

**Resumen**

*El Juzgado acuerda estimar parcialmente las pretensiones formuladas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y en consecuencia declara culpable el concurso de la mercantil deudora, señalando como personas afectadas por dicha calificación a los administradores sociales. En el caso planteado tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal hacen referencia a la comisión de irregularidades contables sobre la base de dos conductas, a saber, la falta de legalización de los libros contables de los ejercicios indicados, y la falta de reformulación de las cuentas anuales. Señala el Juzgador que la legalización es imprescindible en el proceso de llevanza de una contabilidad ordenada, porque impide la alteración de los asientos después del cierre contable, por lo que en todo caso, resulta confuso, a la vista del escrito de calificación, si se pretende atribuir dicha circunstancia como constitutiva de irregularidad contable relevante, hasta el punto de que al incardinar las conductas en las presunciones, la administración concursal no hace la menor referencia a la ausencia de legalización de libros ni a la presentación fuera de plazo, lo que debe determinar su desestimación como motivo de culpabilidad. Mejor acogida tiene la alegación relativa al incumplimiento del deber de solicitar el concurso, por cuanto la administración concursal prueba y documenta con suficiencia en su relato de hechos no sólo que la situación de insolvencia era previa a los dos meses anteriores a la solicitud de concurso sino que la solicitud tardía ha terminado por agravar el pasivo de forma concluyente. Añade que la actuación gravemente culposa- incumplimiento de sus obligaciones empresariales o, alternativamente, presentación de solicitud de concurso con medidas colectivas- tuvo como consecuencia, en suma, un incremento importante del pasivo laboral de la entidad, agravando la situación de insolvencia que ya había sido constatada con anterioridad. Por todo ello procede estimar en parte la demanda.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

RDLeg. 1/2010 de 2 julio 2010. Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital art.253

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

art.2 , art.3 , art.5 , art.6 , art.42 , art.71 , art.75 , art.84 , art.154 , art.164.1 , art.164.2 , art.165 , art.172.2 , art.172.3 , art.172.bis , art.173

RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas art.133.2 , art.210.2

Ley 19/1988 de 12 julio 1988. Auditoría de Cuentas art.2.1.c

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	16

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA

DOLO

CONCURSO DE ACREEDORES

CUESTIONES GENERALES

REQUISITOS Y FINALIDAD

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN

PROCEDIMIENTO

FUENTES DEL DERECHO

JURISPRUDENCIA

Del Tribunal Supremo

Menor de las Audiencias

PRESUNCIONES

LEGALES

Iuris et de iure

Iuris tantum

SOCIEDAD ANÓNIMA

ADMINISTRADORES

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### Concursal

- Solicitud de la declaración del concurso
  - Intervención del Ministerio Fiscal
- Efectos de la declaración de concurso
  - Consideraciones generales
- Calificación del concurso
  - Concurso culpable

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administrador, Concursado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Administrador, Concursado, Ministerio Fiscal  
Procedimiento: Primera Instancia

### Legislación

- Aplica art.253 de RDLeg. 1/2010 de 2 julio 2010. Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Aplica art.2, art.3, art.5, art.6, art.42, art.71, art.75, art.84, art.154, art.164.1, art.164.2, art.165, art.172.2, art.172.3, art.172.bi, art.173 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
- Aplica art.133.2, art.210.2 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas
- Aplica art.2.1.c de Ley 19/1988 de 12 julio 1988. Auditoría de Cuentas
- Cita Ley 38/2011 de 10 octubre 2011. Reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal
- Cita Ley 26/2003 de 17 julio 2003. Modificación Ley del Mercado de Valores y TRLSA, para reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas
- Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
- Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
- Cita art.51.8 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Cita art.69 de Ley 2/1995 de 23 marzo 1995. Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Cita art.134, art.135, art.210, art.218, art.262.5 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas
- Cita art.2.1 de Ley 19/1988 de 12 julio 1988. Auditoría de Cuentas
- Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
- Cita art.4, art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
- Cita art.295 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - Por auto de fecha 4 de marzo de 2011 se acordó la apertura de la fase de liquidación de BERNARDO ALFAGEME SA, formándose la sección sexta y confiriendo el plazo para alegaciones de los interesados previsto en el artículo 168 Lecon; transcurrido el plazo para formular alegaciones, la Administración concursal, interpuso escrito de calificación en la que solicitaba la declaración de culpabilidad del concurso en los términos de su escrito.

El Ministerio Fiscal también instó la declaración culpable del concurso, con las consecuencias accesorias que constan en su escrito de autos.

SEGUNDO.- - Se dio audiencia al deudor por diez días y se emplazó a los reseñados en el encabezamiento como afectados por la calificación, habiendo comparecido en tiempo y forma, y presentado escrito de oposición.

TERCERO.- - Se citó a las partes para la vista que tuvo lugar con fecha 14 de marzo de 2012 y habiéndose practicado la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos quedaron los autos pendientes de resolución.

CUARTO.- - En el presente juicio se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia por la pendencia de asuntos de preferente tramitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - El art. 164.1 dice que "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 derecho o de hecho."

Son, pues, requisitos esenciales para la declaración del concurso culpable los siguientes:

comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia.

un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia.

la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado como culpable

Junto a la cláusula general del art. 164.1 LC EDL 2003/29207 , hay una serie de supuestos legales que aparecen en el artículo 164.2 y en el artículo 165 que tienen distinta naturaleza y alcance.

Los previstos en el artículo 164, son catalogados por algunos autores como presunciones "iuris et iure", por lo que no admiten prueba en contrario y de la expresión empleada por la ley ("En todo caso, el concurso se calificará como culpable..") se infiere que abarca a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable. En palabras de la AP de Barcelona, Sección 15ª (Pte. Sancho Gargallo) " el art. 164.2 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 que si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave " (sentencia de 19 de marzo del 2007) que en la sentencia de 27/4/2007 añade que "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 cambio, los supuesto del art. 165 se califican como presunciones iuris tantum, y por tanto admiten prueba para desvirtuarlo, y sólo se refieren al elemento subjetivo del comportamiento del sujeto pasivo, es decir, se presume la existencia de dolo o culpa grave en el sujeto pasivo, pero no se presumen el resto de los requisitos antes enumerados, que deberán ser acreditados por la parte que insta la declaración (la generación o agravamiento de insolvencia y la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo). Como dice la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de marzo 2008 " aunque tienen la misma finalidad, sin embargo no tienen la misma amplitud aplicativa las presunciones "iuris tantum" del art. 165 que las presunciones "iuris et iure" del art. 164.2" indicando que " las presunciones de artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados", cosa que no ocurre con las del art. 164.2.

Para un mejor análisis sistemático y escalonado, se irán examinando los supuestos de culpabilidad basados en presunciones sin posibilidad de prueba en contrario, los supuestos de culpabilidad basados en presunciones débiles- las que sí la admiten- y por último, aquellos supuestos que, sin estar incardinados en causas presuntivas legalmente consideradas, son consideradas como causa de concurso culpable sobre la base de la cláusula general del artículo 164. 1 LC EDL 2003/29207

SEGUNDO.- - IRREGULARIDADES CONTABLES RELEVANTES- ARTÍCULO 164.2.1º LC EDL 2003/29207 -.

Tanto la Administración Concursal- epígrafe 3.4 de su escrito- como el Ministerio Fiscal hacen referencia a la comisión de irregularidades contables relevantes sobre la base de dos conductas:

Falta de legalización de los libros contables de 2006 y 2007, y legalización fuera de plazo de los del ejercicio 2008.

Falta de reformulación de las cuentas anuales de 2008 a la vista del informe de auditoría elaborado por KPMG, que constata:

La activación de determinados gastos y la consiguiente infravaloración de pérdidas por importe de 359.000 euros.

Sobrevaloración de existencias por importe de 530.000 euros.

Las pérdidas deberían incrementarse en 1.174.000 euros en 593.000 euros por saldos de dudoso cobro con accionistas, entidades vinculadas y terceros.

Incertidumbre sobre el valor de las acciones de Auxiliar de comercio pesquero SA, por importe de 2.653.000 euros.

Si se hubieran tenido en cuenta todas estas circunstancias, las pérdidas por importe de 11.133.000 euros reflejadas en las cuentas anuales de la compañía se hubieran incrementado en 6.907.000 euros, por lo que dichas cuentas en absoluto reflejarían la imagen fiel de la compañía.

Dichas circunstancias han de examinarse por separado.

Falta de legalización de libros de 2006 y 2007 y legalización fuera de plazo de los de 2008. La legalización es imprescindible en el proceso de llevanza de una contabilidad ordenada, porque impide la alteración de los asientos después del cierre contable; de ahí que los Registros Mercantiles estén obligados a llevar un libro de legalizaciones- artículo 27 RRM-, el carácter obligatorio de la legalización de tales libros obligatorios- artículo 329 RRM-, y el hecho de que los libros deberán estar encuadernados de modo que no sea posible la sustitución de los folios y deberán tener el primer folio en blanco y los demás numerados correlativamente y por el orden cronológico que corresponda a los asientos y anotaciones practicados en ellos-artículo 333 RRM-.

En todo caso, resulta confuso, a la vista del escrito de calificación, si se pretende atribuir dicha circunstancia como constitutiva de irregularidad contable relevante, hasta el punto de que al incardinar las conductas en las presunciones, la Administración Concursal no hace la menor referencia a la ausencia de legalización de libros ni a la presentación fuera de plazo, lo que debe determinar su desestimación como motivo de culpabilidad.

Irregularidades contables relevantes en las cuentas anuales del ejercicio de 2008.

Como se indica en la SAP de Madrid de 6 de marzo de 2.009 " Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la propia conducta tipificada en el art. 164.2 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable."

En cuanto a la relevancia, se caracteriza como una situación en la que cualquier operador económico que se aproximase a la mercantil apelante se vería impedido de hacerse una idea correcta de la situación patrimonial y financiera de la empresa, para lo cual también será importante ponderar los importes a los que afecte, pues si se trata de cantidades despreciables no pueden merecer el calificativo de "relevante " y que al exigirse por la Ley Concursal EDL 2003/29207 que merezca el calificativo de "relevante " se dispone un plus que supone alguna gravedad, carente de justificación y que afecte directamente a las finalidades de claridad, rigor y precisión que derivan de las normas de contabilidad - SAP Baleares 21-4-10 -.

