

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

Francisco Javier Vaquer Martín

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid

EXTRACTO

Este artículo se corresponde con la ponencia que el autor impartió en el II Foro Concursal UDIMA-CEF celebrado el 12 de marzo de 2014.

Se expone el contenido de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales en materia de calificación concursal constituyendo una magnífica base jurisprudencial para el profesional en ejercicio.

El presente trabajo pone de manifiesto la importancia que tiene la contabilidad desde un punto de vista concursal, ya que el incumplimiento sustancial de la obligación de su llevanza da lugar a las causas de culpabilidad que se indican o el concepto de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.

Se concluye con los efectos que tiene el retardo en la solicitud del concurso desde el punto de vista de la calificación del mismo.

Palabras claves: calificación concursal, cobertura del déficit, incumplimiento sustancial, irregularidad relevante y culpabilidad.

Fecha de entrada: 19-05-2014 / Fecha de aceptación: 30-05-2014

LATEST CASE LAW DEVELOPMENTS IN TERMS OF INSOLVENCY PROCEEDINGS CLASSIFICATION

Francisco Javier Vaquer Martín

ABSTRACT

This article corresponds to the presentation the author gave at the II Foro Concursal UDIMA-CEF (an insolvency forum held by Spain's three distance learning universities and a center for financial studies) on 12 March 2014.

It presents the content of the latest decisions delivered by the Spanish Supreme Court and Provincial Courts in terms of insolvency proceedings classification, offering magnificent case law grounding for practicing professionals.

This article highlights the importance of accounting from an insolvency point of view, considering that a substantial breach of the obligation to keep accounting records gives rise to the causes of guilt indicated or the concept of a relevant irregularity in connection to the asset or financial position.

It concludes with the effects of a delay in applying for insolvency from the point of view of the classification that will be applied.

Keywords: insolvency proceeding classification, covering deficit, substantial breach, relevant irregularities and guilt.

Sumario

- I. Introducción
- II. Naturaleza jurídica de las causas de calificación y responsabilidad a la cobertura del déficit
- III. Causas de culpabilidad
 - 1. Primera causa: incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1 LC)
 - 2. Segunda causa: irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la que llevara (art. 164.2.1 LC)
 - 3. Tercera causa: retardo en la solicitud del concurso (art. 165.1 LC)

I. INTRODUCCIÓN

El tema de mi intervención es el relativo a la institución de la calificación concursal y su objetivo es tratar de exponerles el contenido de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales en esta materia; para lo cual voy a centrar mi exposición en dos grandes bloques: uno primero, relativo a la naturaleza de las causas de calificación culpable del concurso y de la responsabilidad a la cobertura del déficit; y uno segundo, que dedicaré al examen de la doctrina jurisprudencial relativa a las tres conductas que con mayor frecuencia vienen a justificar la calificación culpable, cuales son:

- Primera causa: incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad (art. 164.2.1 LC).
- Segunda causa: irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la que llevare (art. 164.2.1 LC).
- Tercera causa: retardo en la solicitud del concurso (art. 165.1 LC).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAUSAS DE CALIFICACIÓN Y RESPONSABILIDAD A LA COBERTURA DEL DÉFICIT

Entrando en la exposición de la doctrina más reciente respecto a la naturaleza de las causas de culpabilidad y la responsabilidad concursal, puede apreciarse en la doctrina del Tribunal Supremo del último año el constante rechazo de recursos de casación por causa de interés casacional, de tal modo que, invocados por los recurrentes, y debido a la contradicción entre los pronunciamientos de distintas audiencias respecto a las causas de culpabilidad, su fundamento y la responsabilidad por déficit, el Alto Tribunal rechaza dichos recursos.

Al definir la ordenación de las causas y su relación entre sí, sostiene el Tribunal Supremo [Auto del TS, Sala 1.ª, de 9 de abril de 2013 (ATS 3127/2013)] que la Ley Concursal (LC) sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno (el previsto en el apdo. 1 de su art. 164), la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culpable, del deudor o 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. Según el otro (previsto en el apdo. 2 del mismo artículo) la calificación es independiente de la prueba de la producción de ese resultado y solo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma, por lo que la ejecución de cualquiera 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 de la concursada, a diferencia de lo que exige el apdo. 1 del mismo artículo–.

Dice además el Tribunal Supremo (Sentencia 614/2011, de 17 de noviembre –siguiendo los números 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril, y 298/2012, de 21 de mayo–) que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos mencionados del artículo 164, sino que se trata de «una norma complementaria de la del apartado 1», pues manda presumir *ius tantom* la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema al ámbito de la prueba de dichos elementos subjetivo.

