duración se estableció hasta el día 30 de septiembre de 2016. Al tenor de lo establecido en el artículo 222 TRLSC, se había producido la caducidad del nombramiento, pues este precepto señala que " *el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior*". En efecto, cuando tuvo lugar la apertura de la liquidación el cargo de ambos administradores sociales se encontraba caducado.

Por otra parte, ante la notable insuficiencia probatoria en la que se ha incurrido en el informe de calificación, sólo cabe concluir que no se ha probado la realización de actuación alguna por parte del deudor que haya contribuido causalmente a la imposibilidad de cumplimiento del convenio.

Basta señalar a este respecto que ni se alega esta causa ni tampoco se acredita actuación alguna que supusiera un agravamiento de la insolvencia de la compañía y que, por esta vía, provocase más tarde la imposibilidad de cumplir con los compromisos asumidos por el deudor. Nada constata la mera afirmación de la existencia de pérdidas acumuladas ni el supuesto envilecimiento de la situación del deudor, respecto del que nada se prueba más allá de una vaga referencia a la "deficitaria" actividad de la concursada. Lo mismo cabe decir en relación a la existencia de operaciones con partes vinculadas, cuestión a la que se hará mención al analizar la conducta del deudor desde la perspectiva de la cláusula general.

QUINTO.- Cláusula general del artículo 164.1 LC

A diferencia de lo que sucede con las causas de culpabilidad concursal del artículo 164.2 LC, que determinan la calificación " *en todo caso* ", sin necesidad de que los comportamientos descritos incidan en la generación o agravación de la insolvencia, cuando la calificación se fundamenta en la causa abierta o general del artículo 164.1 LC la Ley facilita la prueba mediante las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 LC.

La AC y el Ministerio Fiscal consideran que sería de aplicación la causa abierta o general del artículo 164.1 LC. Se invocan las presunciones del artículo 165.1.1º y 3º LC.

Con carácter previo al examen de la concurrencia de estas presunciones de culpabilidad concursal, debe realizarse un análisis del supuesto agravamiento de la insolvencia que tanto la AC como el MF entienden que se habría causado como consecuencia de las operaciones que figuran en la contabilidad con parte vinculadas. Se indica que el saldo a fecha de concurso era de 298.506 euros y que a fecha actual asciende a 302.185 euros.

En relación a este punto de ambos informes de calificación, el emitido por la AC mezcla confusamente un hecho que afirma que es " *anterior a la declaración de concurso* " con lo que habría acaecido después de su declaración. Al margen de esta cuestión, sólo puede decirse si se analizan las operaciones con partes vinculadas desde la perspectiva de la cláusula general del art. 164.1 LC que lo único que se hace es afirmar que existen operaciones con parte vinculadas, sin mayor explicación o detalle acerca de su trascendencia a los efectos de la calificación culpable del concurso. El informe pericial afirma que se trata de créditos y no de deudas con partes vinculadas; asimismo, se señala que las deudas eran muy superiores a los créditos concedidos. En todo caso, lo relevante es que la mera existencia de operaciones con partes vinculadas, que aumenten o vean reducida su cuantía, no es suficiente para apreciar un agravamiento de la insolvencia de la compañía.

El artículo 165 LC ha sido modificado por el artículo único 3.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de modo que el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hayan incurrido en alguna de las conductas descritas en el precepto mencionado.

Tanto la AC como el MF sostienen que el concurso ha de declararse culpable al amparo del artículo 164.1 LC y ello se conecta en el informe de calificación y dictamen presentados a los siguientes hechos:

Las operaciones con empresas vinculadas, cifradas en la suma de 302.18531 euros, que habrían agravado la insolvencia.

Se invoca la presunción del artículo 165.1.1º LC: se afirma que la insolvencia ya concurría con carácter previo a la solicitud de concurso y se agravó durante la fase de convenio.

Se invoca la presunción del artículo 165.1.3º LC: se indica en el informe de calificación que las últimas cuentas auditadas son las correspondientes al ejercicio 2011/2012 y que en los dos ejercicios siguientes se incumplió el deber de someter a auditoría las cuentas anuales de la sociedad. En cuanto a los hechos posteriores a la declaración de concurso, se afirma que la concursada no ha depositado sus cuentas anuales.