La posición de los afectados por la calificación a dicho respecto es la siguiente: el concursado, D. Gabino y COBREIRO, bajo la misma representación, se limitan a manifestar (sic) que "es insignificante que las pérdidas durante el año 2008 sean 11 o 13 millones de euros, las dos situaciones son igual de malas"; en parecida actitud, Oremor Inversiones SLU, añade al hecho de que ambas situaciones eran igual de malas tres datos: que el informe de auditoría constaba publicado conjuntamente con las cuentas anuales, que no le obligaba a reformular las mismas y que, en todo caso, dicha situación se corrige mediante un aumento de capital antes de aprobar las cuentas de 2008, e igual posición adopta la representación del Sr. Ismael, D. Eloy y Arkiterria, representación, esta última, que además de inculpar al equipo directivo "impuesto" a la propiedad, considera que, como mucho, habrían de haberse tenido en cuenta los criterios de la auditoría al formularse las cuentas anuales del año 2009. Dichas cuentas, como es sabido, no fueron formuladas en el plazo legal por el órgano de administración de BASA- máximo 31 de marzo de 2010-, optando por presentar concurso de acreedores.

Pues bien, no compartimos las objeciones que presentan los afectados por la calificación. A continuación, pasamos a transcribir el informe de auditoría de las cuentas en lo necesario.

D. Alejandro, en calidad de Auditor de Cuentas y miembro de la firma "KPMG Auditores, S.L." inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con num. S0702, emitió el Informe de Auditoría de Cuentas Anuales del ejercicio 2008, con fecha 24 de julio de 2009, con las siguientes salvedades :

La concursada no facilita información sobre la situación financiera de la compañía participada Auxiliar de Comercio Pesquero, S.A., por lo que el auditor no puede emitir opinión sobre su valor contable en el activo de la concursada. "3.-Como se menciona en la nota 9 de la memoria adjunta, al 31 de diciembre de 2008 la sociedad posee el 57,55% de las acciones de Auxiliar de Comercio Pesquero, S.A. valoradas en 2.653 miles de euros.

La Sociedad no nos ha facilitado información sobre la situación financiera actual de esta sociedad participada ni sobre el valor actual de sus flujos de efectivo estimados que nos permita concluir sobre su valoración o la necesidad de constituir una provisión por deterioro".

El auditor continúa sin tener la información necesaria relativa a la revalorización de la partida de terrenos por lo que la concursada no puede reconocer el pasivo por impuesto diferido.

"4.- Como consecuencia de una fusión llevada a cabo durante el 2007 la Sociedad revalorizó un terreno en 17.143 miles de euros. Debido a que la sociedad fusionada propietaria del citado terreno fue adquirida a persona físicas residentes en territorio español, dicha revalorización obligaría a la Sociedad a reconocer un pasivo por impuesto diferido por importe de 5.143 miles de euros, a no ser que se probara que la ganancia patrimonial obtenida por dichas personas físicas se integró en su base imponible del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas. La Sociedad carece de la información respecto de si dicha ganancia ha sido declarada que nos permita concluir sobre la necesidad de registrar este impuesto diferido en las cuentas anuales del ejercicio 2008 adjuntas".

La concursada ha procedido a activar en este ejercicio un conjunto de gastos como de elementos de inmovilizado sin que se cumplan los requisitos exigidos por la legislación contable. En consecuencia, el auditor opina que se reduzcan estos importes de la partida de activo y se conviertan en pérdidas del ejercicio.

"5.- Durante el ejercicio 2008 la Sociedad ha activado como inmovilizado intangible e inmovilizado material determinados gastos por importe de 269 miles de euros y 90 miles de euros, respectivamente, que no cumplen con los requisitos exigidos por la legislación contable vigente para su activación. En consecuencia, los capítulos de inmovilizado intangible e inmovilizado material del balance de situación al 31 de diciembre de 2008 adjunto deberían reducirse en los citados importes y a la pérdida del ejercicio anual terminado endicha fecha incrementarse en 359 miles de euros".

En el ejercicio 2008 se produce una desviación considerable en la partida de existencias, por lo que en el informe de auditoría se propone reducir el activo e imputar pérdidas.

"6.- Durante el curso de nuestro trabajo se han puesto de manifiesto diferencias en las existencias de la sociedad al 31 de diciembre de 2008 relativas a recuentos físicos, provisión por valor neto de realización y otros conceptos por un total de 530 miles de euros. Por

tanto, el capítulo de existencias incluido en el Balance de situación al 31 de diciembre de 2008 adjunto deberían reducirse y la pérdida del ejercicio anual terminado en dicha fecha incrementarse en 530 miles de euros".

En este ejercicio la cartera de derechos de créditos de dudoso cobro asciende a 1.767 miles de euros. Se propone en el informe de auditoría que se registre unas pérdidas por este importe. "7.- Al 31 de diciembre de 2008 la Sociedad mantiene saldos a cobrar a susaccionistas, otras entidades vinculadas y terceros por unos importes de 987 miles de euros, 593 miles de euros y 187 miles de euros respectivamente cuya contabilidad afecha de este informe, en base al trabajo que hemos realizado, se considera dudosa. En consecuencia, los capítulos de Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar en Inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo del balance de situación al 31 de diciembre de 2008 deberían reducirse en 1.174 miles de euros y 593 miles de euros, respectivamente, incrementado las pérdidas del ejercicio terminado en dicha fecha".

El artículo 2.1.c) de la ley 19/88, de Auditoría de Cuentas EDL 1988/12350, vigente al tiempo que se realizó la verificación de las cuentas anuales, distingue entre la opinión técnica sobre la imagen fiel del patrimonio es favorable, con salvedades, desfavorable, o denegada; sólo en el primero de los casos la opinión resulta sin reservas; en el caso en que existan tales reservas, la norma establece supuestos de gradación en cuanto a su importancia: un informe con salvedades resulta, obviamente, más benigno que un informe desfavorable o en el que, directamente, se deniegue opinión.

Sin embargo, uno de los quids de la cuestión se plantea por uno de los codemandados: ¿qué clase de opinión técnica exige una reformulación de las cuentas anuales auditadas por parte de los administradores? En efecto, hemos de partir de que el artículo 210.2 LSA EDL 1989/15265 - vigente al tiempo de formulación y aprobación de las cuentas anuales de 2008- disponía que "Si como consecuencia del informe, los administradores se vieran obligados a alterar las cuentas anuales, los auditores habrán de ampliar su informe e incorporar los cambios producidos".

La finalidad de dicho precepto fue abordada por el ICAC en Consulta número 5 del BOICAC número 4 de enero de 1991, en interpretación no jurisdiccional pero que se comparte plenamente:

"La redacción del artículo 210 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 (TRLISA), en su número 2, establece que "si como consecuencia del informe, los administradores se vieran obligados a alterar las cuentas anuales, los auditores habrán de ampliar su informe o incorporar los cambios producidos". La redacción de este artículo puede suscitar ciertas dudas en cuanto a la interpretación que deba darse a los términos "se vieran obligados". A nuestro juicio no debe interpretarse, como podría deducirse de una somera lectura del texto, que los auditores pueden obligar a los administradores a modificar las cuentas anuales y, en este sentido, entendemos que el informe de auditoría no tiene carácter vinculante para los administradores. Ahora bien, la Ley delimita claramente las obligaciones de los administradores, por un lado, y la de los auditores, por otro. Así, los primeros deben formular las cuentas anuales de acuerdo con las normas contables establecidas en la legislación vigente y los auditores deben comprobar que las cuentas anuales se han formulado de acuerdo con las mencionadas normas. Bajo esta perspectiva, lo dispuesto en el artículo 210.2 debe interpretarse en el sentido de que si existiera un incumplimiento de las normas contables los administradores deberían modificar las cuentas anuales, siendo el origen de tal obligación no ya la existencia de un informe de auditoría en el que tal hecho se ponga de manifiesto, sino lo preceptuado por la Ley en materia contable"

De esta forma, la norma técnica de auditoría obliga a los auditores a una determinada calificación de su informe, pero ninguna de ellas vincula al administrador a una determinada actuación; al igual que la formulación es obligación suya, también lo es la reformulación en el caso de que consideren que la opinión técnica del auditor merece volver a confeccionarlas siguiendo tales criterios. Igual da, a dicho efecto, cuál sea la calificación dada por el informe de auditoría. Lo que importará será, a efectos concursales, si el mantenimiento íntegro de las cuentas anuales sin ser reformuladas supone una irregularidad contable relevante que dificulte la comprensión de la situación patrimonial del concursado.

Ya hemos dicho que no basta con que concurra una situación de irregularidad contable relevante, sino que se exige, como elemento objetivo y más cualificado para hacer incardinar la conducta en un supuesto particularmente gravoso que no admita prueba en contrario, que dicha irregularidad dificulte la comprensión de la situación financiera o patrimonial; y en ello tenemos que convenir con quienes se oponen a la calificación culpable. En efecto, las irregularidades contables que detecta el informe de auditoría a mi juicio sí son relevantes; lo son cuantitativa y cualitativamente; por más que al concursado le parezca una fruslería insignificante el hecho de que existan dos o cuatro millones de desfase patrimonial entre lo que la contabilidad ofrece y lo que debería ofrecer, no deja de ser cierto que el informe de auditoría también es depositado en el Registro Mercantil conjuntamente con las cuentas anuales- artículo 218 LSA EDL 1989/15265 -, por lo que, en primer lugar, es fácilmente accesible para la evaluación del riesgo por terceros que contratasen con la mercantil, fin último de la publicación de las cuentas anuales; cosa diversa ocurre en los supuestos de entidades mercantiles que están exentas de auditar las cuentas anuales y donde la minoría no ha solicitado el nombramiento de auditor de cuentas; en segundo lugar, abundando en el argumento de los demandados, lo cierto es que el desfase es muy importante pero apenas si consigue maquillar los resultados del ejercicio, existiendo en todo caso pérdidas muy cualificadas; cosa distinta ocurriría, por ejemplo, si las irregularidades contables ofrecieran un resultado del ejercicio positivo en lugar de negativo; y en tercer lugar, lo cierto es que en el informe de gestión se hace referencia a la ampliación de capital por compensación de créditos que se produce con posterioridad a la formulación de las cuentas, que aunque no afecte en absoluto a las partidas sobre las que se detectaron salvedades, sí ofrece información relevante sobre la situación patrimonial global de la mercantil.

De esta forma, con el carácter restrictivo con el que debe interpretarse toda norma excepcional-artículo 4 CCiv EDL 1889/1 -, no procede acoger dicha causa de culpabilidad.

TERCERO.- - INEXACTITUD GRAVE DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS CON LA SOLICITUD DE CONCURSO-164.2.2.-

Como es sabido, el artículo 6 LC EDL 2003/29207 impone la presentación de documentación complementaria a la solicitud de concurso, destinada a proporcionar al juez del concurso y a la administración concursal elementos sustanciales y veraces con los que analizar las causas de la insolvencia del concursado y perspectivas de viabilidad. Entre dicha documentación- artículo 6.2.3 LC EDL 2003/29207 - se encuentra "Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual".

La Administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que se ha cometido dicha inexactitud grave cuando no se procede a realizar, a pesar de las precisiones del informe de auditoría, corrección valorativa de clase alguna sobre las acciones de Auxiliar de Comercio Pesquero de las que el concursado era titular; y a esta afirmación no se hace objeción relevante de clase alguna.

De hecho, es manifiesto y clarificador que el informe de la administración concursal valore a cero dicha partida de inventario, sin existir impugnación alguna del informe en dicho punto, cuando en la solicitud inicial la valoración inicial de esas inversiones financieras ascendía a 2.653.000 euros, y cuando el informe de auditoría prevenía expresamente sobre la imposibilidad de pronunciarse sobre " la situación financiera actual de esta sociedad participada ni sobre el valor actual de sus flujos de efectivo estimados que nos permita concluir sobre su valoración o la necesidad de constituir una provisión por deterioro".

Los criterios para determinar la gravedad se darán cuando dicha información tergiversarse de forma importante o sustancial la imagen del activo o pasivo del deudor ( SAP Madrid, sección 28ª, de 4 de diciembre de 2009). Por tanto, la gravedad siempre será relativa, y en nuestro caso, teniendo como parámetro de comparación el activo total. Teniendo en cuenta el informe de la administración concursal, dicho activo ascendía a 95.200.000 euros, siempre con ese valor aproximado, provisional e indiciario, puramente informativo que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto hasta la saciedad. Desde esta perspectiva, un desfase de 2.600.000 euros equivale a aproximadamente un 3% del total valor del inventario, lo que casa mal con la gravedad de la conducta impuesta por la norma, debiendo desestimarse dicho motivo.

#### CUARTO.- PRESUNCIONES IURIS TANTUM DEL ARTÍCULO 165. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Administración concursal y el Ministerio Fiscal sostienen la concurrencia de presupuestos que hacen incardinar la conducta del concursado en los tres epígrafes del artículo 165.

Hasta hace recientes fechas, se ha esbozado cierta disputa doctrinal respecto al alcance de las presunciones iuris tantum- si las mismas cubren sólo el aspecto subjetivo de la conducta, esto es, el dolo o la culpa, o si abarcan también sus consecuencias, esto es, la causación o generación de la insolvencia-. La primera de las tesis se resume magníficamente en la SAP Madrid, sección 28ª, de 10-9-10, con cita de resoluciones anteriores, en los siguientes términos:

"La Administración Concursal considera que la presunción "iuris tantum" que el contempla el art. 165-1º es una presunción que cubre no solamente el aspecto subjetivo de la conducta (el dolo o la culpa grave) sino también los aspectos objetivo y causal (conducta capaz de generar o de agravar el estado de insolvencia), de tal suerte que, constatado el presupuesto previsto en el art. 165-1º (insolvencia e incumplimiento del deber de solicitar el concurso), pesaría sobre los potencialmente afectados la carga de desvirtuar aquella presunción acreditando no solo la inexistencia de dolo o de culpa grave sino también la irrelevancia de la contribución causal de su conducta en orden a la generación o agravación del estado de insolvencia. Sin embargo, esta Sala tiene declarado (sentencia de 17 de julio de 2008, con cita de las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, entre otras) que lo único que cubre la presunción del art. 165 es la dimensión subjetiva del comportamiento enjuiciado, esto es, el dolo o la culpa grave, pero siempre y cuando quien formula la pretensión calificatoria haya logrado establecer probatoriamente, por incumbirle a él la carga correspondiente, la contribución causal de la conducta en relación con el estado de insolvencia. Importa matizar, además, que, tratándose de la conducta prevista en el número 1º del art. 165 (no formular solicitud de concurso pese a concurrir estado de insolvencia actual), no resulta posible -por definición- hallar relación de causalidad alguna entre la conducta y la "generación" del estado de insolvencia si se tiene en cuenta que la previa afirmación de tal estado constituye presupuesto implícito de la conducta omisiva, lo que nos conduce a afirmar que la única relación causal que puede establecerse entre la conducta ahora analizada y el estado de insolvencia no lo es con su "generación" sino, en su caso, con la eventual "agravación" del mismo".

La tesis alternativa se contiene, entre otras, en la SAP Barcelona sección 15ª, de 30-10-09, ponente Sr. Sancho Gargallo, que discrepa del alcance de la presunción iuris tantum establecida en dicho precepto:

"Como hemos recordado en otras ocasiones (Sentencias de 17 de marzo de 2009 /08) y 27 de marzo de 2009 /08)), aunque la dicción legal del artículo 165 LC EDL 2003/29207 , que presume el dolo o la culpa grave en los casos enumerados a continuación, podría llevarnos a considerar que parte de la estructura de imputación anterior (existencia de una conducta dolosa o culposa grave causante o agravante de la situación de insolvencia) y que para facilitar el juicio de imputación se limita a presumir el dolo o la culpa grave, con una presunción que admite prueba en contrario, ello no es así, ya que las conductas que se describen en el artículo 165 LC EDL 2003/29207 no necesariamente pueden haber incidido en la generación o agravación de la insolvencia (especialmente la segunda conducta de incumplimiento del deber de colaboración, que se desarrolla siempre después de que se haya declarado el concurso y por lo tanto nunca habrá influido en la generación o agravación de la insolvencia). De ahí que la estructura de imputación respecto de estas conductas sea distinta. El legislador tipifica tres conductas que merecen por su mera realización que el concurso se califique culpable, sin necesidad de probar que se han realizado con dolo o culpa grave. Pero admiten la prueba en contrario, por lo que el deudor o la persona afectada por la calificación podrán oponerse negando que en la realización de estas conductas haya mediado dolo o culpa grave, y evitar así la calificación culpable. Lo cual, a la vista del contenido de estas conductas, no deja de resultar difícil, pues constituyen incumplimientos de deberes legales que encierran cuando menos una negligencia grave, por lo que servirán para exculpar los casos en que las circunstancias excepcionales concurrentes justifiquen su incumplimiento, como por ejemplo un accidente, la enfermedad grave o en general una imposibilidad física... Para que opere esta causa de calificación del concurso no es necesario que la conducta haya sido

causa de la generación o agravación de la insolvencia, pues en ningún caso lo sería, al ser posterior a la solicitud de concurso. Ello nos ha llevado a considerar que la mera realización de la conducta permite calificar culpable el concurso, sin perjuicio de que la presunción iuris tantum de concurrencia del dolo o la culpa grave se interprete como la posibilidad de exención de responsabilidad cuando la concursada y/o la persona afectada por la calificación prueben la ausencia de dolo o culpa grave".

La primera de las tesis ha sido acogida también por nuestra Audiencia Provincial y, más recientemente, por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 17-11-11, ponente Sr. Corbal, que viene a desdibujar, en amplia medida, la eficacia del régimen de presunciones iuris tantum del artículo 165 LC EDL 2003/29207 : "Alega la parte recurrente que no se fundamentó por la Sentencia recurrida el nexo causal entre la conducta de los administradores y la generación o agravación del estado de insolvencia. Resulta importante señalar que la parte recurrente no cuestionó tal aspecto a propósito de la aplicación del art. 165.1º LC EDL 2003/29207 para la calificación del concurso como culpable, y cuya concurrencia es inexcusable en todos los supuestos del art. 165 LC EDL 2003/29207 , pues este precepto solo presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC EDL 2003/29207 son insuficientes para declarar un concurso culpable"

Es desde esta perspectiva causal como afrontaremos los tres epígrafes, en el orden legalmente establecido.

QUINTO.- Incumplimiento del deber de solicitar concurso- artículo 165.1 LC EDL 2003/29207 -.

Por imperativo de este enfoque causalista, las partes que sostienen la culpabilidad por la concurrencia de dicho motivo deberán demostrar:

A- Que el deudor en estado de insolvencia actual ha procedido a presentar el concurso tardíamente, con infracción de los plazos establecidos en el artículo 5 LC EDL 2003/29207 , toda vez que la presentación tardía equivale al incumplimiento.

B- Que existe conexión o vínculo causal entre la presentación tardía del concurso y la generación o agravación de la insolvencia.

Probada la infracción normativa, y el vínculo causal, se presumirá el dolo o la culpa grave en el deudor o sus representantes legales.

El dolo o la culpa grave admitirán prueba en contrario: el incumplimiento podrá haberse debido a otros factores ajenos a dichos elementos intencionales o imprudentes.

Pues bien, la Administración Concursal prueba y documenta con suficiencia en su relato de hechos no sólo que la situación de insolvencia era previa a los dos meses anteriores a la solicitud de concurso-25 de marzo de 2010-, sino que la solicitud tardía ha terminado por agravar el pasivo de forma concluyente.

. Momento en que BASA se encuentra en estado de insolvencia actual.

La Administración Concursal acude a la historia jurídica y económica para demostrar que el proceso de fusión por absorción relatado en la demanda-y al que nos remitiremos con posterioridad- culmina con la adquisición de una compañía que arrastra cuantiosas pérdidas, y que las mismas se incrementan año a año- 8 millones de euros en el ejercicio 2007, 11 millones en el ejercicio 2008, y 18 millones en el ejercicio 2009-. Nótese que la gestión de los actuales afectados por el proceso de calificación tiene lugar desde finales de 2006, siendo administrador único D. Gabino de las sociedades que participaron en el proceso de fusión por absorción- Conservas Peña (absorbente), Bernardo Alfageme y Mariscos San Cayetano (absorbidas)-, y tras la escritura de fusión- 31 de agosto de 2007- continuó siendo administrador único hasta que, en fecha 31 de marzo de 2009, fue sustituido por un Consejo de Administración. Interesa resaltar aquí que se adquiere una sociedad que está al borde de la insolvencia, cuando no inmerso en ella.

Sin embargo, en un inicio, el proceso de reestructuración de deuda bancaria que se acomete y que da lugar al préstamo sindicado suscrito entre BASA, Banco Popular, Caixa Nova y Banco de Galicia, salva dicha situación de insolvencia. Con fecha 29 de abril de 2008 se otorgó escritura de préstamo sindicado con garantía hipotecaria por importe de 35 millones de euros, correspondiendo 15 a Caixanova-banco agente-, 10 al Banco Popular y otros 10 al Banco de Galicia. El destino de dicho préstamo era al cancelación de la deuda con garantía hipotecaria que gravaba la finca registral 14661 del Registro de la Propiedad de Vilagarcía; financiar el crecimiento del capital circulante de Bernardo Alfageme SA- en adelante BASA-, para lo cual, y dado que tanto dichas entidades como Promalar ya habían anticipado fondos, se destinaban 24,7 millones de euros para cancelar las deudas con aquellos; 7 millones de euros se destinaban a la adquisición de un terreno para ubicar la futura planta industrial y otras inversiones en las instalaciones actuales. En escrituras de fecha 10 y 11 de diciembre de 2008 se modificó el destino de estos 7 millones, permitiéndose que fueran destinados indistintamente a financiar inversiones de la actividad empresarial o necesidades de circulante.