Con lo indicado el Tribunal Supremo no hace más que reproducir lo ya recogido en sentencias anteriores; pero la rigidez del Alto Tribunal se manifiesta en toda su expresión cuando rechaza las alegaciones de las partes recurrentes al afirmar que en la calificación culpable del concurso deben tenerse en cuenta las especiales y personales circunstancias de las personas afectadas por la calificación y su particular contribución a la insolvencia o agravación, reiterando el Supremo que la mera ejecución de las indicadas conductas del artículo 164.2 y su imputación subjetiva al responsable determinarán su afectación a la culpabilidad concursal, llegando a inadmitir de plano tales razonamientos.

En cuanto a la condena de los afectados por la calificación culpable del concurso, de la doctrina del Supremo (SSTS de 6 de octubre de 2011, de 16 de enero de 2012, de 21 de marzo de 2012, de 26 de abril de 2012, de 21 de mayo de 2012, de 16 de julio de 2012 y la reciente de 20 de diciembre de 2012) pueden establecerse (de modo sistemático y ordenado) las siguientes ideas o conclusiones:

- 1.^a Se afirma abiertamente y de modo tajante que la responsabilidad concursal es una responsabilidad por daño, excluyendo expresamente su calificación como responsabilidad sancionadora, derivada de la concurrencia de dolo o culpa en la conducta de administradores sociales o liquidadores.
- 2.^a Que el déficit patrimonial cuya cobertura abarca la responsabilidad concursal debe calificarse de daño indirecto y colectivo, imputable a los administradores y liquidadores en cuanto sus actos u omisiones dolosas o culposas son causantes de la insolvencia o agravación de la misma.
- 3.^a Que el daño indemnizable por las personas a que se extienda la calificación culpable (cuál es el déficit patrimonial) no es el derivado de la generación o agravación del estado de insolvencia, sino el déficit, de lo que resulta que nos encontramos ante una responsabilidad personal por deuda ajena.

- 4.^a Que dicha responsabilidad concursal lo es por culpa, en cuanto precisa de un comportamiento antijurídico derivado de la causación dolosa o culposa grave de la situación de insolvencia del deudor.
- 5.^a Que dicha responsabilidad con función de resarcimiento no es una consecuencia automática de la calificación culpable del concurso, sino que precisa de una justificación añadida; para lo cual el Tribunal Supremo ordena al administrador concursal y al juez de concurso realizar un específico y concreto juicio de reprochabilidad de las conductas a los responsables, acudiendo para ello a elementos subjetivos y objetivos presentes en el comportamiento de cada partícipe en su contribución causal en el resultado de la insolvencia o su agravación, imponiendo el Alto Tribunal la valoración de tales elementos atendiendo a criterios normativos.
- 6.^a Que el Tribunal Supremo aún no ha dispuesto cómo debe realizarse esa justificación añadida, qué elementos deben tenerse en cuenta, si son los mismos que determinan la culpabilidad y si es preciso justificar o no la relación de causalidad entre la conducta y el déficit patrimonial; extremos todos ellos puestos de manifiesto en el voto particular a la Sentencia del Supremo de 21 de mayo de 2012 que ustedes conocen y ahora reproducidos en la Sentencia de 20 de diciembre de 2012.
- 7.^a Que la responsabilidad concursal del artículo 172 bis de la LC encuentra un adecuado encaje en el amplio régimen jurídico de responsabilidad por daños del artículo 1.101 de Código Civil y de las acciones de responsabilidad de administradores de las sociedades capitalistas recogidas en la Ley de Sociedades de Capital (LSC); señalando el Alto Tribunal que, junto a las acciones de reconstrucción del patrimonio social mediante la acción de responsabilidad por daño y por culpa del artículo 236 de la LSC y de protección de socios y terceros mediante la acción individual de responsabilidad del artículo 238 de la LSC, así como de responsabilidad solidaria por deuda ajena del artículo 363 de la LSC en supuestos de no disolución por pérdidas, en supuestos de sociedades capitalistas declaradas en concurso y sometidas a liquidación concursal con déficit para los acreedores del concurso, se adiciona un régimen jurídico específico de responsabilidad de administradores y liquidadores.
- 8.^a Que la cuantificación de la indemnización a la cobertura del déficit patrimonial exige que la amplia discrecionalidad judicial acuda a la gravedad objetiva de la conducta de los partícipes y al grado de participación de los mismos en los hechos que justifican la culpabilidad del concurso, con exclusión total de la valoración de la incidencia de dichas conductas en la causación o agravación de la insolvencia.

III. CAUSAS DE CULPABILIDAD

Pasando a exponerles la doctrina jurisprudencial sobre las distintas conductas que determinan la calificación culpable del concurso, de un estudio de las resoluciones judiciales resulta (como

les indiqué al principio) que son tres las que de modo abrumador vienen a justificar aquella culpabilidad y responsabilidad concursal; por lo que en ellas centraré mi exposición.

1. PRIMERA CAUSA: INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD (ART. 164.2.1 LC)

El n.º 1 del apartado 2.º del artículo 164 de la LC recoge tres conductas cuyo punto en común es estar relacionadas con la contabilidad del deudor, siendo la primera la derivada del incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad.