1. Análisis de las presunciones del artículo 165 LC

La actual redacción del artículo 165 LC aclara las dudas interpretativas surgidas en torno a la extensión del juego de la presunción contenida en este precepto, las cuales tuvieron su reflejo en el ámbito jurisprudencial a partir de la anterior redacción de la norma que literalmente disponía que " **se 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...". Esta dicción empleada por el legislador condujo a la doctrina a mantener que la inicial redacción del artículo 165 LC limitaba el efecto presuntivo al elemento intencional (dolo o culpa lata) y que, en juego con la cláusula general del artículo 164.1 LC, justificaba la calificación culpable del concurso.

Tras la reforma, se clarifica que una vez acreditada alguna de las conductas que describe el artículo 165 LC, 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. La STS de 1 de junio de 2015 [RJ 2015/2494], insiste en que



el artículo 165 LC no contiene un tercer criterio respecto de los dos del art. 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" [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita (...), que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la agravación de la insolvencia*".

En cuanto a las conductas omisivas del deudor que se concretan en el artículo 165.1 LC , se conectan con deberes legalmente impuestos y que se identifican como el deber de solicitar la declaración de concurso (artículo 5 LC), el deber de colaboración del deudor consagrado en el artículo 42 LC y el deber de llevanza de la contabilidad que se contempla en el artículo 25 CCom : respecto de todos ellos, la doctrina ha considerado que se justifica su inclusión en el catálogo de presunciones *iuris tantum* del artículo 165 LC por tratarse de incumplimientos idóneos para producir el efecto dañoso de causación o agravamiento de la insolvencia.

A) *Examen de la presunción de culpabilidad del artículo 165.1.1º LC .*

Como se acaba de avanzar, para que la norma pueda desplegar todos sus efectos, se requerirá de una actividad probatoria suficiente encaminada a demostrar el retraso en la solicitud de concurso. Para desactivar esta presunción, será preciso acreditar hechos o circunstancias que permitan considerar razonable la espera superior a dos meses desde que se conoció o se debió conocer el estado de insolvencia - STS de 3 de noviembre de 2016 , [RJ 2016/5199]-.

Igualmente pacífica es la doctrina que interpreta conjuntamente el artículo 5.1 LC -en el que se impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia- y el artículo 2.2 LC -en el que se define el estado de insolvencia como la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles-, para así sostener que sólo el deudor que se encuentra en situación de insolvencia actual está obligado a instar la declaración de concurso. En relación a esta cuestión, la SAP de Madrid nº 115/2009, de 8 de mayo , distingue a estos efectos entre la insolvencia actual y la inminente y considera que en este último caso no concurre el supuesto de hecho del artículo 165.1.1º LC . Igualmente relevante es la integración de esta presunción con la causa de calificación culpable regulada en el artículo 164.1 LC ya que, como aclara la STS de 21 de mayo de 2015 , [RJ 2015/1881], el concurso se declara culpable porque la insolvencia se agravó debido al retraso en la solicitud: la Sala califica al agravamiento de la insolvencia como el elemento preponderante, objetivo y subjetivo, de esta causa de calificación culpable del concurso.

Por tanto, si cuando se interesó la declaración de concurso voluntario de la sociedad había transcurrido con creces el plazo de dos meses establecido legalmente para presentar la solicitud de concurso voluntario, podrá aplicarse la presunción de culpabilidad del artículo 165.1.1º LC , lo que liberará a la administración concursal y al Ministerio Fiscal de la carga de probar no sólo el elemento subjetivo de imputación-dolo o culpa grave en su actuación- sino también la incidencia causal de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia. Correlativamente, habrá de ser la persona afectada por la calificación la que acredite que la demora en la solicitud de concurso no provocó el agravamiento de la insolvencia o que, en su caso, no concurrió dolo o culpa grave en su actuación - *vid* . SSTS de 17 de septiembre de 2015 y 22 de abril de 2016 -.

En el presente caso no se hace un análisis expositivo lo suficientemente sólido que permita concluir que se ha activado la presunción del artículo 165.1.1º LC . Así, en el informe de la AC se hacen varias afirmaciones relacionadas con las pérdidas que presentó la sociedad en los ejercicios 2011/2012, 2012/2013 y 2013/2014 y, en relación a los hechos posteriores a la declaración de concurso, se afirma que las pérdidas también concurrieron en los ejercicios 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017. Además, se añade que el deudor estaba incurso en causa legal de disolución por lo menos desde el cierre del ejercicio 2012/2013 y, en todo caso, desde que en fecha 30 de septiembre de 2016 los administradores solidarios cesaron en su cargo; se califica de " *deficitaria* " la actividad de la concursada y se remite esta circunstancia al ejercicio 2012/2013. La invocación de la presunción del artículo 165.1.1º LC se efectúa al folio 9 del informe de calificación emitido por la AC, sin mayor esfuerzo argumental ni identificación concreta del supuesto incumplimiento del deber de solicitar el concurso imputable a la concursada.