El prestatario podía disponer del importe del préstamo durante 18 meses; de esta cantidad, más de 24 millones de euros de los 35 prestados fueron destinados a satisfacer deudas antiguas- convirtiendo deudas inmediatamente exigibles en deudas a largo plazo, a cambio de la constitución de garantías reales sobre el patrimonio-; y 11,8 millones de ese pago de dinero viejo fueron destinados a la devolución del préstamo contraído con Promalar, rescindido por sentencia de este mismo juzgado y que después examinaremos con detalle.

En todo caso, a dicha fecha, se consiguió reestructurar un pasivo de vencimiento inmediato, y que podía dar lugar a multiplicidad de ejecuciones, sin que exista constancia de incumplimiento generalizado de las obligaciones ordinarias exigibles.

La Administración Concursal utiliza parámetros de análisis de balances para llegar a la conclusión de que, ya de inicio, pero fundamentalmente en el año 2009, tanto el ratio de solvencia- capacidad de afrontar con el activo corriente el pasivo a corto plazo- como el de tesorería, como la prueba ácida- que excluye elementos que no debería existir necesidad de vender para afrontar los pagos, lo que da una idea mucho más ajustada de la capacidad de pago de la empresa en caso de vencimientos del pasivo a corto plazo-. Estos parámetros, de frecuente aplicación en los informes de Administración Concursal, no son, por sí mismos, determinantes de la situación

de insolvencia en sentido concursal, único posible si se pretende examinar la tardanza en la presentación de concurso, pero sí son útiles si la Administración Concursal corrobora, por otros medios probatorios, que en un determinado lapso temporal- sin necesidad de que se precise una fecha concreta, por absoluta imposibilidad en muchos de los casos-, el deudor se encontraba en situación de insolvencia actual.

Esto ocurrió, a mi juicio de forma indubitada, a lo largo del ejercicio 2009, si se tienen en cuenta los documentos 16 y 17 del escrito de calificación de la AC. Muy en concreto, a fecha 20 de marzo de 2009, se habían producido devoluciones de efectos por importe de más de cuatro millones de euros. Los acreedores comerciales, prácticamente en su totalidad, eran titulares de deudas de vencimiento a muy corto plazo, y la refinanciación del pasivo bancario, a pesar de que contó con buena cantidad de dinero nuevo para el circulante de la empresa, no fue suficiente para atender los compromisos de pago con los acreedores comerciales; y no lo fue porque el deudor prefirió atender los compromisos de pago con Promalar SL, completamente vinculada al mismo, en lugar de los compromisos con los acreedores comerciales. Nótese que de los 11,8 millones de euros devueltos a Promalar SL, se realiza una transferencia de tres millones de euros el 11-12-08, esto es, en el momento en que se están generando obligaciones comerciales a corto plazo con proveedores.

Es cierto que dicha situación se pretendió paliar con dos nuevos préstamos: Con fecha 3 de abril de 2009 contrae sendas pólizas de préstamo de 4,5 millones de euros cada una, y una hipoteca de máximo por importe de 14 millones de euros, a su vez asumiendo nuevas garantías y contragarantías; pero ello no impidió ni la generación de procedimientos judiciales-explicitados en la demanda-, ni que se llegue al concurso con un pasivo vencido de más de 10 millones de euros- según propia declaración del concursado, en su escrito inicial, de 11.869.754,73 euros-, constituido en buena parte por acreedores comerciales y laborales. La alegación de que esos últimos préstamos fueron destinados al pago de esas deudas comerciales no es más que una mera afirmación sin soporte probatorio de ninguna clase.

Otro tanto ocurre en el año 2009 con las deudas laborales. El letrado Sr. Romero Alonso, que depuso en el acto de la vista, manifestó que es contactado por la empresa en agosto de ese año para hacer un ERE extintivo parcial, que formaba parte del proceso de reestructuración global que pretendía acometer la empresa que finalizó sin acuerdo, teniendo en cuenta además que no contaba con financiación suficiente para acometerlo. El ERE se plantea como hipótesis, y parecen existir algunas negociaciones informales a varias bandas, pero el hecho incontrovertible es que no se termina solicitando, y mientras tanto se siguen devengando salarios improductivos que empiezan a dejar de abonarse tanto en los meses de diciembre de 2009 como en enero de 2010, lo que motivó la huelga de la práctica totalidad de la plantilla; en aquel momento, BASA obvió una solución de conjunto y, con los préstamos a cargo de Caixa Nova y Banco Popular de 28 de enero de 2010, por importe respectivo de 1.200.000 euros y 1.100.000 euros se limitó a pagar, y no en su totalidad, las nóminas pendientes. La situación de imposibilidad de pago a trabajadores a finales de 2009 no le hizo presentar el concurso, pero tampoco realizó otros pagos pendientes que debía abonar con regularidad.

Por otra parte, y dando por amortizada la planta de Vigo, conforme al plan industrial pretendido que pasaba por su cierre, tampoco realizó las obras de adaptación de la fábrica de Vigo impuestas por Sanidad, a pesar de los requerimientos y visitas giradas en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009- hechos probados de las sentencias dictadas por los juzgados de lo social- lo que determinó el cierre de ésta, sin simultáneamente molestarse en acometer un ERE ante dicha situación; en suma, el impago de nóminas de los trabajadores a finales de 2009, conjuntamente con las pérdidas acumuladas de dicho ejercicio y el resto de las deudas comerciales, no fueron paliados con una última financiación notoriamente parcial e insuficiente; el retraso, entonces, en la presentación del concurso, sí tuvo un componente al menos de grave imprudencia, y causalmente conectado con la agravación de la insolvencia.

Así, descartado el Expediente de Regulación de Empleo, el empresario tenía la obligación legal de proporcionar carga de trabajo a todos sus trabajadores; sin embargo, al no realizar inversión alguna en la planta de Vigo, ésta sufrió a principios de 2010 una clausura parcial y provisional, determinando que los trabajadores de dicha planta en su totalidad- más de 100 empleados- fueran interponiendo demandas de extinción de sus contratos de trabajo por falta de ocupación efectiva que fueron estimadas prácticamente en su integridad, y que determinaron indemnizaciones por despido improcedente-45 días por año trabajado- muy superiores a las que se hubieran acordado en el marco de un expediente de regulación de empleo por causas económicas, organizativas, o de producción, como después ocurrió en el concurso de acreedores con el resto de los empleados de las fábricas. La actuación gravemente culposa- incumplimiento de sus obligaciones empresariales o, alternativamente, presentación de solicitud de concurso con medidas colectivas- tuvo como consecuencia, en suma, un incremento importante del pasivo laboral de la entidad, agravando la situación de insolvencia que ya había sido constatada con anterioridad.

SEXTO.- - Infracción del deber de colaboración con la Administración Concursal- presunción iuris tantum ex artículo 165.2 LC EDL 2003/29207 -.

Como ha manifestado recientemente la SAP Pontevedra de 7-3-11, "Como es sabido, el art. 42 LC EDL 2003/29207 impone al deudor un deber de colaboración, no sólo en sentido pasivo, de someterse a los requerimientos del juzgado y de la administración concursal, sino también activo, de informar sobre cuanto resulte trascendente. Tal deber implica: a) deber de comparecer (ante el juzgado y ante los administradores); b) colaborar; y c) informar a la administración y al juez del concurso de cuanto resulte necesario para el buen fin del proceso. El deber alcanza al deudor persona física y a los administradores, de hecho o derecho, de la persona jurídica, actuales o que hubieren desempeñado el cargo en los dos años anteriores. No se duda de que también alcanzará al liquidador de la persona jurídica que llega al concurso disuelta, como es el caso...El incumplimiento de este deber se tipifica como presunción de dolo o culpa grave, a los efectos de declaración del concurso como culpable (art. 164.1); además, puede dar lugar a actos de limitación de derechos fundamentales. La gravedad de las sanciones da idea, claro está, de que ha de estarse ante un incumplimiento trascendente, proporcionado con el efecto que de él se desprende, pudiéndose adjetivar de reiterado o de contumaz, y debe afectar a elementos trascendentes que dificulten, de modo igualmente grave, el normal desarrollo del concurso... Este inicial prisma de análisis ya permite cuestionar las afirmaciones de contenido genérico de la demanda formulada por la administradora concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal. El subapartado b) del



expositivo tercero del informe expresa que se había requerido al Sr. Ignacio en multitud de ocasiones, pero la gravedad de la imputación exigía individualizar actos concretos de desobediencia o desatención de los requerimientos de colaboración "

Pues bien, no nos cabe la menor duda de el órgano de administración incumplió de forma grave y palmaria del deber de colaboración, al menos en el mes de septiembre de 2012; así se reflejó en auto de 5 de octubre de 2010- aportado tras bloque documental 19 del escrito de calificación de la administración concursal-, y en auto resolviendo recurso de reposición de 19 de noviembre de 2010. Tampoco tuvo dudas la Audiencia Provincial, en resolución dictada confirmando las anteriores, por lo demás, cuando carecía de objeto el pronunciamiento al haber sido desposeídos definitivamente los anteriores gestores de sus facultades de administración y disposición de los bienes de la concursada por auto abriendo la fase de liquidación.

Ahora bien, sólo puede examinarse la perspectiva del vínculo causal con la agravación de la insolvencia pues la conducta en nada contribuye a su generación, que es anterior y precisamente génesis del proceso concursal; la agravación post concursal de la insolvencia es perfectamente posible si, consecuencia de la infracción del deber de colaboración, se generan créditos contra la masa que, de haber estado sujetos al control de la administración concursal, no se habrían producido, o se hubieran minimizado. Pero no existe constancia de que, en los presentes autos, y más allá de las justas consecuencias que se produjeron, la conducta del órgano de administración- y más en concreto la de D. Gabino - generase una agravación del pasivo, pues fue atajada oportunamente por la actuación de la administración concursal y del juzgado.

SÉPTIMO - Incumplimiento del deber de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso- artículo 165.3 LC EDL 2003/29207 -.