La finalidad perseguida por el legislador al declarar culpable esta conducta omisiva la expresa a la perfección la Audiencia de Alicante (Sentencia, Sección 8.ª, de 24 de octubre de 2012) al señalar que el cumplimiento de la normativa sobre contabilidad es de particular relevancia puesto que las disposiciones que ordenan contabilidad tienen como finalidad esencial aportar una información fiable de la situación patrimonial de la empresa y de la evolución del negocio a los socios y terceros que se relacionan con la sociedad y también a los propios administradores; añadiendo la doctrina que estos comportamientos afectan a la faceta funcional de los derechos de crédito, que se ve negativamente afectada cuando se incumplen los deberes de contabilidad, pues el incumplimiento de estos deberes que recaen sobre los empresarios son el paradigma de la gestión desordenada y agravan la insolvencia (SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2012).

Y de tal obligación de llevanza de ordenada contabilidad no está exento el empresario persona física, habiendo entendido la jurisprudencia (SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 31 de octubre de 2012) que la información manuscrita y demás documentación aportada por el deudor comerciante no pueden suplir los libros obligatorios, ni formal ni materialmente, lo que supone incumplimiento esencial; máxime cuando la información suministrada no es bastante desde un punto de vista material y denota que hay esencialidad en el incumplimiento de la obligación contable.

La Audiencia Provincial de Barcelona [Sentencia, Sección 15.ª, de 3 de noviembre de 2010 (NCJ055111)] ha estimado la concurrencia del incumplimiento sustancial en el supuesto de ausencia de contabilidad relativa a los diez últimos meses de la sociedad, argumentando que ello impide conocer con detalle las causas de la insolvencia o en qué medida se ha agravado esta situación durante los últimos meses; habiendo la Audiencia de Madrid apreciado culpa en la total omisión de contabilidad relativa a un ejercicio económico (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 10 de septiembre de 2010).

La Audiencia de Madrid [Sentencia, Sección 28.ª, de 17 de septiembre de 2010 (NCJ054181)] consideró que no puede equipararse el cumplimiento de las obligaciones fiscales con la obligación de llevanza de la contabilidad obligatoria, por lo que no llevada esta apreció culpabilidad, por más que se paguen los impuestos unidos a la explotación; argumentando la Audiencia de Barcelona (Sentencia, Sección 15.ª, de 16 de julio de 2009) que tampoco existe equivalencia entre el supuesto

examinado y la falta de formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 165 de la LC.

La Audiencia Provincial de Alicante (Sentencia, Sección 8.^a, de 24 de octubre de 2012; y de 31 de octubre de 2012) entiende que el incumplimiento sustancial abarca todas aquellas omisiones que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor; apreciando incumplimiento en la llevanza de un único registro diario del total de ingresos, sin desglosar por operaciones, sin llevar libro inventario ni formular cuentas anuales; añadiendo (SAP de Alicante, Sección 8.^a, de 3 de noviembre de 2011) que tal obligación se ve cumplida por la obligación de depósito de cuentas anuales cuando no es posible contrastarlas con los libros de contabilidad porque estos, con gran descuido por parte del administrador social, se han extraviado.

De igual modo se ha incluido (SAP de Alicante, Sección 8.^a, de 20 de febrero de 2009; SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 13 de julio de 2011) en esta conducta culpable el que la concursada no lleva libros de inventarios y cuentas anuales y diario ni haya legalizado libros contables, solo facilitando a la administración concursal listados de extractos contables de las cuentas de mayor obtenidas de los ordenadores de la mercantil.

Los demandados, ante la solicitud de culpabilidad por esta causa, suelen pretender su exoneración del hecho del concurso y de la suspensión o intervención de facultades por el administrador concursal, sosteniendo que la contabilidad ha sido llevada ordenadamente, pero que no pueden aportarla porque la declaración de concurso y la intervención y suspensión se lo impide; a lo que se suele añadir que tales documentos contables estaban en la sede social y que, si no están, no es responsabilidad del deudor y de sus administradores sociales.

En tales supuestos la jurisprudencia ha venido entendiendo (SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 20 de diciembre de 2012; y de 11 de junio de 2013) que, afirmada su falta por la administración concursal, la acreditación del hecho positivo de su existencia es carga procesal del deudor y de los demandados [SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 16 de febrero de 2011 (JUR 2011/145082)]; no supliendo la aportación de tales documentos contables el requerimiento de la demandada a la auditora para que aportase al proceso la contabilidad (SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2013).

Tampoco justifica la ausencia de contabilidad el alegar que contractualmente dicha obligación pesaba sobre asesores fiscales o gestorías (SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 11 de mayo de 2012); en cuanto pesa sobre los administradores sociales el deber de cerciorarse del cumplimiento de la llevanza contable (SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 11 de enero de 2010 y de 9 de enero de 2013).