Además, ninguna de las circunstancias alegadas por la AC, aisladamente consideradas, sustenta la calificación del concurso como culpable previa la apreciación de la existencia de una demora en la solicitud de concurso por parte del deudor.

En cuanto a las pérdidas calificadas como causa de disolución societaria y la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso, la STS de 1 de abril de 2014 recuerda que no pueden confundirse la situación de insolvencia y la de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores sociales de llevar a cabo las actuaciones que se imponen en la legislación societaria



encaminadas a la disolución de la sociedad. La resolución mencionada añade que puede ocurrir que " *el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo, y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación* ".

La SJM nº 1 de Oviedo de 27 de junio de 2016, [AC 2016/1370], nos ilustra acerca de la distinción entre los conceptos de desbalance e insolvencia y reconoce la confusión en la que frecuentemente se incurre al tratar de diferenciar ambos estados: sólo las pérdidas cualificadas constituyen causa de disolución societaria -v. gr. artículo 363.1.e) LSC -, mientras que la insolvencia obliga al deudor a solicitar el concurso. La situación de pérdidas cualificadas es un estado contable, en tanto que la insolvencia es un estado económico- financiero:

"Así como la causa de disolución por pérdidas cualificadas es una situación de desequilibrio contable, constatable con un simple visionado de las cuentas anuales, lo que permite a la jurisprudencia hacer coincidir la presunción de su conocimiento con el momento de su formulación, la insolvencia es compatible con un balance saneado, pues lo que la define es la falta de liquidez para asumir las obligaciones exigibles".

La resolución mencionada cita, a los efectos de delimitar la noción de insolvencia, la SJM nº 1 de Palma de Mallorca de 13 de noviembre de 2013 (AC 2013/2281), que descompone la definición del art. 2 LC y señala que *"[i]nsolvencia concursal no es iliquidez transitoria, no se identifica con desbalance, sino con la falta de capacidad de cumplir con las obligaciones exigibles, de forma regular, acudiendo a fuentes económico- financieras en condiciones normales de mercado "*.

Por su parte, la STS nº 590/2013, de 15 de octubre , [RJ 2013/7253], se pronuncia sobre el deber de promover la disolución de una sociedad cuando ésta se encuentra en causa legal de disolución por pérdidas y también en situación de insolvencia. Para la Sala Primera el estado de insolvencia no constituye una causa que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad, sino que son las pérdidas cualificadas las que obligan a los administradores a promover la disolución:

"El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia (PROV 2012, 390344) recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.

Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL , y ahora en el art. 365 LSC . Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art.145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la Audiencia infringió los preceptos mencionados".

En la misma línea se pronuncian las SSTS de 7 de mayo de 2015, [RJ 2015/2237], y de 22 de abril de 2016, [RJ 2016/2409]. En coherencia con las consideraciones anteriores, la Sala Primera ha afirmado de forma reiterada que el deber de solicitar el concurso surge de cuando se conoce, o se debió conocer, la situación de insolvencia, aunque no pueda referenciarse a un día exacto: bastará con la ubicación temporal en un momento anterior a los dos meses a que alude el artículo 5 LC . En este sentido se pronuncia la STS de 27 de octubre de 2017 .

En los informes de calificación que confecciona la administración concursal se incurre con frecuencia en el error de sustentar la calificación culpable sobre la base de un reproche a la conducta omisiva consistente en no adoptar medidas dirigidas a disolver la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución por pérdidas y presentar fondos propios negativos en paulatino aumento en los últimos ejercicios contables.

En suma, debe distinguirse entre responsabilidad concursal y societaria, a pesar de que ambas puedan coexistir en determinados casos o presentar zonas comunes en otros. La STS de 22 de abril de 2016 , [RJ 2016/2409], parte en esta distinción de la diversidad de bienes jurídicos protegidos y de la razón de ser de ambas responsabilidades, ya que " *en el concurso de acreedores, el bien jurídico protegido es la masa activa y pasiva del concurso, y mientras que en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC "* .



Ningún esfuerzo argumentativo se ha efectuado en el informe de calificación presentado. Sólo se alude a la existencia de pérdidas y a la concurrencia de causa legal de disolución. No se concreta, ni tan sólo de forma aproximativa, la fecha en que la sociedad ya se hallaría en situación de insolvencia. La insuficiencia probatoria ha de conducir a la conclusión de que no se ha acreditado la concurrencia de los hechos que activan la presunción del artículo 165.1.1º LC .