Los demandados pretenden retorcer, muy impropriamente, el dato objetivo del cambio de situación de facultades de administración y disposición de los administradores que el auto de este juzgado de 5-10-10 determinó, que supuso la suspensión de facultades del deudor pasando a asumirlas la Administración Concursal, pretendiendo trasladar la obligación de formular las del año 2009 a dicho órgano.

Pues bien, nada más lejos de la realidad. El régimen de elaboración de las cuentas anuales en el concurso es nítido. Ex artículo 46 LC EDL 2003/29207 , en régimen de intervención de facultades, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de los administradores concursales. Este precepto ha de conectarse con aquellos que regulan la formulación de las cuentas anuales en la ley de sociedades de capital y con la fecha efectiva de presentación de concurso y su declaración, y además el artículo 75 LC EDL 2003/29207 ha de interpretarse a la luz del mismo, y no al revés, pues de otra manera constituiría una antinomia insalvable.

El artículo 253 LSC dispone que "Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados"; así, las cuentas del ejercicio social de 2009 debieron de haberse formulado, como máximo, el 31 de marzo de 2010. BASA presentó solicitud de concurso de acreedores con fecha 25 de marzo de 2010, y habiendo sido requerida para subsanar determinados defectos con carácter previo a la admisión, se dictó auto declarando el concurso voluntario con fecha 16 de abril de 2010. En el auto de declaración de concurso- que se dictó, por tanto, con fecha posterior al vencimiento máximo del plazo para que el órgano de administración formulara las cuentas anuales del ejercicio anterior- se mantuvieron las facultades del órgano de administración, siendo sustituidas más de cinco meses después, siendo así que uno de las causas que motivaron tal sustitución fue la renuencia del órgano de administración a formularlas.

Una cosa es, por tanto, que presentada la solicitud de concurso con fecha 25-3-10 no hubiera vencido el plazo para la formulación de las del ejercicio 2009- siendo correcto, por tanto, ex artículo 6 LC EDL 2003/29207 , la presentación de las cuentas anuales de los tres años anteriores a la SOLICITUD de concurso- 2006, 2007 y 2008- y otra bien distinta lo que contempla el artículo 165.3 LC EDL 2003/29207 , que sanciona la falta de formulación, auditoría, o depósito, de las cuentas referidas a los tres ejercicios anteriores a la DECLARACIÓN. BASA ni formuló dichas cuentas- las del ejercicio 2009-, ni las auditó, ni las sometió a aprobación de la junta, ni las depositó en el Registro Mercantil, incumpliendo todas y cada una de sus obligaciones en relación con dicho ejercicio, cuando todos esos hitos se cumplían sin estar con las facultades suspendidas.

Quedando claro que el incumplimiento del deber de formulación de esas cuentas fue únicamente atribuible al órgano de administración del deudor, la presunción de dolo o culpa grave no tiene consecuencias en la generación o agravación de la insolvencia. La muestra de opacidad de cara a terceros que supone este incumplimiento contable se relativiza cuando las facultades han sido ya intervenidas por la Administración Concursal, quien por lo demás ha tenido pleno acceso a la contabilidad íntegra del deudor- cuyas cuentas anuales no dejan de ser un resumen de aquella-, y menos aún su falta tiene conexión causal con la agravación de la insolvencia, por lo que no basta por sí misma para declarar el concurso culpable.

OCTAVO - Conductas culpables examinadas sobre la cláusula general del artículo 164.1 LC. EDL 2003/29207

En esta línea sistemática, restan por examinar las concretas conductas que se imputan al deudor y que tanto el Ministerio Fiscal como la Administración Concursal atribuyen al deudor como dolosas o gravemente culposas en la generación o agravación de la insolvencia.

Pago de dos millones de euros de indemnización por cláusula penal por incumplimiento del contrato de compraventa de Thenaisie Provoté. Según el documento 23 del escrito de calificación del concurso, el 10-4-2007 se realiza un pago de dos millones de euros por incumplimiento contractual.

Antes de examinar si existe dolo o culpa grave en dicha operación y su relación con la insolvencia posteriormente declarada, teniendo en cuenta que se ha propuesto prueba testifical que únicamente ha aclarado- por si alguna duda cabía al respecto- que la operación fue en todo momento asesorada, profesionalmente, como si esto exonerase de responsabilidad, debe tenerse en cuenta el llamado problema temporal de la calificación. La cuestión es de sumo interés, porque de que acojamos una u otra tesis dependerá que podamos examinar, o desechar a priori, cualquier acto del deudor anterior a los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. La jurisprudencia,

con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 38/11 EDL 2011/222123 - que no es aplicable a la presente sección de calificación, pero que puede servir de criterio interpretativo cualificado en casos dudosos-mayoritariamente acogía la restricción temporal de los dos años anteriores a la declaración de concurso como el lapso temporal al que se debía restringir la responsabilidad del administrador de hecho y al de derecho la posibilidad de ser afectado por la calificación culpable- entre otras, SJM Málaga de 22 de mayo de 2006 o AAP Barcelona, sección 15ª de 21 de septiembre de 2006-. El argumento parte de un análisis sistemático- varias de las causas de calificación de concurso culpable del artículo 164, o la previsión del 172.3 en orden a la posible imposición de responsabilidad concursal-, y además es coherente con ese límite de dos años que proporciona seguridad jurídica sobre la imputabilidad de conductas o exacción de responsabilidad en una determinada fecha anterior a la declaración de concurso. Tal ocurre con las acciones rescisorias- artículo 71 LC EDL 2003/29207 -, o con la condición de persona especialmente relacionada, con deudor persona física o jurídica, a efectos de subordinación del crédito- artículo 93 LC EDL 2003/29207 -. Frente a dicha posición, sin embargo, otras resoluciones hacían abstracción expresa de cuándo se hubiera realizado la conducta, con el único límite temporal impuesto por la presunción de turno, si la conducta se incardinaba en alguno de tales supuestos, pero la tesis conducía a resultados absurdos, como tener un concurso culpable sin posibilidad de condenar a responsabilidad concursal al afectado por la calificación. La mejor doctrina- Muñoz Paredes- deduce una mejora técnica en la nueva redacción de los artículos 164.1 y 172.2.1, al ligar conductas y autoría e imputabilidad. Así, el primero dispone que "El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso ". El segundo, que "la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso". De esta forma, resultaría superflua la modificación de las concretas conductas del artículo 164 ligadas a un plazo, al contenerse éste con carácter general en el artículo 164.1. Así, también, se explica la supresión del plazo de dos años en la responsabilidad concursal del 172 bis- era el 172.3 anterior el que contemplaba el límite bianual- o, mejor, el traslado de dicho plazo al 164 y al 172 para salir de dudas sobre el límite de afectación de la conducta culpable.

Pago de 11,8 millones a Promalar.

Como es sabido, uno de los hitos importantes de este proceso concursal ha sido el ejercicio de sendas acciones rescisorias, por la Administración Concursal, y por Uwais Ingeniería. En la primera de ellas- que es la única que se va a examinar en sede calificatoria, por concretarse los hechos, ahora, como supuestos agravatorios de la insolvencia- la Administración Concursal solicitaba la rescisión de los pagos realizados a Promalar en devolución del préstamo que dicha mercantil-hoy propietaria prácticamente al 100% de Bernardo Alfageme SA- había realizado a Bernardo Alfageme, utilizando para dicha devolución 11,8 millones de euros de los 35 que recibió del préstamo sindicado. La acción rescisoria fue resuelta por sentencia íntegramente estimatoria de este juzgado de fecha 28-01- 11, confirmada después íntegramente por sentencia de la sección primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra de 12-3-12. Aunque la misma está pendiente de admisión del recurso de casación, no se plantea, en realidad, conflicto alguno en relación con los hechos probados, y sí sobre la interpretación que las partes dan a lo sucedido.

Obviamente, las consideraciones que sobre dichos hechos se realizan en un juicio de calificación concursal, más aún sobre la base de la cláusula general del artículo 164.1 LC EDL 2003/29207 , no son de la misma índole que las que se verifican en una acción de reintegración. En el presente incidente, la fuente de resolución del conflicto está basada en si las conductas agravaron o generaron la insolvencia con dolo o culpa grave. En aquél, lo que subyacía era la noción de perjuicio, en sentido amplio- no sólo a la masa activa, sino también a la masa pasiva, por alteración del principio de paridad-. Lo que es esencial es discernir si la conducta que este juzgado y la Audiencia Provincial de Pontevedra consideraron atentatorio contra la comunidad de sacrificios del proceso concursal, por realizarse pagos discriminados a favor de una empresa del grupo que terminó engullendo todo el capital social en detrimento de los acreedores, contribuyó a generar o agravar la insolvencia de la mercantil.

Como atinadamente aprecia la SAP Madrid, sección 28ª de 20-4-12, ponente Sr. García García, "el análisis del perjuicio patrimonial que es propio de la reintegración concursal habrá de ser forzosamente un análisis "ex post" en el que no tienen cabida consideraciones sobre el mayor o menor grado de justificación, "ex ante", de la operación que se cuestiona en función de las expectativas de evolución de la concursada concurrentes en el momento en que fue llevada a cabo. Y es que la categoría de lo justificado integra un juicio de valor al que se contraponen de modo natural el concepto de lo injustificado, lo que nos llevaría a desenfocar el análisis que aquí se debe efectuar al proyectarse esa clase de apreciaciones no tanto sobre la real onerosidad del negocio (sobre la base de la existencia o ausencia de sacrificios perceptibles y evaluables) sino sobre la rectitud de sus otorgantes; en cambio, la disciplina de la reintegración concursal contenida en los apartados números 1 a 5 del artículo 71 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 no está llamada a sancionar lo injusto o antijurídico sino a hacer ineficaces, en provecho de la masa pasiva, actos que, de no ser porque finalmente se declara el concurso (de ahí la necesidad de que el examen se realice "ex post"), serían -o podrían perfectamente ser- jurídicamente irreprochables".

Pues bien, lo mismo puede decirse del análisis que ha de realizarse en el proceso de calificación: la devolución de un préstamo autónomamente considerada no es ilícita, ni siquiera en caso de que se trate de una empresa del grupo. La financiación intragrupo no tiene por qué ser gratuita, ni de peor condición que la financiación externa a cargo de agentes profesionales. Nada ocurre si la empresa sigue atendiendo sus obligaciones de forma regular. Ocurre, sin embargo, que el hito de la declaración de concurso obliga a examinar retrospectivamente si, en el momento en que se verifica la conducta, ésta contribuye con dolo o culpa grave, a generar o agravar tal insolvencia.