Desde la perspectiva negativa, no supone incumplimiento sustancial la no llevanza de libro diario, en cuanto del resto de documentos contables se puede obtener una imagen fiel del activo y del pasivo (SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 29 de noviembre de 2012).

2. SEGUNDA CAUSA: IRREGULARIDAD RELEVANTE PARA LA COMPRENSIÓN DE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL O FINANCIERA EN LA QUE LLEVARA (ART. 164.2.1 LC)

La segunda de las conductas recogidas en el n.º 1 es la irregularidad contable relevante, que se ha convertido en la causa estrella de calificación concursal; por lo que me van a permitir que me extienda algo más en su exposición.

Esta causa resulta de igual aplicación respecto de deudores obligados a la llevanza de la contabilidad, pero a diferencia de la presunción anterior relativa al incumplimiento sustancial en la llevanza de la contabilidad, el supuesto examinado encuentra su fundamento no en la omisión total o parcial, sino en la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.

Por ello, para la invocación de esta causa por el administrador concursal y su estimación en sentencia no basta con la prueba de la irregularidad contable, sino que se precisa la concreta acreditación de la repercusión que ello tiene en la imagen fiel de la sociedad y vulneración de los principios contables en el caso concreto de cada partida, sin remisiones generales a un pretendido informe definitivo (SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 2 de mayo de 2013).

En este punto es esencial aclarar el concepto de «irregularidad relevante», concepto analizado por profusa jurisprudencia.

La Audiencia de Barcelona [Sentencia, Sección 15.ª, de 27 de abril de 2007 (ROJ: SAP B 8378/2007)] entiende por tal aquella irregularidad contable calificable de clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida una comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

La Audiencia de Madrid [Sentencia, Sección 28.ª, de 30 de enero de 2009 (ROJ: SAP M 746/2009)] pone el acento en la presencia de irregularidades que desvirtúan la información que la contabilidad proporciona e impide valorar correctamente la actuación del concursado; es decir, se produce un déficit de información para poder valorar la conducta del concursado en relación con el origen o empeoramiento de la situación que ha dado lugar al concurso.

Más reciente y didáctica resulta la Sentencia de la Audiencia de Alicante (Sentencia, Sección 8.ª, de 24 de octubre de 2012) en cuanto fija los elementos que conforman la irregularidad relevante, señalando cuatro: (i) uno material, referido a una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; (ii) uno segundo cuantitativo, por cuanto esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; (iii) uno tercero cualitativo, pues deberá afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no

alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; y finalmente (iv) uno subjetivo, en cuanto la irregularidad debe revelar cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado.

Deben, por ello, incluirse en la presente presunción tanto las irregularidades procedentes de incorrecta contabilización (sea cual fuera su reflejo) que afecten a la claridad y precisión que deben caracterizar las cuentas (arts. 25 y 34.2 CCom.) como las falsedades contables intencionales cometidas por el deudor; así como aquellos otros supuestos en los que el origen de la irregularidad radica en el mero error, derivado de la infracción de la diligencia debida en la llevanza de los libros contables.

La inclusión del error o negligencia contable encuentra su justificación en que para calificar el concurso como culpable es suficiente con que la irregularidad contable sea intrínsecamente relevante, sin necesidad de que contribuya a la generación o agravación de la insolvencia y sin necesidad de que afecte a terceros (SAP de León, Sección 1.ª, de 30 de julio de 2012).

Del mismo modo y al igual que la presunción primeramente examinada, la apreciación de la misma requiere que la irregularidad sea calificable de grave, entendiendo por tal la significativa, importante y grave, sin justificación alguna, de manera que impida la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

Bajando al caso concreto de las resoluciones que han apreciado la existencia de culpa por irregularidad contable, voy a agrupar los pronunciamientos de los juzgados según la esfera contable afectada por la irregularidad.

En materia de activo contable

- Se ha estimado la presencia de grave irregularidad contable en la inclusión de un crédito fiscal correspondiente a la compensación de las pérdidas sufridas, ya que no cabe contabilizar el crédito fiscal en el activo de la sociedad si deriva de pérdidas por hechos habituales en la gestión de la empresa [SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 3 de diciembre de 2010 (ROJ: SAP M 18700/2010)].
- Se ha apreciado culpabilidad en la sobrevaloración de las existencias de modo muy relevante económicamente y de modo muy amplio [SAP de Lugo de 17 de septiembre de 2009 (ROJ: SAP LU 718/2009)]; así como en la práctica de asientos de cancelación de saldos de clientes sin que aquellos estén respaldados por operaciones mercantiles de carácter sustancial capaces de justificar el destino de los activos que los asientos reflejaban contablemente [SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 29 de junio de 2010 (ROJ: SAP M 12296/2010)], y también en la contabilización de existencias excesivas atendiendo al volumen de ventas y a la evolución de la cifra de negocio (SAP de Álava, Sección 1.ª, de 21 de septiembre de 2012).