Lo mismo cabe decir del dictamen del MF. Se afirma como punto 5º del dictamen presentado que concurre la presunción de concurso culpable del artículo 165.1.1º LC ya que cuando se produjo la declaración de concurso la sociedad llevaba más de tres meses sin pagar nóminas o retribuciones de los trabajadores de la empresa. Se invoca el artículo 5.2 LC y así se entiende que cabe presumir que el deudor debió conocer su situación de insolvencia al menos desde el cuarto trimestre de 2013.

Al respecto, basta señalar que la afirmación contenida en el dictamen del MF acerca del incumplimiento de la obligación de pago de salarios a los trabajadores carece de cualquier apoyo probatorio. Se trata de una afirmación contenida en el dictamen del MF pero carente de todo sustento documental. Tampoco se han practicado a su instancia otros medios de prueba que acrediten la realidad de este aserto. Es más, del examen de la lista de acreedores confeccionada por la AC únicamente se constata que existen créditos a favor de los trabajadores de la empresa; pero la falta de concreción de la fecha de vencimiento de estos créditos, que no se especifica en la lista de acreedores, lo que impide determinar si efectivamente se trataba de un incumplimiento generalizado del pago de salarios o de indemnizaciones de los trabajadores en los términos del artículo 2.4 LC .

Por último, es importante destacar que la presunción del artículo 165.1.1º LC no se activa en supuestos de retraso en la apertura de la liquidación concursal, ya que la solicitud tardía de la liquidación no está prevista específicamente como causa de culpabilidad concursal y no se admite la traslación directa del tipo del artículo 165.1.1º LC al deber que se impone al deudor de solicitar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél -cfr. STS de 13 de abril de 2016 , [RJ 2016/1493]-.

B) Examen de la presunción de culpabilidad del artículo 165.1.3º LC .

La SAP de Barcelona nº 382/2014 , [JUR 2015/11611], deslinda el supuesto de culpabilidad concursal contemplado en el artículo 164.2.1º LC de la presunción *iuris tantum* del artículo 165.1.3º LC e introduce interesantes consideraciones en relación a esta cuestión:

"8. El incumplimiento del deber de llevar la contabilidad , como hemos venido sosteniendo de forma muy reiterada (entre otras muchas puede verse nuestra Sentencia de 17 de marzo de 2014 -ROJ: SAP B 2929/2014 -) y como expresa la propia norma, ha de ser sustancial, esto es, ha de tener entidad suficiente como para impedir que la contabilidad que, en su caso, se pudiera llevar, permita conocer la situación económica y patrimonial del deudor concursado. Por consiguiente, no cualquier incumplimiento de las obligaciones contables comporta que se pueda aplicar la presunción de culpabilidad del artículo 164.2.1.º LC sino tan solo aquellos supuestos en los que el incumplimiento tenga cierta relevancia, esto es, impida que la contabilidad cumpla con la finalidad que le es propia, ofrecer la imagen fiel de las cuentas sociales . Así lo decíamos también en nuestra Sentencia de 8 de mayo de 2014 (ROJ:SAP B 5128/2014).

El problema está en determinar cuándo el incumplimiento es sustancial y cuándo carece de tal carácter. La doctrina propone que para ello es preciso llevar a cabo una interpretación sistemática y finalista de la norma que permita dotarla del contenido correcto.

9. A partir de la interpretación sistemática, la norma debe ser puesta en relación con el artículo 165.3 LC , norma que se refiere a otros incumplimientos contables que sin duda carecen del carácter sustancial que exige el artículo anterior.

Por consiguiente, debemos concluir, a partir de lo que expresa el artículo 165.3.º que no constituyen supuestos de incumplimiento sustancial la falta de formulación de las cuentas, no haberlas sometido a auditoría debiendo hacerlo o no haberlas depositado en el Registro Mercantil . Es obvio que esas conductas no son irrelevantes, en la medida en que constituyen una presunción iuris tantum de culpabilidad ; lo que ocurre es simplemente que no permiten considerar el concurso culpable "en todo caso" sino que constituyen una presunción de culpabilidad que podrá ser disipada mediante la prueba de que no existe dolo o culpa grave en la conducta de la concursada".

Se invoca la presunción del artículo 165.3 LC (" El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: ... 3º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo , o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso ").