Ya se ha dicho en anteriores fundamentos que, ante la imposibilidad de precisarse con carácter general o particular en este concurso un momento concreto en que el deudor incurre en estado de insolvencia actual, en los términos del artículo 2 de la ley concursal

EDL 2003/29207 , se ha de acudir a un criterio temporal más o menos amplio; se cifraba dicho lapso temporal en torno al primer trimestre del año 2009. Pues bien, podemos acudir a los hechos incontestablemente documentados de cuándo tuvieron lugar las devoluciones de los préstamos a Promalar SL, y cuándo se empezó, de forma continua, a devolver efectos mercantiles y a generar impagados masivos.

A continuación, se adjunta el cuadro en el que se muestran las fechas de los ingresos del saldo total del préstamo sindicado suscrito en abril de 2008, juntamente con las fechas de transferencias a Promalar SL- figuran con saldo negativo-.

FECHA IMPORTE(Eur.)

29-4-08 2.900.000  
22-5-08 24.700.000  
22/5/08 -670000  
22/5/08 -7374790  
29/10/08 -500000  
10/11/08 -200000  
28/11/08 -25000  
2/10/08 -50000  
11-12-08 7.000.000  
15/12/08 -3000000

Este dato contrasta con el hecho de que a fecha 20 de marzo de 2009 se habían producido devoluciones de efectos por más de 4 millones de euros, del total de 5.183.030,85 euros generados en el año 2009. Obviamente, en el contexto de una sociedad que se adquiere con pérdidas y donde éstas aumentan exponencialmente cada año; y en el contexto de una financiación externa necesaria para la puesta en marcha de un plan industrial con inversión en mejora de activos y fuentes de producción que supuso una inyección económica importante, proceder a "discriminar" 11,8 millones de euros en detrimento de los acreedores comerciales con quienes se iban contrayendo obligaciones para la puesta en marcha y mejora del proceso conservero para devolverlos a quien en poco tiempo acaba controlando en su totalidad a la sociedad, carece de justificación objetiva y razonable. Acreedores comerciales no tenían por qué esperar a cobrar deudas contraídas con vencimientos a corto plazo. Promalar sí podía, habida cuenta la identidad absoluta de proyecto empresarial y personas que lo regían, esencialmente los Sres. Gabino Eloy, padre e hijo, a través de las empresas constituidas por los mismos, si hubiera existido una mínima voluntad de consolidar el proyecto empresarial. Esos pagos discriminados, en síntesis, al no estar destinados a satisfacer las necesidades ordinarias de BASA, contribuyeron decisivamente, por su elevada cuantía y el delicado momento financiero en que se verificaron, a precipitar la insolvencia de modo definitivo; dicha conducta, aunque no necesariamente tiene por qué tildarse de dolosa, sí es gravemente imprudente desde la perspectiva empresarial de Bernardo Alfageme SA, que a pesar de la confusión patrimonial, es persona jurídica distinta que Promalar SL, y es hecho que debe dar lugar a la calificación del concurso culpable.

#### NOVENO - PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN.

Dispone el artículo 172.2.1º- en redacción dada por ley 38/11 EDL 2011/222123 -que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes requisitos:

La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

Además de la restricción temporal de los dos años, que después abordaremos, la reforma- inaplicable por razones intertemporales a los presentes autos de calificación- añade al apoderado general como sujeto pasivo de responsabilidad. En todo caso, ello sólo supone la adquisición de carta de naturaleza legal a uno de los supuestos más clásicos de administrador de hecho que se dan en la práctica. De esta suerte, podemos convenir que, a efectos concursales- esta equiparación no se da en otras normas societarias-, la ley presume que el apoderado general es administrador de hecho, siendo dudoso que pueda establecerse prueba en contrario. En todo caso, se repite, esta previsión es inaplicable al presente supuesto, y la cuestión tiene su importancia por cómo se configura el proceso de afectación de responsabilidad a los administradores de BASA.

Hay que distinguir, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, dos fórmulas de administración diversas, que constan referenciadas tanto en la historia jurídica del deudor como en el informe de la Administración Concursal:

-Hasta 31-3-09, fue administrador único D. Gabino. No existe circunstancia alguna que permita exonerar su responsabilidad como administrador de derecho, al haberse producido íntegramente bajo su dirección el primer fenómeno agravador de la insolvencia al devolver 11.8 millones a Promalar.

- Desde dicha fecha, se constituyó un Consejo de Administración, con la siguiente constitución:

- 1.- La mercantil "ARKITER, S.L.U.", de nacionalidad española, con CIF B- 36.975.571, con domicilio en la Avenida García Barbón, num.101-A, entresuelo de Vigo (Pontevedra), constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública autorizada por el notario del Ilustre Colegio de Galicia, D. Miguel Lucas Sánchez, con fecha 7 de junio de 2006, bajo el número 1.436 de orden de su protocolo, en inscrita en el Registro Mercantil de Pontevedra al Tomo 3.030, Libro 3.229, Folio 20, Hoja PO-40.796, inscripción 1ª.

Esta mercantil designó como representante persona física a D. Eloy, mayor de edad, de nacionalidad española con domicilio en AVENIDA000, num. NUM000 - NUM001, NUM003 de Vigo, Pontevedra y con D.N.I NUM002.

2.- La mercantil "COBREIRO 2004 S.L.U.", de nacionalidad española, con C.I.F. B- 36.947.117, Avenida García Barbón, num. 101- A, entresuelo de Vigo, Pontevedra, constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública autorizada por el notario del Ilustre Colegio de Galicia, D. José Antonio Somoza Sánchez, con fecha 24 de noviembre de 2004, bajo el número 2.847 de orden de su protocolo, e inscrita en el Registro Mercantil de Pontevedra al Tomo 3.030, Libro 3.030, Folio 70, Hoja PO-36.345, inscripción 1ª.

Esta mercantil designó como representante persona física a D. Gabino, mayor de edad, de nacionalidad española con domicilio en AVENIDA000, num. NUM000 - NUM001, NUM003 de Vigo, Pontevedra y con D.N.I. NUM004.

3.-La mercantil "OREMOR INVERSIONES S.L.U.", de nacionalidad española, con C.I.F. B-36.835.890, con domicilio en Avenida García Barbón, num. 101- A, entresuelo de Vigo, Pontevedra, constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública autorizada por el notario del Ilustre Colegio de Galicia, D. José María Rueda Pérez, con fecha 11 de Informe Administración Concursal de "BERNARDO ALGAFEME S.A." Página 18 marzo de 1.998, bajo el número 667 de orden de su protocolo, e inscrita en el Registro Mercantil de Pontevedra al Tomo y Libro 2.138, Folio 112, Hoja PO-21.502, inscripción 1ª.

Esta mercantil designó como representante persona física a D. Ismael, mayor de edad, de nacionalidad española con domicilio en AVENIDA000, num. NUM000 - NUM001, NUM003 de Vigo, Pontevedra y con D.N.I. NUM005.

4.- D. Leon, de nacionalidad argentina, vecino de Vigo, con domicilio en AVENIDA000, num. NUM000 - NUM001, NUM003, con NIE num. NUM006.

La distribución de los cargos en el seno del Consejo de Administración es la siguiente:

- o PRESIDENTE: la mercantil "ARKITER, S.L.U".
- o VICEPRESIDENTE: la mercantil "COBREIRO 2.004 S.L.U".
- o SECRETARIO: la mercantil "OREMOR INVERSIONES, S.L.U".
- o VOCAL: D. Leon.

El acuerdo de nombramiento de los administradores y la distribución de cargos en el Consejo de Administración se elevó a público mediante escritura otorgada el 3 de abril de 2009 ante el Notario de Vigo D. Miguel Lucas Sánchez, con el número 824 de su protocolo, e inscrita en el Registro Mercantil de Pontevedra al Folio 220, Libro 2874, Inscripción 75º, Hoja PO-9318.

El Consejo de Administración decidió nombrar Consejero Delegado de la Sociedad a la mercantil "COBREIRO 2004 S.L." a la que se le delegaron todas las facultades, salvo las legalmente indelegables.

Dicho Consejo de Administración fue ya el responsable de la solicitud tardía de concurso y del agravamiento de la insolvencia en cuanto al pasivo laboral, por lo que debe ser afectado por la calificación. No puede atenderse al argumento exculpatorio de Oremor Inversiones por la escasa intervención efectiva en la gestión de la sociedad, pues atendida la causa de calificación culpable- la solicitud tardía-, el artículo 3 LC EDL 2003/29207 legitima al órgano de administración para solicitar el concurso, legitimación que lo conecta con el deber del artículo 5; la exoneración supondría dar carta blanca, sin más, a la exoneración de responsabilidades legales y estatutarias como miembro del Consejo de Administración le correspondían.

Sin embargo, se ha de tener muy en cuenta que, como dijo la SAP Madrid, sección 28ª, de 15-1-10, " el administrador es la persona jurídica y no el representante que debe nombrar aquél para el ejercicio de las funciones propias del cargo ( artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio, como es lógico, de las responsabilidades en que pudiera incurrir el representante frente a su representado como consecuencia de su actuación por haberse extralimitado en sus funciones o no seguir las instrucciones de éste o incluso directamente frente a la sociedad o terceros, en el plano puramente extracontractual ( artículo 1902 del Código Civil EDL 1889/1 ), pero no en una condición que no ostenta como es la de administrador de la concursada ". Por tanto, son sólo afectados por la calificación, en tanto que miembros del Consejo de Administración, Arkiter 2006 SLU, Cobreiro 2004 SLU y Oremor Inversiones SLU.

Resta por atribuir la condición-que la Administración Concursal realiza a título de administrador de hecho- a D. Eloy. Cumple afirmar que la condición de administrador de hecho no se presume, y que debe ser probada con suficiencia; a mi juicio, ni el hecho de que fuera nombrado apoderado general en Conservas Peña SA el mismo día en que D. Gabino fue nombrado administrador único, ni el hecho de que sea administrador de Promalar, ni la incontestable vinculación de las empresas por él participadas o administradas en el proceso de adquisición a través de distintas fusiones que desembocó en la actual composición accionarial de BASA son suficientes para acreditar las notas que la jurisprudencia exige para considerar la condición de administrador de hecho.

Así, La STS 8-2-08 dice lo siguiente: " Como indica el Magistrado D. Rafael Giménez-Bayón en la monografía "Derecho de Sociedades II" (Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J), "... la mayor dificultad en la práctica radica en definir cuando estamos en presencia de éste (el verdadero administrador) y no de aquellos (otros cargos distintos), pues así como en el plano jurídico no plantea dificultades precisar quien sea el administrador y cuales sus funciones, en la vida económica la 'gestión' interna comprende innumerables actuaciones que pueden ser delegadas en mayor o menor medida, y la función de 'representación' se atribuye no solo al administrador, sino también a los 'apoderados', debiendo entenderse por tales, además de a los que se refiere el artículo 141 TR, a los 'factores' generales o singulares, y a los mancebos - artículos 249 y 295 Código de Comercio EDL 1885/1 "-. Afirma dicho autor, como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, que "para imputar la responsabilidad característica del administrador a quien en el Registro no ostente tal condición, (se) exige que se pruebe que, bajo la apariencia de otras funciones, es realmente administrador". La prueba plena y directa en tales casos se revelará normalmente una "prueba diabólica", debiendo estarse entonces a la prueba indiciaria.