- También se vio irregularidad en la anotación en el activo de crédito cuantioso contra cliente en virtud de una mercancía que nunca llegó a entregarse, refiriendo el momento temporal de examen de la información contable al de la formulación de las cuentas y no al concurso (SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 6 de marzo de 2009); así como en la contabilización de derechos de cobro a clientes por importe superior a los 5 millones de euros, siendo su importe real de 1.477.000 euros (SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 20 de marzo de 2013); apreciándose igualmente culpa en el hecho de no rectificar contablemente una venta perfeccionada a clientes, pero no consumada posteriormente, manteniendo el ingreso en el activo como derecho de cobro (SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2013).
- Igualmente se declaró culpable la inclusión de existencias sin justificación, sin control ni comprobación alguna por los administradores sociales, razonando que la infracción relevante no radica en el carácter ficticio de las partidas de existencias incluidas, sino en el incumplimiento de las normas contables; porque, sin un sustento contable basado en criterios de valoración predeterminados, conforme a lo previsto legalmente, podemos decir tanto que son ficticias como que no lo son, pero, en definitiva, los datos ofrecidos en contabilidad son de todo punto inciertos (faltos de certeza) (SAP de León, Sección 1.^a, de 24 de julio de 2012); habiéndose apreciado culpa en la inclusión de una abultada partida de existencias sin la presencia de un soporte verificable de las mismas a través de un inventario material (SAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 28 de octubre de 2010).
- Se apreció culpa en la inclusión de derechos de cobro en virtud de factura ficticia, transferida a sociedad del grupo en pago parcial de deuda, procediendo luego a anular dicha factura sin volver a anotar la deuda extinguida, ocultando así deudas que reducirían su patrimonio por debajo de la mitad del capital social (SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 26 de noviembre de 2010); como se apreció culpa en la contabilización de operaciones simuladas de venta a clientes para crear una apariencia de solvencia (SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 21 de octubre de 2008).

En el ámbito de las ampliaciones y reducciones de capital

- Se ha estimado irregular la contabilización de una supuesta ampliación de capital por compensación de créditos con socios, bajo los conceptos de capitalización de saldo de cuenta de administrador y de capitalización del dividendo, todo ello sin dar cumplimiento a las normas societarias para la adopción y publicación registral (SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 18 de marzo de 2011).
- Se ha apreciado culpa en la inclusión de una simulada ampliación de capital con cargo a reservas inexistentes (SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2010).
- Igualmente se apreció culpa en la contabilización de dos operaciones sucesivas de reducción de capital a cero con simultánea ampliación de capital, no existiendo

escrituras públicas que respalden dichas anotaciones, añadiendo la sentencia que para indagar la alteración de la imagen económica de la deudora debe estarse al momento de su anotación y no al momento de la declaración concursal (SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 25 de enero de 2012).

En el ámbito de créditos dudosos de la concursada frente a terceros y no provisionados

- Se ha estimado culpable el concurso en la falta de provisión de créditos en los que concurrían las circunstancias temporales y personales dispuestas en el artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, de tal modo que la existencia de proceso penal por estafa respecto a uno de los créditos exige su provisión por la concursada, así como deben ser provisionados aquellos créditos desatendidos por la concursada durante años sin reclamar judicial o extrajudicialmente su abono (SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 8 de septiembre de 2011).
- Se apreció culpabilidad en la ausencia de provisión de créditos dados a empresas del grupo e impagados mucho después de su vencimiento, sin que el interés de grupo pueda justificar dicha falta de provisión (SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 28 de diciembre de 2012).

En materia de contabilización o activación de créditos fiscales

- Se ha apreciado culpa en el incumplimiento de las normas de valoración dispuestas del Plan General de Contabilidad, tanto de 1990 como de 2007, según las cuales la activación de crédito fiscal requiere: a) que la base imponible negativa se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la gestión de la empresa; b) que se considere razonablemente que las causas que originaron la base imponible negativa han desaparecido; y c) que razonablemente se prevea que se van a obtener beneficios fiscales en determinados plazos; de tal modo que no concurrentes dichos presupuestos al tiempo de su contabilización no debió incluirse [SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 3 de diciembre de 2010]; haciendo cita la jurisprudencia de la Norma del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas aprobada por Resolución de 9 de octubre de 1997 (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 3 de diciembre de 2010).
- Se ha declarado la culpabilidad en la contabilización de crédito fiscal en el activo de la sociedad si deriva de pérdidas por hechos habituales en la gestión de la empresa, si no se considera de modo razonable que las causas que originaron la base imponible negativa hayan desaparecido y si no resulta previsible su recuperación futura con generación de beneficios en ejercicios posteriores con los que compensarlos (SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 30 de enero de 2013).