La deudora no presentó ni depositó en el Registro Mercantil las cuentas anuales de los ejercicios 2012/2013 y 2013/2014. Tampoco sometió a auditoría las cuentas anuales de los ejercicios económicos 2012 y 2013, pese a que estaba obligada a ello.

Al respecto, conviene aclarar que en estos dos ejercicios contables era obligatoria la auditoría de cuentas (folio 11 del informe pericial). También es importante destacar que los ejercicios contables de la sociedad no coinciden con los años naturales, sino que se desarrollan desde el día 1 de abril hasta el día 31 de marzo. Por ello, los límites legales para la formulación, aprobación y presentación o depósito de las cuentas anuales serían los siguientes: 30 de junio, formulación de cuentas anuales; 30 de septiembre, aprobación de cuentas anuales; 30 de octubre, depósito de cuentas anuales.

Se afirma que no fue posible auditar las cuentas anuales de los ejercicios económicos 2012 y 2013, ya que no se formularon por parte de los administradores sociales, Víctor Manuel y Sebastián. Sin embargo, tras el examen de la nota simple registral de la mercantil CONFECCIONES GUERRAL S.A., unida al informe de calificación, se comprueba que el último depósito contable fue el correspondiente al ejercicio 2011/2012 y que se practicaron varias inscripciones del siguiente tenor " *certif. o acta no aprobación de cuentas* ". El informe pericial unido a autos, llamativamente emitido por el propio auditor de la compañía, alude a la inscripción en el Registro Mercantil de la no aprobación de las cuentas que figura en fechas 22/7/2014, 27/2/2015, 5/2/2016 y 6/9/2016. Por tanto, al margen de lo que se puede considerar como una errónea referencia a la no formulación de cuentas, que se contiene en el folio 11 del informe pericial, lo que sí resulta claro es que en los ejercicios 2012/2013 y 2013/2014 la auditoría de cuentas era obligatoria y que se incumplió esta obligación de auditar.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la verificación de cuentas anuales tiene por objeto comprobar que éstas reflejan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad -cfr. Artículo 268 TRLSC-. De acuerdo con el artículo 272 TRLSC las cuentas anuales han de ser aprobadas por la Junta General y, a partir de la convocatoria de la junta, cualquier socio puede obtener copia de los documentos que han de ser sometidos a su aprobación, incluido el informe del auditor de cuentas. Ello supone que es incorrecta la afirmación sostenida por las personas afectadas para tratar de eludir su responsabilidad por la no aprobación de las cuentas anuales por la Junta General: si no se había emitido el informe de auditoría y éste era obligatorio, faltaba uno de los documentos que habían de ser sometidos a aprobación por la Junta.

Si la solicitud de concurso se presentó el día 28 de julio de 2014 y la declaración de concurso se produjo por Auto de 16 de septiembre de 2014, se constata el incumplimiento del deber de someter a auditoría en relación a las cuentas anuales de los ejercicios contables 2012/2013 y 2013/2014.

Ninguna relevancia tienen a los efectos de la entrada en juego del artículo 165.1.3º LC las manifestaciones del perito acerca de la legalización de los libros de la sociedad en el Registro Mercantil. Se alude a la relevancia de la información contenida en los libros diarios y se incide en que en ellos se reseñan las operaciones o hechos económicos de la operativa diaria de la empresa. Tal y como se ha dejado expuesto, no se ha invocado por este motivo la causa de culpabilidad concursal del artículo 164.2.1º LC. Lo alegado en los escritos de la AC y del MF es el incumplimiento de los deberes de sometimiento a auditoría y depósito de las cuentas anuales de alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso; desde este prisma se ha examinado la conducta del deudor y no desde la perspectiva de un eventual incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad.

En relación a los ejercicios contables posteriores a la declaración de concurso de CONFECCIONES GUERRAL S.A., ninguna relevancia tiene a los efectos de la aplicación de la presunción del artículo 165.1.3º LC la falta de presentación y depósito de las cuentas anuales de los ejercicios económicos de los años 2013 a 2016 y ello porque la norma acota su aplicación a los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Por su parte, la representación de Guillerma afirma en su escrito de oposición a la calificación que la administradora social realizó todas las actuaciones tendentes a la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2013 y siguientes. Ninguna explicación ni justificación de las que se han suministrado ampara el incumplimiento del deber de someter a auditoría las cuentas anuales en los dos ejercicios expresados.