Para poder desplazar la responsabilidad del administrador a personas distintas, es preciso acreditar la existencia de una administración continuada y constante en el tiempo por parte de los demandados, y que tales actos impliquen el concepto de administración de la sociedad. En perjuicio del demandado, el actor y la sentencia recurrida, manejan como sinónimos los conceptos de gestión y de administración, pero cabe diferenciar el sentido del término gestión y el de administración, concepto éste que implica una dirección y control sobre la marcha del negocio en todos sus ámbitos, términos que se escapan a la idea de simple gestión"

Por su parte, la SAP CÓRDOBA 12-1-07 dice que "La figura del administrador de hecho, conocida y tratada desde antiguo en nuestro Derecho, tiene ya caracterización legal en el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 , en su redacción dada por Ley 26/2003, de 17 de julio EDL 2003/29907 ("El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador "). Se suele definir el administrador de hecho por contraposición al de derecho, es decir, será administrador o liquidador de hecho quien no esté nombrado formalmente para el desempeño de tales funciones, pero "de facto" las ejerza. Será del comportamiento del sujeto en relación con la sociedad de donde pueda extraerse o inducirse su cualidad de administrador de hecho. Ahora bien, el que se determine a través de la prueba practicada que a la gestión de la sociedad demandada han concurrido administradores de hecho, no supone necesariamente que se excluya de responsabilidad al administrador de derecho, pues podrá suceder que ambos concurren con su negligencia a la situación de la sociedad.

Y la SAP GRANADA 16-3-07 insiste en el concepto de prueba indiciaria, aunque referido a una sociedad familiar, por tanto el sustrato fáctico no coincide con el de nuestros autos: "que cuando se trata de una sociedad familiar como la de autos, basta que externamente uno de los miembros de dicha entidad familiar actúe o intervenga como titular de la administración, gerente, dueño, apoderado o bajo cualquier forma que aparentemente suponga ostentar tal formal condición, sin que sea exigible una prueba categórica de la misma, bastando la indiciaria"

Faustino al analizar este presupuesto dice que "debe tratarse de un auténtico poder autónomo de dirección y administración, sin que se produzcan subordinaciones a instrucciones de terceros, con total independencia, siguiendo la propia política al margen de la fijada por los administradores de derecho, a los que no se les permite definir otra distinta, de manera soberana "

Pues bien, tampoco las testificales practicadas en el acto de la vista han ofrecido mayor claridad. El Sr. Iván habla de relaciones con D. Gabino en exclusiva; la propia administración concursal identifica principalmente a esta misma persona como principal interlocutor, y al tiempo lo verifica así la testigo D<sup>a</sup> Purificación, empleada de la planta de Vigo. De la misma forma que este juzgador no tiene duda de la importancia de su criterio en la llevanza de la empresa, máxime como administrador de la empresa titular de la práctica totalidad de su accionariado, lo cierto es que la dirección efectiva estaba encomendada a D. Gabino, primero a través de la fórmula de administrador único, y luego como representante de la sociedad nombrada Consejera Delegada. No hay ni un solo dato que nos permita afirmar, siquiera con carácter indiciario, que el Sr. Eloy adoptaba, con carácter general, habitual, constante y ordinario, decisiones de administración ordinaria al margen de los designios de D. Gabino o separadas del criterio de este último, lo que debe llevar a la desestimación de la condición de administrador de hecho de la mercantil.

DÉCIMO - En cuanto a los pronunciamientos patrimoniales de la declaración de concurso culpable.

Han de distinguirse, sobre la base del artículo 172 LC EDL 2003/29207 , dos supuestos a priori bien diferenciados. Uno, contemplado en el artículo 172.2.3<sup>o</sup>, entre cuyos pronunciamientos se encuentra el de indemnizar los daños y perjuicios causados. Otro, el de la responsabilidad concursal del artículo 172.3- hoy 172 bis-, más cualificada que la anterior y limitada sólo a determinados supuestos; se solicita resarcimiento por ambos supuesto, por lo que procederemos a analizarlos por separado.

#### 10.1. Responsabilidad ex 172.2.3 LC. EDL 2003/29207

El primer tipo de responsabilidad es de corte indemnizatorio; como manifestaba la SAP Madrid, sección 28<sup>a</sup>, de 17-9-10, ponente Sr. Arribas, "La responsabilidad que impone el artículo 172.3.3<sup>o</sup> a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices de indemnizar los daños y perjuicios causados, a diferencia de la denominada responsabilidad concursal del artículo 172.3, es una responsabilidad por daño y culpa, y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores ( artículos 134 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada EDL 1995/13459 ), como se deduce del artículo 48.2 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 , que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad que también cabe predicar respecto de la acción individual de responsabilidad ( artículos 135 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada EDL 1995/13459 ), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal.

En definitiva, esta responsabilidad por los daños y perjuicios causados, se anuda como efecto o consecuencia de la calificación del concurso culpable, con el objeto de resarcir el patrimonio social, ahora masa activa, de los daños y perjuicios imputables a la conducta de los administradores, resarcimiento, que a falta de esta expresa previsión legal, solo podría obtenerse mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, para que pueda imponerse esta responsabilidad ha de acreditarse no sólo el resultado lesivo sino el nexo causal entre este resultado y la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable que se imputa a las personas afectadas por la calificación "

Convenimos parcialmente con las pretensiones de la Administración Concursal y Ministerio Fiscal. Directamente ligado a las conductas gravemente culposas que se han examinado, y causalmente conectados con las mismas, existe una obligación de resarcir al patrimonio social aquello que incrementó directamente el pasivo de BASA; el título de atribución, sin embargo, será diverso:

Restitución, hasta el límite de 11.819.790 euros, de las cantidades transferidas a Promalar SL en devolución de su préstamo. Es objeto de condena, exclusivamente, D. Gabino, pues absolutamente todas las transferencias de devolución del préstamo se realizan cuando el

mismo es administrador único de la sociedad fusionada. Evidentemente, dichas cantidades se verán reducidas en idéntica medida en que Promalar SL, hoy en concurso de acreedores, restituya dicho crédito en el concurso, que está calificado como contingente subordinado.

Restitución de 6.647.148,27 euros, como consecuencia de las indemnizaciones laborales dictadas por los juzgados de lo social apreciando extinción de los contratos de la planta de Vigo por incumplimiento empresarial. No compartimos íntegramente el argumento de la Administración Concursal. Los más de 100 trabajadores que vieron extinguidos sus contratos por grave incumplimiento empresarial, de haberse actuado diligentemente, o bien hubieran sido extinguidos de forma colectiva a través de un ERE a sustanciar, como máximo, en el mes de diciembre de 2009, o bien hubieran supuesto un coste importante de mantener los puestos de trabajo con actividad, aunque esta circunstancia era altísimamente improbable. Las medidas extintivas colectivas, aun planteadas sin acuerdo, hubieran prosperado por causas económicas, como prosperó la extinción colectiva dentro del concurso, con fecha 16-11-09, confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, pero hubieran tenido, al menos, el coste legal de indemnización de veinte días de salario por año trabajado, con el límite de 12 mensualidades- artículo 51.8 ET EDL 1995/13475 , entonces vigente-. El agravamiento de la insolvencia supone que todos los miembros del Consejo de Administración- figura por la que se rigen los designios de Alfageme desde 30 de marzo de 2009- deberán indemnizar a la masa del concurso con el exceso de indemnización entre lo que hubiera supuesto un ERE extintivo aplicado, como máximo, el 31 de diciembre de 2009, con la indemnización legal por despido objetivo, y la cantidad final de 6.647.148,27 euros a que, en suma, fue condenada por grave incumplimiento empresarial en los sucesivos juicios que constan relacionados en documento 18 de la solicitud de calificación.

## 10.2. Responsabilidad concursal ex artículo 172.3 LC EDL 2003/29207 .

Interesa resaltar, con carácter previo, dos aspectos. En primer lugar, el régimen transitorio. La ley 38/11 EDL 2011/222123 establece en su DT 10ª que". El nuevo apartado 1 del artículo 164, así como los artículos 167 y 168, los apartados 2 y 3 del artículo 172 y el artículo 172 bis de la Ley Concursal EDL 2003/29207 , modificados por esta Ley, serán de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación, en los que no se haya acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de su entrada en vigor". Aunque parezca claro que la reforma de tales preceptos no es aplicable a la presente sección de calificación-abierta mucho antes de la entrada en vigor de la ley concursal EDL 2003/29207 -, sí existen previsiones normativas modificadas que se limitan a interpretar dudas existentes en la legislación anterior, y afectan a esta sentencia de calificación; muy en concreto, la extensión de la responsabilidad concursal-actual 172 bis LC EDL 2003/29207 - a la " cobertura total o parcial del déficit en la liquidación", a mi juicio, termina con el debate sobre la extensión o no de dicha condena a los créditos contra la masa, puesta en entredicho por algunas resoluciones como la SAP Madrid, sección 28ª de 21-7-09, que en interpretación literal de la expresión "a pagar a los acreedores concursales" excluía a los acreedores contra la masa de la posibilidad de ser resarcidos por dicha extensión de responsabilidad. La expresión "cobertura del déficit" impone la valoración íntegra del desbalance entre lo obtenido en las operaciones de liquidación y los créditos saldados con aquella, sean concursales o contra la masa; previsión que se refuerza con lo dispuesto en el párrafo tercero de dicho precepto, al ordenar que todas las cantidades obtenidas en ejecución de la sentencia de calificación- obviamente, también las ingresadas por el afectado por la calificación de forma voluntaria- se ingresen en la masa activa del concurso, lo que impone el pago en prededucción de los créditos contra la masa, ex artículo 84 y 154 LC. EDL 2003/29207

Dicho esto, la STS 6-10-11 ha venido a clarificar, en cierta medida, la discusión abanderada por distintos órganos judiciales sobre el carácter sancionador o indemnizatorio de la responsabilidad concursal. En síntesis, la sentencia sostiene los siguientes extremos, ya acogidos SAP Pontevedra, sección 1ª, de 15-12-11 y 20-1-12; más recientemente, el TS ha dictado sentencias en idénticos términos, por lo que puede deducirse que la línea jurisprudencial iniciada con aquella se ha consolidado definitivamente- Ver STS 20-4-12 y 26-4-12, ambas ponencias a cargo de Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel-.

- . La cláusula general del artículo 164.1 describe un tipo de daño.
- . Las presunciones legales del artículo 164.2 describen un tipo de actividad, donde la causalidad es completamente ajena.
- . La responsabilidad concursal no es una consecuencia necesaria de la culpabilidad, sino que precisa una justificación añadida.
- . Esa justificación supone un reproche añadido, subjetivo u objetivo en función del tipo.

La reciente SAP Barcelona, sección 15ª, de 23-4-12, ponente Sr. Garnica Martín, interpreta de la siguiente forma las conclusiones del Tribunal Supremo en cuanto a la naturaleza última de la responsabilidad concursal:

"La doctrina jurisprudencial a la que antes nos hemos referido no le atribuye el carácter de una acción de daños porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el " daño que indirectamente fue causado a los acreedores ". Por consiguiente, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexos causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso.

Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit.

5. También la reciente reforma que ha operado la Ley 38/2011, de 10 de octubre EDL 2011/222123 , que ha trasladado la norma del originario art. 172.3 al actual art. 172-bis creemos que ha contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, como se establece en la nueva regulación. La referencia a la expresión déficit ha reforzado la idea

de que había que asimilar esta institución de nuestra Ley Concursal EDL 2003/29207 con otras similares acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -la S. 214 de la Insolvency Act de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial.

También estimamos que esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el párrafo 2.º del art. 172-bis apartado 1:... el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

Por consiguiente, lo que establece el legislador es que, para determinarla, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

6. La nueva redacción del precepto no creemos que haya comportado un cambio sustancial de su contenido anterior, razón por la que no existe inconveniente alguno para que pueda ser aplicado de forma retroactiva, al tratarse de una retroactividad de carácter meramente interpretativo, que la jurisprudencia admite.

7. La doctrina jurisprudencial de constante cita, particularmente la STS de 6 de octubre de 2011, ha incidido en la necesidad de que los hechos imputados para justificar la calificación del concurso culpable al amparo del ordinal 1.º del art. 165 LC EDL 2003/29207 sean relevantes desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, lo que lleva a calificar esa norma (de calificación culpable del concurso) como un tipo de daño. Eso no significa que también la norma de responsabilidad asociada a la misma se convierta en una norma de daños, al menos en sentido propio, como podría parecer, ya que, en su fundamento 4.º, precisa la STS de 6 de octubre de 2011, que el juez debe valorar, al realizar la condena del administrador con fundamento en el art. 172.3, los criterios normativos incluidos en la norma con fundamento en la cual la responsabilidad se ha declarado, a fin de fundamentar el reproche necesario. En suma, si para declarar culpable el concurso es preciso que la demora en la solicitud del concurso sea relevante desde la perspectiva de la generación o el agravamiento de la insolvencia, la importancia o entidad en la que se haya traducido tal generación o agravamiento deben ser factores determinantes al hacer la imputación de la responsabilidad por el déficit generado.

Eso es razonable pero no lleva consigo la conclusión de que el TS esté interpretando el art. 172.3 LC EDL 2003/29207 (lo que sería trasladable al actual 172-bis) como una norma que, puesta en relación con las conductas del art. 165 LC EDL 2003/29207, deba ser interpretada como una norma de responsabilidad por daños. Eso sería tanto como afirmar que se trataría de una norma que establece dos sistemas de responsabilidad contradictorios entre sí o que respondan a principios distintos: (i) uno de responsabilidad por daño, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 165 LC EDL 2003/29207, y (ii) el otro de responsabilidad por deudas, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 164.2 LC EDL 2003/29207. Lo que creemos que el TS ha querido decir es que ambos son supuestos de responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados (como la del art. 262.5 TRLSA EDL 1989/15265, por no instar la disolución existiendo causa legal para ello) sino plurales y abiertos y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso. Por esa razón el legislador no se limita a establecer la responsabilidad por todo el descubierto o déficit y deja que sea el juez quien en cada caso precise su importe.

8. Es cierto que con ello queda aún sin resolver una cuestión crucial, cual es el criterio de imputación conforme al cual se deba atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial. La Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 afirma que habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable. Ello no tiene por qué significar que debamos identificar la generación o agravamiento de la insolvencia con el daño causado al patrimonio del deudor (de forma que se produzca una indirecta afectación de todos sus acreedores), porque ello conduciría a un reduccionismo del alcance de la norma poco compatible con la finalidad que ha perseguido el legislador.

La finalidad que esta norma persigue no es estrictamente resarcitoria, para lo que ya existen otras normas en la propia LC EDL 2003/29207 (la del art. 172.2, 2.º) o en la legislación societaria (las diversas acciones de responsabilidad por daños, particularmente la acción social), sino de distribución o atribución de la responsabilidad derivada de la insolvencia. En suma, se trata de una norma sobre distribución o atribución de los riesgos; en el caso, de atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso.

Esa misma naturaleza es la que ostenta la norma de responsabilidad del art. 262.5 TRLSA EDL 1989/15265 (actual art. 367 LSC). Desde que el administrador conoce o debió haber conocido que la sociedad se encuentra en causa legal de disolución y ha incumplido el deber de convocar la junta, le son imputadas las nuevas deudas que la sociedad adquiera, sin necesidad de ningún requisito adicional. Es decir, un riesgo que previamente pesaba sobre la sociedad deudora y sobre los acreedores se traslada por el legislador al administrador, que debe soportarlo.

9. Como tal norma de imputación de los riesgos, el art. 172.3 LC EDL 2003/29207 (actual 172-bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172-bis.1 que 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 suma, la alegación y prueba de hechos justificativos de la actuación que se haya seguido en cada caso podrá permitir limitar el alcance de la responsabilidad y el alcance de la condena, lo que es tanto como afirmar el uso ponderado y razonable de la norma sobre responsabilidad".

Pues bien, partiendo de la excepcionalidad de la norma, de exigir una justificación añadida a la condena por el déficit concursal, y de su uso razonable, hemos de partir de una circunstancia inobjetable, que actúa como *prius* a cualquier proceso de imputación de responsabilidad : con independencia del efectivo valor de realización de los activos empresariales del concursado, el informe de la Administración Concursal detalla un superávit patrimonial de más de 20 millones de euros- según los textos definitivos, un patrimonio neto de 23.265.817,65 euros, a fecha del informe, con un pasivo de 71 millones de euros y un activo de 95 millones de euros- es cierto que, al acometer el avalúo de los activos, el informe fue realizado con el criterio de empresa en funcionamiento, y que tras un largo proceso liquidatorio, torpedeado por el concursado hasta límites nunca vistos en este juzgado que exceden cualquier acto de ejercicio legítimo de los derechos conforme a la buena fe, obviamente el precio que se pueda obtener por los mismos sea minorado en gran medida, por la depreciación de aquellos de obsolescencia más acusada, desinterés inducido a eventuales compradores habida cuenta el exceso de litigiosidad y, en fin, la dificultad generalizada de obtener financiación; no existe, de esta forma, constancia alguna, ni aproximada, de cuál sea el déficit patrimonial a cubrir en el concurso, tras finalizar el proceso liquidatorio; pero, es más, ni siquiera existe constancia o previsión ajustada de la propia existencia de déficit, más aún cuando existen perspectivas- bien que poco halagüeñas- de recuperar parte del activo a través de la responsabilidad de carácter resarcitorio que se ha acordado. No ha lugar, por tanto, a condena alguna a indemnizar el déficit concursal en liquidación.

UNDÉCIMO - No es necesario someterse a las previsiones del artículo 173 en tanto que los administradores cesaron consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y aun con anterioridad.

DUODÉCIMO - La pena de inhabilitación será de CINCO años para D. Gabino, y TRES años para las sociedades miembros del Consejo de Administración, en atención a la gravedad de las conductas culpables descritas en los fundamentos de derecho.

DECIMOTERCERO -En materia de costas el artículo 196. 2 LC EDL 2003/29207 remite tanto en su imposición como en su exacción a la LEC. EDL 2000/77463 De conformidad con el artículo 394 de la LEC EDL 2000/77463 , las costas en primera instancia se impondrán a las partes cuyas pretensiones sean totalmente rechazadas, salvo que razonándolo debidamente el juez justifique su no imposición. No se encuentran motivos que justifiquen la imposición de costas, en atención a las dudas que plantea el incidente.

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

## FALLO

Que estimado parcialmente las pretensiones formuladas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal debo declarar y declaro:

a) que el concurso de BERNARDO ALFAGEME SA es culpable por concurrencia de las conductas narradas en los fundamentos de derecho, incardinadas en el 164. 1 Y 165.1º LC. EDL 2003/29207

b) que los administradores de derecho D. Gabino - como administrador único-, Arkiterra 2006 SLU, Cobreiro 2004 SLU y Oremor Inversiones SLU- como miembros del Consejo de Administración- tienen la condición de personas afectada por la calificación

Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Gabino a CINCO años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a indemnizar a la masa hasta el límite de 11.819.790 euros, deduciéndose de dicha cantidad lo que Bernardo Alfageme SA perciba de forma efectiva en el concurso de Promalar SL; a la pérdida de cualquier derecho que el mismo tenga como acreedor concursal o de la masa.

Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a Arkiterra 2006 SLU, Cobreiro 2004 SLU y Oremor Inversiones SLU a TRES años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; a indemnizar, solidariamente, a la masa con el exceso de indemnización entre lo que hubiera supuesto un ERE extintivo aplicado, como máximo, el 31 de diciembre de 2009, con la indemnización legal por despido objetivo, y la cantidad final de 6.647.148,27 euros a que fue condenada por los juzgados de lo social; a la pérdida de cualquier derecho que los mismos tengan como acreedores concursales o de la masa.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a D. Eloy y D. Ismael de las pretensiones contra los mismos formuladas.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad

Firme esta resolución remítase mandamiento al Registro Mercantil a los efectos previstos en el art. 320 RRM y art. 198 LC EDL 2003/29207 así como al Registro Civil

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Apelación por quienes hayan sido partes en la sección de calificación en el plazo de veinte días ante este mismo Juzgado de conformidad con lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 para su conocimiento y fallo por la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, previa consignación de 50 euros en la forma prevista en la DA 15ª LOPJ. EDL 1985/8754

Así por esta mi sentencia, que se registrará en el libro de sentencias y de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

José Mª Blanco Saralegui,

Magistrado del juzgado mercantil num.3 de Pontevedra..



PUBLICACIÓN -Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36057470062012100001