En materia de omisión de contabilización de la amortización de la maquinaria

- Se ha apreciado culpa en la omisión contable de la amortización de la maquinaria de la sociedad, en cuanto la adecuada contabilización de las amortizaciones refleja la reducción del valor de los activos en un concreto ejercicio y porque conlleva ahondar más en la reducción del patrimonio neto de la sociedad, pudiendo presentar de este modo y anticipadamente unos fondos propios negativos (SAP de León, Sección 1.ª, de 24 de febrero de 2012).
- Igualmente se apreció culpa en la omisión contable de dotaciones para amortización del inmovilizado por un importe que representa el 36% de los activos, con la consiguiente no disminución del valor contable y la no disminución de los resultados o pérdidas del ejercicio (SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de febrero de 2012).

En materia de pasivo contable

- Se ha apreciado culpa en la falta de contabilización de afianzamientos personales, que no se hicieron constar ni en la memoria ni en el pasivo del balance, señalando la jurisprudencia que el importe global de las garantías comprometidas con terceros admite una doble ubicación en las cuentas anuales: (i) en el pasivo del balance, cuando sea posible que de dichas garantías se derive el cumplimiento efectivo de una obligación, o (ii) en la memoria, en otro caso; no habiéndose hecho constar en ninguno de dichos documentos (SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 20 de diciembre de 2012).
- En supuestos de sociedades de grupo, se ha apreciado culpa en la no contabilización de los afianzamientos genéricos de la matriz a la participada, máxime cuando esta dejó de estar integrada en el grupo antes del concurso y sus cuentas dejaron de ser consolidadas mucho antes (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 17 de abril de 2009).
- Se ha apreciado culpa en la falta de provisión de deudas tributarias derivadas de actas de inspección tributaria de elevada cuantía, cuando debió hacerse contar en el subgrupo 14, cuenta 141, de «Provisión por impuestos» del Plan General de 1990 (SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 18 de diciembre de 2008; SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 26 de julio de 2012); como se ha apreciado culpa en la falta de provisión de sentencia de condena dineraria no firme, recordando la sentencia que en virtud del principio de prudencia, los riesgos eventuales y las pérdidas previsibles deben contabilizarse tan pronto como sean conocidas, por lo cual debe dotarse este pasivo cuando nazca la responsabilidad o la obligación que conllevará la indemnización o pago, mediante abono de esta partida, con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 62 o 67. Su cancelación se producirá con la sentencia firme del litigio

o cuando se conozca el importe definitivo de la indemnización o pago (142) (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 18 de noviembre de 2010).

- En igual materia de provisiones, se ha apreciado culpa por la falta de provisión de las cuentas con socios, administradores y empresas vinculadas, y que de haberlo sido correctamente hubieran determinado unos fondos propios negativos (SAP de Tarragona, Sección 1.ª de 23 de enero de 2013).
- Se ha apreciado culpa en el uso de la irregular práctica de efectos de peloteo o de colusión, en cuanto altera la imagen de la sociedad de forma relevante, por lo que se ha considerado incurso en la presunción de culpabilidad que establece el artículo 164.2.1 de la LC (SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 21 de junio de 2012).
- Se ha apreciado culpabilidad en la contabilización como pasivo a largo plazo de deudas a corto plazo, en cuanto ello altera la percepción del fondo de maniobra y la imagen financiera de la sociedad (SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2012).
- Se ha apreciado culpa en la contabilización de aportaciones de socios de la cuenta 118 como pasivo corriente o exigible, sin que pueda admitirse que tal cambio es neutro patrimonialmente, pues altera la imagen de fondos propios y activo no exigible, y la ratio entre ambos (SAP de Baleares, Sección 5.ª, de 26 de marzo de 2013).

En cuanto a los documentos que integran las cuentas anuales

Se ha apreciado culpa en la aprobación y depósito de memoria contable estándar o de modelo, sin contenido alguno, al no ofrecer información concreta al tercero sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad (SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 14 de septiembre de 2011); habiéndose apreciado culpa en la omisión en la memoria de información sobre las amortizaciones del inmovilizado y sobre deudas de más de cinco años o créditos hipotecarios, así como sobre el fondo de maniobra negativo ya existente (SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de febrero de 2012).

Resulta irrelevante que las cuentas con asientos irregulares relevantes sean las anteriores a la solicitud concursal y se depositaran en el Registro tras la declaración de concurso, pues se altera igualmente la imagen real (SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 10 de abril de 2013).

No impide la apreciación de irregularidad contable la circunstancia de que sea imputable a un administrador anterior y se arrastre por el administrador actual, en cuanto este debió actuar con mayor diligencia (SAP de Lérida, Sección 2.ª, de 14 de junio de 2012).

Tampoco es obstáculo para apreciar la culpabilidad por irregularidad contable el cese anterior al cierre del ejercicio fiscal y la no elaboración de las cuentas anuales, en cuanto la demandada ejerció su cargo durante tres de los cuatro trimestres del año y conoció y permitió los asientos irregulares de diario e inventarios que luego se trasladaron a las cuentas anuales (SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 16 de abril de 2010).