En efecto, se ha incumplido el deber de someter a auditoría en relación a las cuentas anuales de los ejercicios contables 2012/2013 y 2013/2014. Por tanto, las manifestaciones sobre la voluntad de hacer cumplir con la obligación de formulación y depósito, así como sometimiento a auditoría de cuentas, en relación a las cuentas anuales indicadas -anteriores a la declaración de concurso- no pueden tener la trascendencia exoneratoria pretendida por quien ocupaba el cargo administradora social de la compañía.

En consecuencia, resulta de aplicación la presunción del artículo 165.3 LC, sin que las personas afectadas por la calificación hayan logrado acreditar desvirtuar la presunción de culpabilidad concursal contemplada en dicho precepto.



Al tenor de lo expuesto, debe declararse culpable el concurso de la mercantil CONFECCIONES GUERRAL S.A.

SEXTO . - *De las personas afectadas por la calificación y de las consecuencias jurídicas derivadas de la culpabilidad concursal.*

A. Personas afectadas por la calificación

Habida cuenta la condición de persona jurídica -sociedad de capital- de la concursada, así como el grado de reproche jurídico constatado, se declaran personas afectadas por la calificación de culpabilidad concursal a los ex administradores societarios (arts. 236 y ss. TRLSC), Guillerma y Victor Manuel , que quedan privados de cualquier derecho que pudiera tener como acreedores concursales o contra la masa y a quienes se inhabilita para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un período de dos años, pues debe atemperarse a las circunstancias concurrentes la petición formulada por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con el artículo 172.2.3º LC , Guillerma y Victor Manuel han de ser condenados a la pérdida de cualquier derecho que tuviere como acreedor concursal y contra la masa. También habrá de devolver a la masa los bienes o derechos que hubiese recibido indebidamente de la masa activa.

B. Condena a indemnizar los daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2.3º LC

La AC solicita la condena solidaria de las personas afectadas por la calificación a abonar la suma de 944.63138 euros. Esta suma total es resultado del siguiente cálculo: suma aritmética de los resultados negativos antes de impuestos -ejercicios 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, operaciones con partes vinculadas y perjuicio por la venta de vehículos.

Con carácter previo a resolver sobre la petición formulada por la AC se hace necesario delimitar la condena indemnizatoria del artículo 172.2.3º LC de la condena a la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis LC .

La Sala Primera ha deslindado la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2.3º LC y la condena a la cobertura del déficit concursal que puede imponerse de conformidad con el artículo 172 bis LC (anteriormente el artículo 172.3 LC).

La STS nº 490/2016, de 14 de julio , [RJ 2016/3561], absuelve a la persona afectada por la calificación de la condena que consistía en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se había acordado con sustento en aquel precepto. Este pronunciamiento condenatorio se había impuesto sólo respecto de determinados acreedores (aquellos cuyos créditos nacieron a partir del día 1 de marzo de 2005) y consistía en el abono de los créditos que no resultasen pagados en la liquidación. El recurso de casación sostenía que realmente no se trataba de ese tipo de responsabilidad ni tampoco de la condena a la cobertura del déficit concursal.

El Tribunal Supremo acoge el motivo y para ello acude a la doctrina jurisprudencial plasmada en la STS nº 108/2015, de 11 de marzo , [RJ 2015/1799], que distingue la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC , y finalmente concluye:

"Las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de marzo de 2005 ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el art. 172.2.3º LC , ya que no resarcan a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal, en los términos del art. 172.3 (actual 172 bis) LC , y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al 1 de marzo de 2005".

La Sala Primera ha atribuido a la responsabilidad del artículo 172.2.3º LC una naturaleza resarcitoria y culpabilística anudada tanto a la obtención indebida de bienes y derechos del patrimonio del deudor (antes o después del concurso), como a aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. La responsabilidad por el déficit concursal sólo se activa en concursos liquidatorios y, tras la reforma operada por el RDL nº 4/2014, se le atribuye idéntica naturaleza, al estar anudada a la contribución de la conducta que ha determinado la calificación culpable a la generación o agravación de la insolvencia.

Para la SAP de A Coruña nº 294/2018, de 27 de septiembre , [JUR 2018/307622], la distinción entre la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2.3º y la responsabilidad del artículo 172 bis LC viene referida no sólo a su extensión subjetiva, pues los cómplices no pueden ser declarados responsables a cubrir el déficit concursal, sino que la primera conecta con el concreto perjuicio causado por el motivo apreciado



de calificación del concurso como culpable. Se distingue entre el resarcimiento de los perjuicios directos e indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, sin que haya lugar a una duplicidad de condenas, pues en la apreciación del déficit no se tendrán en cuenta las cantidades objeto de condena en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados.

