



Roj: **SJM B 5565/2021 - ECLI:ES:JMB:2021:5565**

Id Cendoj: **08019470052021100328**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **28/06/2021**

Nº de Recurso: **24/2021**

Nº de Resolución: **365/2021**

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

Ponente: **FLORENCIO MOLINA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Barcelona**

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

TEL.: 935549465

FAX: 935549565

E-MAIL: mercantil5.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120170002006

**Concurso abreviado 208/2017-Sección sexta: calificación del concurso 208/2017-Pieza Incidente concursal oposición calificación ( art.451 LC ) 24/2021 7**

### **CONCURSO NECESARIO**

Materia: Procedimientos concursales

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 3410000010002421

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

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Barcelona

Concepto: 3410000010002421

Parte concursada: LASTER START SL

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado:

Administrador Concursal: M & M Abogados Partnership, SLP

### **SENTENCIA Nº 365/2021**

**Magistrado: Florencio Molina Lopez**

Barcelona, 28 de junio de 2021

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Aprobado el plan de liquidación de la concursada, se ordenó al mismo tiempo la apertura de la sección 6ª de calificación. A continuación, se mandó conceder el plazo previsto en el artículo 168 de la Ley para que cualquier acreedor o persona con interés legítimo alegara lo que tuviera por conveniente sobre cualquier hecho relevante para la calificación del concurso como culpable, no compareciendo nadie más.



**SEGUNDO.** Seguidamente, se dio traslado a la administración concursal para que emitiera el correspondiente informe, requerimiento que fue evacuado mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2020 en el que solicita la declaración de concurso como culpable en los términos del mismo. De dicho informe se dio traslado al Ministerio Fiscal quien se adhirió a la petición de la administración concursal.

**TERCERO.** Finalmente, se dio traslado a la concursada y a las personas afectadas, compareciendo estos y oponiéndose a su estimación.

**CUARTO.** Siendo la única prueba propuesta y admitida la documental, quedó visto para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Causas de culpabilidad alegadas

1. La administración concursal y el Ministerio Fiscal basan su informe de culpabilidad en varias de las causas previstas en los arts. 164 LC y 165 LC. En concreto, sobre la base de los siguientes apartados concretos:

a) art. 164.2.1º LC -falta de llevanza de la contabilidad ç.

b) art. 165.1.1º LC falta de colaboración con la AC.

### SEGUNDO. Régimen legal. Supuestos de culpabilidad en general

2. El artículo 164.1 de la Ley Concursal dispone lo siguiente: " 1.El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso".

3. Tal como indica la SJM nº 3 de Pontevedra, de 25 de mayo de 2012, tal precepto se configura como un tipo de daño y exige de la concurrencia de tres requisitos para que el concurso se califique como culpable. Esto es:

1.- *"Un 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.*

2.- *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.*

3.- *Un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia.*

4.- *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*

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

5. En concreto, el apartado segundo del art. 164 LC, establece una serie de supuestos cuya concurrencia determinará, "en todo caso", que el concurso se declare como culpable. Dicho en otras palabras, se trata de una serie de presunciones que, de acreditarse su concurrencia, determinará "iuris et de iure" (sin admitir prueba en contrario), la calificación del concurso como culpable al presumirse tanto el dolo o la culpa grave como la generación o agravación del estado de insolvencia. A diferencia del apartado primero, el apartado segundo se configura como un tipo de mera actividad que sanciona ciertas conductas por su gravedad y carácter reprochable.

6. En cuanto al art. 165.1 LC, contempla una serie de conductas que de acreditarse su concurrencia, permiten presumir "iuris tantum" (por tanto, en este caso sí que cabe prueba en contrario), la existencia de dolo o culpa grave. Respecto a si dicha presunción se extiende también a la generación o agravación de la insolvencia, las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de calificación, por ejemplo, sentencia de 21 de octubre de 2011, lejos de zanjar la cuestión y fijar un criterio claro para poner fin a los pronunciamientos contradictorios que se estaban dictando por parte de los juzgados mercantiles y audiencias provinciales, generó aún más confusión al dar pie a distintas interpretaciones. Si bien, en posteriores sentencias como por ejemplo la de 17 de julio de 2012, 20 de junio de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, y 17 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo ha ido perfilando esa jurisprudencia inicial aclarando aquellos aspectos que pudieron haber quedado oscuros y que generaron confusión. A raíz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo, ya se puede concluir que el art. 165.1 LC establece una serie de conductas que, de



acreditarse su concurrencia, permiten concluir iuris tantum la existencia tanto del dolo o culpa grave como de la generación o agravación del estado de insolvencia de la concursada.

7. Así, sostiene la STS de 20 de junio de 2012 " en la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre: el Tribunal Supremo señala que el artículo 165 de la Ley 22/2003 constituye "una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1". Y en la sentencia 298/2012, de 21 de mayo , que aquella norma contiene la presunción "iuris tantum" de la concurrencia de culpa grave o dolo, no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia".

8. Asimismo, STS de 26 de abril de 2012, a cuyo tenor: " En la citada sentencia 644/2011, precisamos que la Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado de su artículo 164 - la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - la calificación es ajena a la producción de resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas la propia norma.

Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos ", lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -.

En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre , precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de "una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ", pues manda presumir "iuris tantum" la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencia de que ésta no convenza al Tribunal".

9. Fuera de los casos del art. 164.1, 164.2 y 165 LC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163, el concurso deberá ser calificado como fortuito.

### **TERCERO. Art. 164.2.1 LC . Falta de llevanza de la contabilidad.**

#### **a) Norma y jurisprudencia**

10. Dispone el art. 164.2.1 LC: " En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara".

11. Por tanto, tres son los supuestos comprendidos en el citado precepto y cuya acreditación conllevará, necesariamente, la calificación del concurso como culpable:

a) La no llevanza de contabilidad (o el incumplimiento esencial de esta obligación).

b) La llevanza de doble contabilidad.

c) Por último, la llevanza de contabilidad pero cometiendo irregularidades contables tan relevantes que impiden conocer la situación patrimonial de la empresa.

12. **Incumplimiento de la obligación de llevanza de contabilidad.** La STS de 10 de septiembre de 2012 (ponente: don José Ramón Ferrándiz Gabriel), la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 20 de marzo de 2012 (ponente: doña Marta Rallo Ayezuren), la SAP Barcelona (Sección 15ª), la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 de mayo de 2013 (ponente: don José María Ribelles Arellano), la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 21 de mayo de 2013 (ponente: doña Marta Rallo Ayezuren), la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 de septiembre de 2013 (ponente: don José María Ribelles Arellano), la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 22 de abril de 2013 (ponente: don José Jacinto Pérez Benítez) y la SAP Madrid (Sección 28ª), de 28 de junio de 2013 (ponente: don Ángel Galgo Peco) concluyen que la apreciación de esta causa requiere de la presencia de los siguientes presupuestos:

- Un elemento objetivo: el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 25 del Código de Comercio (en adelante, C.Com.). Recordemos que el artículo 25 C.Com. dispone que "todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de inventario y Cuentas anuales



y otro Diario". Concreta la STS de 5 de junio de 2015 (ponente: don Sebastián Sastre Papiol) que la conducta debe "afectar a la imagen fiel del patrimonio o de la situación financiera del deudor".

- No precisa de un nexo de causalidad entre el elemento objetivo y la generación o agravación de la insolvencia: la STS de 10 de septiembre de 2012 (ponente: don José Ramón Ferrándiz Gabriel) afirma contundentemente que la apreciación de la causa del artículo 164.2.1º LC, no exige "más que el incumplimiento del omitido deber".

No puede imbuirse en la causa del artículo 164.2.1º LC, los siguientes supuestos citados por la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 20 de marzo de 2013 (ponente: doña Marta Rallo Ayezuren):

- La falta de legalización de los libros, ya que "Se trata de un incumplimiento de naturaleza formal que no ha tenido trascendencia -o, al menos, no se ha alegado que la haya tenido- frente a terceros y que no ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial de la concursada".

- La falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro mercantil durante los tres años anteriores a la declaración del concurso, ya que "(...) ese hecho lo tipifica la LC en el artículo 165.3 como una presunción de existencia de dolo o culpa, salvo prueba en contrario".

#### **b) Aplicación al caso, valoración.**

**13.** En el presente caso, es un hecho no discutido y probado que, pese a los requerimientos efectuados, el administrador social Sr. Eliseo no ha aportado dicha contabilidad, lo que supone el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 25 del Código de Comercio: "todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de inventario y Cuentas anuales y otro Diario".

Esta falta/inexistencia de contabilidad afecta a la imagen fiel del patrimonio o de la situación financiera del deudor, habiendo impedido a los terceros y al AC conocer la verdadera realidad financiera de la sociedad.

#### **CUARTO. Artículo 165.2 LC . Falta de colaboración del administrador**

**14.** El citado precepto dispone que " *Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores*".

**15.** Se contiene una única conducta, la falta de colaboración con la Administración Concursal o con el Juez del Concurso, lo que se concreta o bien en la conducta general de falta de colaboración, o en la más concreta de falta de suministro de información o en la falta de asistencia a la junta de acreedores. Las SAP Barcelona (Sección 15ª), de 23 de abril de 2013 (ponente: doña Marta Rallo Ayezuren), la SAP Alicante (Sección 8ª), de 11 de septiembre de 2013 (ponente: don Luis Antonio Soler Pascual) y la SAP Alicante (Sección 8ª), de 12 de julio de 2013 (ponente: don Francisco José Soriano Guzmán), llegan a la conclusión de que la apreciación de esta causa depende de la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- Un elemento activo o material: consistente en el incumplimiento del deber de colaboración. La SAP Alicante (Sección 8ª), de 11 de septiembre de 2013 (ponente: don Luis Antonio Soler Pascual) define el deber de colaboración como el "de lealtad y predisposición, es de buena fe y de asistencia, de auxilio y alianza a la consecución de los fines propios del concurso y desde luego, en absoluto puede efectuarse esta afirmación incluso de quien solo retrasa injustificadamente la entrega de documentación esencial y ejecuta actos directamente lesivos al concurso de la naturaleza de la extracción o sustracción de bienes sin autorización o modifica maliciosamente documentación contable para fines procesales que en absoluto lo justifica".

- No se requiere un nexo de causalidad entre el elemento pasivo u omisivo y la generación u agravación de la insolvencia.

**16.** En nuestro caso, queda acreditado que el administrador social Sr. Eliseo, pese a los requerimientos efectuados por la administración concursal, no aportó documentación que le fue solicitada (véase págs. 4 y 5 del informe de la administración concursal). Ello *per se* ya desencadena la concurrencia de la causa de culpabilidad en este caso, sin necesidad de un nexo de causalidad entre el elemento pasivo u omisivo y la generación u agravación de la insolvencia.

#### **QUINTO. Personas afectadas por la calificación.**

**17.** Dispone el Art. 172.2.1 LC que podrán ser declaradas "personas afectadas" por la calificación del concurso " *los administradores 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 fuere administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición".*

**18.** Tal como sostiene la administración concursal, las personas afectadas por la presente calificación culpable son Eliseo , por su condición de administrador de la empresa, lo que le permitía tener un control directo de ésta, siendo por ello responsable de todas y cada una de las causas de culpabilidad antes relacionadas.

#### **SEXTO. Calificación culpable y consecuencias**

**19.** Por lo expuesto, debe calificarse el concurso de Eliseo como culpable al concurrir las causas de culpabilidad previstas en el art. 165.2 (falta de colaboración) y 164.1.2º LC (falta de llevanza de contabilidad), siendo personas afectadas por dicha calificación Eliseo , por su condición de administrador único.

**20.** Habida cuenta la gravedad de los hechos imputados, es por lo que procede imponerle a Eliseo la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de **3 años** .

**21.** Se declara la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación pudieran tener como acreedores concursales o de la masa, devolviendo los bienes o derechos que, en su caso, hayan obtenido del patrimonio de la concursada o hayan recibido de la masa activa.

#### **SÉPTIMO. Responsabilidad concursal.**

**22.** En art. 172 bis LC, la ley se refiere a la llamada responsabilidad concursal. En dicho precepto se dice que "*cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.*

*Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, 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.*

*En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso".*

**23.** Los presupuestos para que se puede declarar e imponer dicha responsabilidad son los siguientes: a) Que la sección se haya abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; b) Que exista un déficit patrimonial entre el activo del concurso y el pasivo.

**24.** La condena sólo se puede imponer a los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la sociedad, que hayan desempeñado ese cargo durante los dos años anteriores a la declaración del concurso.

**25.** Pues bien, se estima la condena a la cobertura de la totalidad del déficit concursal, en la cuantía de **87.898,29 euros**. Y ello puesto que la ausencia de llevanza de la contabilidad ha impedido conocer hasta qué punto la insolvencia ha sido generada/agravada por dichos incumplimientos del administrador social, afectando a la imagen fiel del patrimonio o de la situación financiera del deudor, habiendo impedido a los terceros y al AC conocer la verdadera realidad financiera de la misma.

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

**26.** No procede hacer especial imposición de las costas.

#### **FALLO**

Que **DEBO ACORDAR Y ACUERDO:**

1º) Calificar como **CULPABLE** el concurso de **LASTER START S.L.**

2º) Determinar como personas afectadas por tal calificación a Eliseo .

3º) Inhabilitar a Eliseo para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de 3 años.

4º) Privar a **Eliseo** de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la



5º) Condeno a **Eliseo** a responder al perjuicio ocasionado que es, como mínimo, de **87.898,29 euros**, en concepto de responsabilidad concursal, cantidad que formará parte de la masa activa del concurso

6º) Sin condena en costas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en un plazo de veinte días ante este Juzgado y del que conocerá la sección 15ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona.

**PUBLICACIÓN.**- La sentencia que antecede ha sido firmada y publicada por el Magistrado-Juez que la suscribe, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