No debe apreciarse irregularidad relevante

Por el contrario, la jurisprudencia ha entendido que la gravedad de la irregularidad no es relevante (SAP de Alicante, Sección 8.^a, de 30 de junio de 2011): (i) en la falta de justificación y contabilización de unos ingresos extraordinarios de 129.000 euros; (ii) tampoco en la autofinanciación mediante descuento de efectos que no responden a operaciones comerciales en cuanto no se acreditó que ello alterase la información contable sobre la situación patrimonial y financiera de la concursada; (iii) el mantenimiento indebido en el activo de créditos de dudoso cobro, pues su provisión contable y su exclusión dependen de la concreta situación de deudor para que pueda afirmarse su definitivo carácter incobrable.

Tampoco se aprecia gravedad en la irregularidad derivada de la contabilización del precio por la venta del fondo de comercio como ingreso ordinario cuando debería haberlo sido como extraordinario a fin de informar a terceros del fin de actividad de la concursada (SAP de Teruel, Sección 1.^a, de 10 de mayo de 2012).

No se apreció culpabilidad en la contabilización de unos gastos financieros superiores a los del anterior ejercicio, en cuanto ello se debió a la contabilización de deuda con socios a deuda con terceros; como tampoco en la correcta contabilización de unos gastos de personal muy superiores a los manipulados del ejercicio anterior en cuanto su importe algo superior a los 500.000 euros no afectó a la imagen fiel (SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 14 de diciembre de 2011).

Tampoco se apreció culpabilidad por falta de gravedad en la irregularidad en la sobrevaloración de existencias, en cuanto su volumen no alteró la imagen contable (SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 2 de junio de 2011).

En materia de dotación contable por créditos morosos, como antes vimos, los tribunales han acudido al artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades relativo a la deducción de pérdidas por deterioro del crédito, estimando que los supuestos que autorizan la deducción pueden tenerse en cuenta para la obligación de provisionar; a todo lo cual debe añadirse el requisito de la alteración de la imagen económica y financiera de la sociedad (SAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 5 de marzo de 2013), por lo que de no concurrir unos u otros no concurrirá culpabilidad.

No se apreció irregularidad en el hecho de no anotar contablemente una resolución administrativa de derivación de responsabilidad en cuanto no fuera definitiva en sede judicial, pues los distintos recursos contencioso-administrativos daban a la misma una incertidumbre que no exigía su anotación (SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 18 de febrero de 2013).

En síntesis y para cerrar este capítulo, como ven, la casuística sometida a los tribunales es enorme y compleja, debiendo enfrentarse a esta causa de calificación culpable con un ejemplar del Plan General Contable y de las Decisiones y Acuerdos del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas; pudiendo apreciarse una línea de rigurosa exigencia de responsabilidad personal al administrador social que desatiende las exigencias legales y reglamentarias en materia de conta-

bilidad (sea dolosa, sea por culpa o mero error) generando con ello una imagen distorsionada de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

3. TERCERA CAUSA: RETARDO EN LA SOLICITUD DEL CONCURSO (ART. 165.1 LC)

La tercera de las causas invocada y apreciada con mayor frecuencia es el retraso en la solicitud concursal del artículo 165.1 de la LC y que facilita la apreciación en la conducta de los demandados el elemento subjetivo del dolo o culpa grave, pero que precisan la alegación y prueba del hecho base; habiendo planteado muchas dudas de si resulta precisa la acreditación de la relación causal entre la conducta y la generación o agravación de la insolvencia.

La finalidad de esta presunción, que sí admite prueba en contrario, es reforzar el cumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses, de lo que resulta que el presupuesto esencial viene determinado por la concurrencia de una situación de insolvencia actual, entendiéndose por tal –de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2 LC– la imposibilidad actual de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, con exclusión de los supuestos de insolvencia inminente, en cuanto en ella no existe deber legal de solicitar el concurso.

En palabras de la Audiencia Provincial de La Coruña (SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 28 de febrero de 2013) se ha dicho que la insolvencia se mide por las deudas o pasivo exigible en relación con los activos existentes y la liquidez disponible para hacer frente al cumplimiento regular de tales obligaciones, con exclusión de las deudas todavía no vencidas o ilíquidas y en definitiva no exigibles. Se trata, por tanto, de la cesación o incapacidad para hacer frente al cumplimiento regular o generalizado de las obligaciones, como estado actual, cualquiera que sea su causa.

La apreciación por el deudor de su situación de insolvencia y su conocimiento o el deber de conocerlo resulta difícil en la práctica; por lo que la casuística es enorme.

Se ha apreciado la existencia de culpabilidad

- En la constatación de insolvencia desde el ejercicio 2003, siendo rechazado el argumento de que no fue hasta el cierre contable del ejercicio 2005 cuando apareció dicha insolvencia, pues un administrador diligente hubiera conocido o debido conocer dicha situación, sin necesidad de esperar a la elaboración de las cuentas (STS, Sala 1.ª, de 17 de noviembre de 2011).
- En la concurrencia de causa de disolución del artículo 363 de la LSC en diciembre de 2009, siendo que el concurso se solicitó en enero de 2011 (SAP de Baleares, Sección 5.ª, de 26 de marzo de 2013).

- Se ha apreciado culpa en la existencia de cesación generalizada de los pagos en noviembre de 2006 (un año más tarde que el apreciado por el juzgado mercantil), solicitándose el concurso en septiembre de 2008; igualmente extemporáneo (SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 20 de marzo de 2013).
- En la existencia de múltiples procedimientos judiciales (cambiaros, monitorios, ejecutivos) contra el deudor en el año 2008 por importantes cantidades de dinero, así como numerosos embargos de bienes en el mismo año, siendo que la solicitud de concurso se retrasó hasta junio de 2009 (SAP de Burgos, Sección 3.^a, de 19 de marzo de 2013).
- Haciendo uso del parámetro de los fondos propios, se ha apreciado retraso en la previa existencia de un circulante abultado formado casi exclusivamente de derechos de crédito frente a clientes y todos ellos impagados y de incierto cobro, y si bien ello evitaba contablemente la existencia de fondos propios negativos, ello suponía una imposibilidad material de cumplimiento regular de las obligaciones (SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 18 de noviembre de 2008).
- En el examen de la causa de irregularidad contable antes examinada y el retraso en la solicitud, se ha apreciado culpa en la existencia de irregularidades contables graves y que de no existir hubieran determinado unos fondos propios negativos desde el cierre del ejercicio 2006, informando falsamente las cuentas de unos beneficios extraordinarios irreales (SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 23 de enero de 2013).
- También se ha apreciado culpa por retraso en la existencia de fondo de maniobra negativo, entendiendo por tal el activo corriente o a corto plazo menos el pasivo corriente, y si bien tal indicio no basta por sí solo para poder apreciar una imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones, también lo es aquel fondo de maniobra negativo un indicio más que junto a las demás circunstancias concurrentes pueden revelar una situación de insolvencia (SAP de Burgos, Sección 3.^a, de 26 de marzo de 2013).
- Haciendo uso del parámetro del impago de deudas de derecho público o laborales, se apreció retraso en una previa y muy anterior situación de impago de obligaciones de Seguridad Social y de indemnizaciones a los trabajadores por más de tres meses anteriores a la solicitud concursal (SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 9 de abril de 2012); así como en el impago de deudas tributarias más allá de los tres meses, de lo que se deriva el deber de conocer dicha situación y solicitar el concurso (SAP de La Coruña, Sección 4.^a, de 7 de febrero de 2013).
- En la generación de nuevas deudas por tal demora en la solicitud, con un incremento notable del pasivo entre la presencia del incumplimiento generalizado y la solicitud concursal, lo que implica un agravamiento de la situación económica (SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 29 de noviembre de 2012; SAP de León, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2012; SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 12 de marzo de 2012); así como en la generación de nuevos intereses moratorios, dado que ante la imposibilidad de hacer

frente a las deudas estas siguen creciendo aunque sea únicamente con los intereses convencionales o moratorios, esto es el coste financiero, concurrencia de condenas en pleitos y el deterioro de las viviendas; lo cual además perjudica las diversas opciones que permite la declaración de concurso como continuar la actividad a través de un convenio, así como la aplicación de otras normas de salvaguarda de los contratos o del patrimonio (SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 2 de mayo de 2013).

No se apreció culpa

- En la falta de concreción por el administrador concursal de la relación causal entre el retraso que invoca y generación o agravación de la insolvencia, recordando la Audiencia que la presunción del artículo 165 de la LC es de la conducta del dolo o culpa grave, pero no alcanza al nexo causal entre la misma y el resultado de la insolvencia que debe ser explicitada y acreditada por quien abandera dicha calificación que al caso no se efectúa y de contrario se defiende su inexistencia (SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 13 de marzo de 2013).
- En la solicitud de concurso ante juez incompetente territorialmente (Madrid), que años después (tras resolver la competencia el TS) lo remitió al órgano competente (Valladolid), no encontrando la Audiencia razones para entender que aquella solicitud inicial tuviera motivaciones fraudulentas y permitir el transcurso de los dos años del cese del administrador social (SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 18 de febrero de 2013).
- Se rechazó la existencia de culpa, por la vía de la prueba en contrario, en la acreditación por el deudor de una razonable situación de incertidumbre en torno a la viabilidad futura del negocio y, consiguientemente, en torno a la conveniencia o a la inutilidad de invertir más capital y de proceder a su búsqueda, estimando el tribunal que tal incertidumbre justificó la tardanza (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 10 de septiembre de 2010).