La SAP de A Coruña de 25 de octubre de 2018, [ROJ: SAP C 2351/2018], da un paso más en la diferenciación entre la responsabilidad del artículo 172.2.3º LC y la del artículo 172 bis LC , tras resaltar que ambas comparten una naturaleza resarcitoria. Por ello reconoce que habrán de entenderse referidas a quebrantos diversos y abunda en la distinción entre perjuicios directos e indirectos como el elemento que ha de servir para no incurrir en el error que supone que, con fundamento en el artículo 172.2.3º LC , puedan ser condenadas las personas afectadas por la calificación y los cómplices a cubrir con su patrimonio personal perjuicios indirectos que son propios de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC , sin que concurren los requisitos que configuran esta responsabilidad. La sentencia apelada descartó la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y fundó la condena en el artículo 172.2.3º LC en un supuesto en el que el efecto de la conducta de los administradores -identificada como en un agravamiento gravemente culposo de la insolvencia-, consistió en un daño indirecto o mediato para los acreedores, en cuanto que se generó un déficit patrimonial que impidió que los acreedores pudiesen cobrar la totalidad de sus créditos.

Considera la sentencia de apelación que ese es precisamente el daño que, abierta la liquidación, cubre la responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC y advierte de que, como en el caso de la STS de 11 de marzo de 2015 , la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a la sociedad una suma igual a la del déficit patrimonial generado por su actuación dolosa o gravemente culposa como administradores societarios es más propio del artículo 172.3 LC (ahora artículo 172 bis LC):

" De no ser así, en todos los casos de concurso culpable por generación o agravación dolosa o gravemente culposa de la insolvencia sería procedente la condena de los administradores societarios al menos en la medida del importe de obligaciones contraídas por la sociedad sin respaldo patrimonial, una condena que no sería susceptible de regulación judicial (a diferencia de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, "en todo o en parte") y que alcanzaría incluso a las personas afectadas por la calificación y a eventuales cómplices cuando la sección hubiese sido abierta a raíz de la aprobación judicial de un convenio gravoso" .

Nada aclara el informe de calificación acerca de las consecuencias indemnizatorias que anuda a la solicitud de concurso culpable. Ya se ha hecho referencia en la presente resolución a la falta de sustento probatorio en la que se habría incurrido en cuanto a la petición de culpabilidad concursal relacionada con las operaciones con partes vinculadas y con la enajenación de cuatro vehículos en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Sólo restaría un hipotético fundamento para la condena indemnizatoria para la otra partida que se incluye en la solicitud (resultados negativos). Sin embargo, sin necesidad de mayores justificaciones, basta tener en cuenta que el presente concurso sólo se ha declarado culpable por la cláusula general y ello al haberse activado la presunción de culpabilidad del artículo 165.1.3º LC : si la declaración de concurso culpable ha guardado conexión con la falta de sometimiento a auditoría de las cuentas anuales en dos de los ejercicios previos a la declaración de concurso es evidente que los resultados negativos en ejercicios posteriores a la declaración de concurso no guardan ninguna relación causal con aquella conducta o, cuando menos, nada se ha probado para corroborar que así haya sucedido en este caso.

C. Condena a la cobertura del déficit concursal

También se interesa por la AC y por el Ministerio Fiscal la condena de Guillerma y Victor Manuel a abonar el importe total de los créditos que no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa del concurso(artículo 172 bis LC). Para la AC la condena solidaria habrá de alcanzar hasta el límite de 472.31569 euros. Por su parte, el MF realiza una petición genérica sin concreción de importe.

Para los casos en los que el concurso se hubiese declarado culpable, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, regula la posibilidad de condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa -sin distinguir en función de la fecha en la que se hubieren generado-. Su exigibilidad requiere: que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

Señala la STS de 16 de julio de 2.012 que *" la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta*



la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. En este sentido, la 644/2011, de 6 de octubre EDJ 2011/242185, reiterada en la 614/2011 de 17 noviembre de 2012 EDJ 2011/286973, afirma que **" es necesario que el Juez valore , conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo 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 "**. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172.bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

Esta conclusión es más clara tras la reforma operada por el RD-Ley 4/2014 (hoy Ley 17/2014, de 30 de septiembre), pues la cobertura total o parcial del déficit tiene como límite la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Pues bien, ante la concurrencia de los presupuestos legales, la decisión judicial sobre la imposición de la condena y su extensión ha de basarse en la valoración " de los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento " de los administradores en relación con la actuación que ha determinado la calificación del concurso como culpable (STS de 6 de octubre de 2.011 y 17 de noviembre de 2.012).

En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 172 bis LC en la redacción dada a dicho precepto por el RDL 4/2014, de 7 de marzo (hoy Ley 17/2014, de 30 de septiembre). En cualquier caso, como se ha señalado, la reforma introducida por el Real Decreto 4/2014 (que incorpora el inciso final en el apartado 1 del artículo 172 bis " en la medida que la conducta que haya determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia "), constituye una clara opción del Legislador a favor de la tesis indemnizatoria de la responsabilidad concursal.

En relación a la petición formulada por el MF en su dictamen, se dirige al juzgado una petición genérica y ausente de concreción, en cuya virtud se insta la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. Por tanto, nada se justifica en los términos requeridos según la actual redacción del artículo 172 bis LC . No se efectúa un especial esfuerzo argumentativo que anude la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso con la generación o agravación de la insolvencia de la compañía; tampoco se cuantifica el importe al que ascendería aquel agravamiento. En definitiva, la petición condenatoria que se realiza al amparo del artículo 172 bis LC incumple las exigencias del propio precepto, sin que corresponda al órgano judicial suplir las carencias probatorias sobre los extremos a los que se refiere la calificación culpable del concurso ni sobre sus eventuales efectos.

Basta recordar que, como matiza la STS de 6 de octubre de 2011 , la condena de los administradores de una sociedad a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban de la masa activa, no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida:

" Es necesario que el juez valore, conforme a criterios normativos y al 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 ".

Por otra parte, en cuanto a la petición de la AC, se solicita la condena solidaria de las dos personas afectadas por la calificación. Sin embargo, la cuantía de la que habrán de responder se fija de forma individualizada para cada uno de ellos y su importe -472.31569 euros- es el resultado de la mera división por mitad de la suma que en el punto anterior del informe de calificación se fija como importe de la indemnización de daños y perjuicios -944.63138 euros-.

Establece el artículo 172 bis , apartado 1, in fine, LC que *" en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso"*.

En definitiva, parece que la AC ha equiparado la petición de condena a indemnizar los daños y perjuicios a la condena a la cobertura del déficit concursal. También puede que la petición formulada al amparo del artículo 172 bis LC sea, en realidad, subsidiaria y supeditada a la improcedencia de la petición de condena del artículo 172.2.3º LC . Dado que nada se explicita en el escrito presentado, se trata de meras suposiciones sobre el sustento fáctico de estas peticiones. Desde luego, si ya no se ha considerado justificada la causación de daños y perjuicios derivados de la conducta que ha dado lugar a la calificación culpable del concurso, mucho menos puede sustentarse la condena de cada una de las personas afectadas por la calificación con fundamento en



el artículo 172 bis LC , en un importe equivalente al 50 % de la suma total a la que habrían de ascender los hipotéticos perjuicios causados.

SÉPTIMO.- *De las costas de esta sección.*

No ha lugar a formular un pronunciamiento especial sobre las costas de esta sección, si las hubiere, atendidas las circunstancias concurrentes y las razonables dudas interpretativas que pueden surgir en la interpretación de las causas de culpabilidad concursal invocadas por la AC y por el MF (art. 394.1 LEC).

III.- F A L L O

Que , acogiendo en la medida que se dirá la propuesta de resolución del informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal:

1.- Declaro que el concurso voluntario de la sociedad mercantil **CONFECCIONES GUERRAL S.A.** (Nº. 232/2014) **es culpable** por concurrir la causa legal del apartado 1 del artículo 164 de la LC , en relación con el artículo 165.3º LC .

2.- Declaro que **Guillermo y Victor Manuel** son personas afectadas por la calificación de culpabilidad del concurso de **CONFECCIONES GUERRAL S.A.**

3.- Guillermo y Victor Manuel para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de **dos años** .

4. - Condeno a Guillermo y Victor Manuel a la pérdida de cualquier derecho que tuviere o llegare a tener como acreedor concursal o contra la masa.

5. - Condeno a Guillermo y Victor Manuel a devolver a la masa los bienes y derechos que hubiese percibido de la masa activa.

No ha lugar a formular pronunciamiento especial sobre las costas de esta sección, si las hubiere.

Notifíquese la presente resolución haciéndose saber que no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, dentro de los veinte días hábiles siguientes a su notificación, previa constitución del depósito de cincuenta euros legalmente exigido y con pago de las tasas aplicables.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- La anterior Sentencia fue leída en audiencia pública por la Magistrada-Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha.