

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN** **SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-13/008583
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.47.1-2013/0008583

Recurso apelación concurso LEC 2000 /
Apelazio-errekurtsoa; konkurtsoa; 2000ko PZL
94/2017 - E

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de lo Mercantil
nº 2 de Bilbao / Bilboko 2 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia
Autos de Incidente concursal de oposición a la calificación
166/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: JOFEL INDUSTRIAL SL
Procurador/a / Prokuradorea: OLATZ URRESTI ELOSEGUI
Abogado/a / Abokatua: PEDRO LEARRETA OLARRA
Recurrido/a / Errekurritua: FRANCISCO JAVIER ESCOBOSA
SAN MIGUEL y MINISTERIO FISCAL
Procurador/a / Prokuradorea:
Abogado/a / Abokatua: RAUL DE LOS BUEIS MARTINEZ

(Admisor. C. de VIRTISÚ, S.L.U.)
c/ Barroeta Aldamar, 8 bgo 1 eta
BILBAO

S E N T E N C I A N º 797/2017

ILMOS. SRES.

D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En BILBAO (BIZKAIA), a veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Incidente concursal de oposición a la calificación 166/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, a instancia de **JOFEL INDUSTRIAL SL** apelante - demandante, representado por la Procuradora Sra. OLATZ URRESTI ELOSEGUI y defendido por el Letrado Sr. PEDRO LEARRETA OLARRA, contra la D. FRANCISCO JAVIER ESCOBOSA SAN MIGUEL en representación de **ESCOBOSA Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.L.P.** en su condición de **Administrador único del concurso voluntario de VIRTISÚ, S.L.U.** defendido por el Letrado Sr. RAUL DE LOS BUEIS MARTINEZ apelado - demandado y el **MINISTERIO FISCAL**; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra

la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 7 de junio de 2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la sentencia de fecha 7 de junio de 2016 es del tenor literal siguiente:

"FALLO

1. Declaro CULPABLE el Concurso Voluntario de Acreedores de la mercantil VIRTISU, S.L. por concurrir la causa general del art. 164.1 LC, el supuesto legal de culpabilidad de irregularidad contable relevante del art. 164.2.1º LC y el supuesto legal de culpabilidad de salida fraudulenta del art. 164.2.5º LC.
2. Determino como persona afectada por la calificación a la Administradora de Derecho Solidarias JOFEL INDUSTRIAL, S.A.
3. INHABILITO a JOFEL INDUSTRIAL, S.A. durante un período de CINCO AÑOS para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona.
4. Declaro la pérdida de cualquier derecho que JOFEL INDUSTRIAL, S.A. tuviera como acreedor concursal o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
5. Condeno a JOFEL INDUSTRIAL, S.A. a abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la concursada, al pago del importe de 26.081.636,07 euros, devengando el interés legal desde la fecha del informe de calificación hasta la firmeza de esta resolución.
6. ABSUELVO de todos los pedimentos deducidos en su contra frente a D. LUIS GÓMEZ SIERRA, D. ENRIQUE MIR SAGARDIA, PAULONIA SERVICIOS DE GESTIÓN SL, MIDESLONIA ADMINISTRACIÓN SL y PARTILONIA ADMINISTRACIÓN SL.

7. Con condena en costas a JOFEL INDUSTRIAL, S.A."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que, admitido a trámite por el juzgado de primera instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el número **94/17 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en incidente de calificación del concurso de la mercantil Virtusú SL, cuya aclaración y complemento fueron desestimadas en autos de 23 de junio 2016 y 24 junio 2016, califica el concurso como culpable por agravación de la insolvencia (art.164.1º), irregularidades contables relevantes (art. 164.2. 1 LC), salida fraudulenta de bienes (art. 164.2.5), declara persona afectada por la calificación a Jofel Industrial SA, administrador de derecho de la concursada a quien inhabilita por periodo de cinco años y le condena al pago de 26.081.636,07 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios y absuelve a D. Luis Gómez Sierra, D. Enrique Mir Sagardía, Paulonia Servicios de Gestión SL, Mideslonía Administración SL y Partilonia Administración SL.

Frente a dicha sentencia interpone recurso de apelación Jofel Industrial SL, que postula la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que declare fortuito el concurso de Virtusú SL, con imposición de costas procesales a las partes que han propuesto la calificación del concurso como culpable y, subsidiariamente, revoque el pronunciamiento referente a la indemnización de daños y perjuicios y desestime la pretensión indemnizatoria, con base en las siguientes alegaciones: i) error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del artículo 164.1.1 LC, ii) error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del artículo 164.2.1, iii) error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del artículo 164.2.5, iv) error e indebida aplicación del artículo 172.2.3º LC.

SEGUNDO.- Por razón de orden sistemático, el examen de las alegaciones que se realizan en recurso para combatir la concurrencia causas de culpabilidad apreciadas en la sentencia se realizará siguiendo el orden en el que las estudia la resolución recurrida.

La primera causa de culpabilidad del concurso de Virtisú que aprecia la sentencia apelada es la contemplada en el artículo 164.2.1, inciso primero, de la LC -incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad-.

La resolución recurrida subsume en esta en esta causa dos conductas contables que figuran entre en las que se denuncian en el informe del AC y en el dictamen MF atinentes a su relación comercial con la matriz Jofel (i) contabilización de las condonaciones de deuda realizadas a Jofel Industrial en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 que en Jofel se anotaban como ingreso financiero, por importe total de 9.975.555 euros (ejercicio 2010, 3.685.950 euros; ejercicio 2011, 3.600.000 euros y ejercicio 2012 2.685.605) contra fondos propios (reservas voluntarias) sin reflejo en la cuenta de pérdidas y ganancias, (ii) falta de dotación del saldo comercial con Jofel por importe de 16.000.000 euros.

En el recurso, sin cuestionar la realidad de las dos actuaciones contables que se han señalado, se niega que constituyen irregularidad contable relevante, con base en alegaciones que, resumidamente, son (i) con relación a las sucesivas condonaciones de deuda: que las condonaciones tuvieron reflejo en la contabilidad pues se registraron con cargo a una cuenta de reservas, que obedecen a correcciones de saldos comerciales -reducción final del precio, que tenían como finalidad distribuir el incremento de gasto del negocio de venta del papel “converting” entre la matriz y la filial- que el método utilizado esta contemplado por la normativa fiscal, que las cuentas fueron objeto de verificación anual por la firma KPMG, que no puso objeción al registro contable de las condonaciones, y que el registro contable de las condonaciones se realizó con asesoramiento de expertos fiscales de la firma Cuatrecasas, (ii) con relación a la falta de dotación del saldo comercial, que la firma auditora no exigió a Virtisú la dotación de provisión ni la consignación del deterioro contable del saldo, por lo que no puede afirmarse que fuera incorrecto técnicamente y que las cuentas del ejercicio 2012 se formularon el 28 febrero 2013 y no se auditaron ni se publicaron pues inmediatamente después se presentó la solicitud de concurso, por lo que la falta de dotación careció de trascendencia respecto a terceros. Y como exponente de la inexistencia de irregularidad contable relevante, señala la no formulación de objeción ni salvedad en los informes sucesivos de auditoria realizados por la KPGM y el dictamen pericial emitido en el curso del procedimiento por PKF Attest Asociados, cuya valoración denuncia que omite la sentencia de primera instancia, que indica las cuentas reflejan la situación patrimonial de la empresa de manera fiel y comprensible para terceros y, añade, que en todo caso una disparidad de criterio de consignación de un hecho contable no puede alcanzarla cota de “irregularidad relevante” y suponer la culpabilidad del concurso y cuya valoración denuncia que omite la sentencia de primera instancia.

La STS Sala 1ª de 24 octubre de 2017 nº 575/2017, rec. 1380/2015, en el FD noveno 4., se refiere a las irregularidades en la contabilidad relevante en los siguientes términos:

«Cuando dicho precepto habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad

«Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica».

Como dijo la sentencia 994/2011, de 16 de enero de 2012:

«Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad (...) carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio (EDL 2003/29207), dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad».

5.- Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior".

El registro de las condonaciones realizadas por Virtisú a Jofel en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 en una cuenta contra reservas, en lugar de la cuenta de pérdidas y ganancias de Virtisú, que es donde deberían de haberse anotado conforme a la justificación de la actuación que refiere la concursada, ha tenido las siguientes consecuencias en los ejercicios afectados: en las cuentas del ejercicio 2010, en las que se declaró un beneficio de 868.913 euros, la contabilización de la condonación en la partida

que correspondería, el resultado hubiera sido de pérdidas por importe de 2.187.037 euros; en el ejercicio 2011, en el que se declaró un beneficio de 821.885 euros, el resultado hubiera sido de pérdidas por importe de 2.778.115 y en el ejercicio 2012, en el que se declararon pérdidas de 1.436.153,94 euros, el resultado negativo hubiera sido de pérdidas 4.121.758 euros.

El registro contable de las condonaciones en cuenta distinta a la pertinente traslada a los terceros una información distorsionada de los resultados de la empresa pues recoge un resultado de beneficios en los ejercicios 2010 y 2011 y en el ejercicio 2012 de pérdidas de menor importe que las reales, con lo que se incumple la exigencia del artículo 34.2 del Código de Comercio y del artículo 1 del Plan General de Contabilidad que preceptúan que las cuentas deben de mostrar una imagen fiel de los resultados de la empresas.

Por tanto, la actuación constituye una irregularidad contable relevante como sostiene la sentencia apelada.

Y se señala que la relevancia de esta irregularidad contable ni siquiera es negada abiertamente en el informe emitido pericial de PKF Attest, cuya valoración se denuncia preterida sin fundamento (la sentencia apelada contesta las opiniones del informe sin nominarlo), pues el informe se limita a señalar que el hecho de que las condonaciones se hayan anotado contra la cuenta de reservas y se reflejen en “fondos propios” o que lo fueran en pérdidas y ganancias tiene las mismas consecuencias en el valor contable del patrimonio, es decir, que se fija exclusivamente en uno de los aspectos que deben reflejar las cuentas (...) art. 34 Código de Comercio y pasa por el alto el resultado de la empresa.

De otra parte, es intrascendente para apreciar la existencia de incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, conforme a la jurisprudencia citada, que la anotación contable de las condonaciones de deuda contra cuenta de reservas voluntarias en vez de en la partida correspondiente de la cuenta de pérdidas y ganancias se haya producido por error o de forma intencionada, sin perjuicio del mayor reproche que merezca una actuación intencional, como declara la STS 994/2011, antes citada.

Pero es que, además, los documentos que cita la apelante en el recurso en modo alguno acreditan que la irregularidad contable tenga por causa un asesoramiento técnico equivocado, ni que la cuenta en la que deba figurar el hecho contable de que se trata sea susceptible de distintas interpretaciones. En este sentido, se señala que la contestación de Cuatrecasas a la consulta que le planteo Virtisú antes de formular las cuentas del ejercicio 2010 (Anexo 65, informe Calificación) no indica que se le hubiese solicitado opinión sobre la forma de contabilizar una regularización de precios, sino únicamente una condonación de deuda, sin explicación alguna sobre el crédito que se pretendía condonar, ni la causa de la condonación. Y la no formulación de objeción a las cuentas de los ejercicios 2010 y 2011 por el registro contable de las condonaciones contra una cuenta de reservas por parte de KPMG encuentra explicación razonable en la ausencia de datos sobre las condonaciones en las cuentas que auditó, y en la contestación de la consulta de Cuatrecasas que consta le fue exhibida, a lo que cabe añadir que otras informaciones que se contenían en las cuentas (Memoria) como, por ejemplo, la referente a “transmisiones

entre personas vinculadas”, que indica que se realizan conforme “al valor razonable de la contraprestación entregada o recibida”, no se compadecen con un ajuste de precio en las transmisiones intragrupo.

La segunda irregularidad contable que aprecia la sentencia apelada es la omisión de la provisión o, según terminología del Plan General de Contabilidad, dotación de deterioros.

El artículo 36 del Código de Comercio establece la obligación de incluir las provisiones en el pasivo del balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias

El Plan General de Contabilidad en la norma de valoración 9,^a y el adaptado para PYMES en la 8^a, establecen que “Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un activo financiero o de un grupo de activos financieros con similares características de riesgos valorados colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que puedan venir motivados por la insolvencia del deudor.

Las correcciones valorativas por deterioro, así como su reversión cuando el importe de dicha pérdida disminuyese por causas relacionadas con un evento posterior, se reconocerán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias”.

En el caso, los periodos medios de pago de Jofel a Virtusu, aun no siendo excesivos -entre tres y siete meses- superaban ampliamente el aplazamiento pactado por las partes -quince días- y además es determinante en el cálculo de los periodos medios de pago la condonación de los créditos más antiguos que se efectuó al finalizar el ejercicio 2012 y en los anteriores y se recuerda que la condonación del ejercicio 2012 ascendió a 2.685.605 euros, por lo que de no haber tenido lugar las condonaciones de las facturas más antiguas los periodos medios de pago hubiera sido de mayor extensión. Y aunque no hay disposición legal que establezca el lapso a partir del cual se debe provisionar, un elemental principio de prudencia exigía realizar provisiones o dotaciones por deterioro por las evidencias objetivas de riesgo de impago por parte de Jofel, y es oportuno reseñar que ya desde el ejercicio 2010 sino antes, la situación de fondos propios negativos de Jofel se eludió mediante los “ingresos financieros” contables y materiales que se obtenían de la filial, por lo que es contrario a la razón pretender que la propia Jofel, administradora de Virtusu, no conocía su situación económica y el riesgo de impago a su filial.

La omisión de la correspondiente dotación por deterioro en el pasivo del saldo comercial con Jofel que figura en el activo del balance tuvo como consecuencia una distorsión en los “fondos propios” en el patrimonio de Virtisú en los sucesivos ejercicios y el retraso en la manifestación de la insolvencia que se hubiese revelado antes de haberse efectuado la dotación por deterioro. Y es que, como advierte la sentencia apelada, no se alega la ocurrencia de ningún hecho novedoso en Jofel en el ejercicio 2013 que hubiera

hecho imposible repentiniamente la recuperabilidad del saldo.

Nada se dice sobre la falta de dotación del saldo comercial en el informe de PKF Attest, que se limita a indicar que los plazos medios de pago de Joffel son razonables y que Joffel ha realizado pagos por importes muy significativos hasta el ejercicio 2012, afirmación que no se pone en cuestión, tal afirmación no es incompatible con la exigencia de provisión en el caso.

Así, dado que Jofel era prácticamente el único cliente de Virtisu y atendiendo el importe del saldo no provisionado y las consecuencias de la omisión provisión o de dotación del saldo en las cuentas, la actuación merece la consideración de irregularidad contable relevante.

TERCERO.- La sentencia apelada considera que las condonaciones de deuda que realizó Virtisú a Jofel en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 son incardinables en la causa de culpabilidad contemplada artículo 164.2.5º LC, salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor.

En el recurso se niega la concurrencia de causa aduciendo que la sentencia no explica en que consistiría la salida fraudulenta de bienes que se imputa a Virtisú y tampoco el ánimo fraudulento, que confunde los actos de disposición del patrimonio social con la ausencia de claridad en las cuentas y que las condonaciones fueron acordadas por las partes Jofel y Virtisú por un motivo económico, ajuste de precio, que de no haberse producido habría dado lugar a un enriquecimiento injusto para Virtisú y que la actuación fue realizada de acuerdo con la legislación tributaria vigente y previa consulta a los asesores fiscales de la compañía.

La STS 269/2016 22 de abril de 2016, Recurso: 2431/2013, en el FD Cuarto, epígrafe primero dice:

1. Conforme al art. 164.2.5.º LC, el concurso se calificará como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

(...)

En la sentencia núm. 174/2014, de 27 de marzo, señalamos que:

«[...] El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

»La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado

hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan).

»Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan».

Es decir, la salida fraudulenta que exige el art. 164.2.5.º LC no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener el deudor de ocasionar un perjuicio a los acreedores.

Por su parte, la STS 185/2015 del 10 de abril de 2015, Recurso: 952/2013 dice que *"la salida de bienes o derechos a que se refiere el precepto no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento".*

La condonación de Virtisú a Jofel carece de justificación. En las cuentas de los ejercicios 2010 y 2011, en el epígrafe reservas voluntarias (ya se ha dicho las condonaciones se registraron en una cuenta de reservas voluntarias), se informa de la realización de condonaciones por sendos acuerdos del socio único, sin hacer mención a la regularización de precios ni a redistribución de resultados, es decir, que el socio único y administrador de Virtisú decide por acto de liberalidad perdonar parte de la deuda de Jofel, y es en las cuentas del ejercicio 2012 cuando se informa de la existencia de un pacto entre la sociedad y su socio único para proceder a la redistribución de costes en la cuenta comercial *"incrementos históricos de los costes de los costes absorbidos por el socio único fueran repartidos entre ambas compañías en la cuenta comercial"*, sin que el acuerdo con tal contenido figure en Acta, en el Libro Registro de operaciones con el socio único, ni en ningún otro lugar, es decir, que el hecho que determina la reducción del saldo comercial – acuerdo del socio único y de la sociedad de regularización de precios- no está documentado en la forma prevista legalmente (artículo 16.1 TRLSC) y se menciona en las cuentas de Virtisú del ejercicio 2012 no depositadas inmediatamente antes de presentar la solicitud el precurso, y después de haber efectuado dos condonaciones de deuda en los ejercicios 2010 y 2011, en virtud de sendos acuerdos del socio único, lo que supone un intento de dar cobertura a las condonaciones ya realizadas.

Por otro parte, desde el punto de vista comercial no tiene sentido que se fije un precio de venta intragrupo, para después, al término del ejercicio, aplicar una rebaja sobre

el precio de la mercancía facturada por vía de condonación de deuda. Y es de señalar que la decisión del precio de venta del producto la adopta la matriz, que es también quien decide comercializar el producto a pérdidas (precio inferior al de compra), y así mismo es la matriz, quien en su condición de administradora y socia única de Virtisú, decide trasladar a la filial el coste económico de la decisión de venta a terceros a pérdidas, sin que, como señala la sentencia apelada, se sepa que beneficio ha reportado tal proceder a la filial, pero si a la matriz, que registró la operación en las cuentas como ingreso financiero y por esa vía evitó que las cuentas reflejen la sociedad estaba incurso en causa de disolución.

Es indiferente cual fue la razón que determinó la realización de las condonaciones, pero es evidente que con tal actuación se ha causado un perjuicio a los acreedores, pues mediante las condonaciones se ha reducido el patrimonio de la Virtisú y, por tanto, las posibilidades de cobro por parte de estos, sin que tal perjuicio pudiera ser desconocido por Jofel puesto que es elemental que cualquier acto de minoración de activo que no tiene correlativo en el pasivo supone un perjuicio para los acreedores. Y es manifestación de la conciencia de perjuicio que la condonación del ejercicio 2012 se efectuara después de formular la solicitud de precurso (11 diciembre 2012).

Y si bien no se ha suscitado cuestión con relación a la acotación temporal que realiza el artículo 164.2 5º LC del hecho que tipifica- dos años anteriores a la declaración del concurso- se señala que las cuentas del ejercicio 2010 fueron presentadas el 4 de mayo 2011 (Anexo 66 del Informe de la AC)

CUARTO.- La sentencia apelada también aprecia la concurrencia de la causa general de culpabilidad contemplada en el artículo 164.1 LC., acción dolosa o culposa del deudor que ha contribuido causalmente a la generación o agravación de la insolvencia.

La sentencia apelada subsume en la causa general de culpabilidad una serie de actuaciones concurrentes de la concursada realizadas bajo el dominio del interés superior de la matriz, que considera han generado la insolvencia y una acción que considera ha agravado la insolvencia.

Las conductas que la resolución recurrida considera que han concurrido en la situación de insolvencia de Virtisú son las que se recogen en el informe de la AC: la generación continuada de deuda por la matriz desde el año 2006 hasta marzo de 2013, bien retirando directamente dinero de las cuentas de Virtisú, bien dejando impagado parte del producto que compraba, que ha tenido como resultado saldos continuos y mantenidos en el tiempo por importe de 16.000.000 de euros (sin computar el importe de las condonaciones que suman más de 9.000.000, cuestión sobre la que se ha tratado en el precedente), actuación que se realizó conscientemente, con la finalidad exclusiva de beneficiar a la matriz y llevó a Virtisú al agotamiento financiero y que es exponente del dominio de la matriz sobre la filial, de lo que también es indicativa la realización por la matriz de operaciones de garantía de deuda de la matriz con bienes de Virtisú y las condonaciones de los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

Tal actuación al efecto de la subsunción normativa se ha complementado con la omisión de reclamación de la deuda de la filial a la matriz, que la sentencia apelada califica de hecho grave en la medida que supone una dejación de un derecho básico (cobrar lo adeudado) realizado de forma consciente voluntaria con el único objetivo de salvar a la matriz a costa de sacrificar a la filial.

Es decir, se genera deuda de magnitud forma continuada por parte de la matriz, que no reclama la filial y se agotan los recursos financieros de la filial en beneficio de la matriz.

La tercera conducta que se considera concurre en la generación de la insolvencia es el desentendimiento de la suerte de la filial una vez que ha sido vaciada financiera y económicamente y supone más carga que beneficio (por las cuentas de la filial) para la matriz.

Y la actuación que considera que ha agravado la insolvencia es el incremento de la deuda de Jofel con Virtisú en 2.063.622,30 euros, por compraventa de mercadería en el periodo comprendido entre la comunicación previa del artículo 5 bis LC hasta la declaración de concurso, actuación que considera evidencia el afán de Jofel de aprovecharse económicamente de la filial hasta el último momento.

En el recurso, que no cuestiona las cifras del saldo comercial en la fecha de la declaración del concurso (solicitud del concurso 16.221.007,07), se alega: i. con relación a la actuación que considera generadora de insolvencia, que la sentencia no explica la relación de causa – efecto entre las conductas que describe y la insolvencia de Virtisú, ni porque Virtisú no habría sido insolvente si Jofel hubiera actuado de otra manera y tampoco la viabilidad del cobro, siquiera sea parcial, por parte de Virtisú de la deuda con Jofel y ii. respecto a la conducta que considera que ha agravado la insolvencia, que la resolución recurrida no cuantifica el importe del agravamiento, no valora el eventual impacto positivo de las ventas sobre la marcha de la compañía, ni explica las alternativas que habría tenido Virtisú, y añade que no hace ninguna mención al dictamen emitido por PKF Attest, que es la única prueba pericial que se ha practicado que sitúa las causas de insolvencia de Virtisú al margen de la deuda de la matriz Jofel, de lo que es exponente que hasta el mes de Diciembre de 2012, Virtisú fuera una empresa solvente con igual volumen de deuda con la matriz, que la relación comercial entre Virtisú y Jofel fue continuada en el tiempo y lo largo de los años Jofel pago a Virtisú más de 230 millones y que justamente siete meses antes de la declaración de concurso (30 en marzo de 2013), le fue imposible pagar la deuda porque carecía de capacidad financiera y que el saldo final que se llevó al concurso encaja en los patrones habituales de conducta entre las sociedades y que únicamente el 20,7% del saldo tenía una antigüedad de más de 120 días.

En primer lugar se indica que la única cuestión relevante al efecto de la concurrencia de la causa de culpabilidad general contemplada en el artículo 164.1 LC, es la referente a la existencia de relación causal, que es una exigencia del precepto.

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."

Así, del precepto resulta que los requisitos para la declaración del concurso culpable son los siguientes: a) 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. b) que el comportamiento tenga una antijuridicidad importante merecedora de la calificación de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia. c) un resultado consistente en la generación o agravación del estado de insolvencia. d) 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 sea consecuencia de a la actuación de aquel a quien se declara como culpable.

Tales requisitos y, señaladamente, el nexo concurren en los hechos que relaciona la sentencia apelada.

Es evidente que el impago de la mercancía facturada que tiene un coste para la empresa fabricante -coste de producción- al que debe hacer frente, con un volumen de transacción importante, realizado de forma continuada en el tiempo es susceptible de generar insolvencia, por agotamiento financiero, sino se obtienen ingresos por otras vías o los ingresos son de montante inferior, pues el gasto que se realiza no tiene contrapartida en ingresos que han de ser, como mínimo, de igual importe más los demás gastos de transacción.

En el caso Jofel, administradora y casi cliente único de Virtisú, desde el año 2006 de manera continuada dejaba impagada una parte importante del precio de la mercancía comprada a Virtisú, la cual tenía que hacer frente a los coste de fabricación, de manera que el saldo por deuda comercial estaba en torno a los 16.000.000, sin computar las condonaciones de las que ya se ha tratado.

Los datos contables que consigna la administración concursal, que no se discuten, son incontestables. Según las cuentas de Virtisú, en el año 2010 se tenían unos fondos propios de 15.539.891 euros (Anexo 66 AC). El volumen anual de ventas de Virtisú a Jofel rondaba los 40.000.000, que en parte importante quedaba sin pagar, y de esa parte de precio no abonada, que nunca fue objeto de reclamación, al final de los ejercicios correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 se condonó la que correspondía a las facturas más antiguas, por un importe que superaba ampliamente el margen máximo de beneficio de Virtisú, -calculado sobre un margen del 3%, suponía 1.000.000, con la consiguiente merma de los fondos propios-. Así, de un ejercicio a otro se arrastraban facturas vencidas pendientes de pago -el plazo de pago que habían pactado las partes era de quince días-, de las que se una parte se pagaba durante el ejercicio, otras se cancelaban al finalizar el ejercicio y otras pasaban al siguiente, siendo el saldo comercial impagado más elevado cada ejercicio y los fondos de Virtisú propios de menor montante hasta llegar al agotamiento financiero, como dice señala la sentencia apelada.

Pretender que la insolvencia de Virtisú es ajena al saldo del pasivo comercial entre Virtisú y Jofel es prescindir la lógica. Como señaló la administración concursal en su informe que reproduce el escrito de oposición al recurso, el saldo de histórico de Jofel y Virtisú provenía del préstamo de 11.000.000 que realizó Virtisú a Jofel del dinero que había obtenido de la venta de los terrenos de Bizkailur, que pasó a anotarse como saldo comercial por importe de 8,7 millones, que se añadió al que correspondía efectivamente a deuda comercial de 7,6 millones y este saldo que a fecha 30 de Dic. 2010, antes de la primera condonación, era de 8.4 millones, el 31 de Marzo 2013 era de 16 millones (16.110.081,07), sin computar las condonaciones que se practicaron en ese periodo a las que nos hemos referido en el precedente y que sumaron 9.971.555.

La pasividad de la administradora en tal situación, sin entablar acción alguna para obtener el cobro de débitos mantenidos en el tiempo, constituye una grave negligencia que no tiene explicación desde el punto de vista empresarial sino es la de financiar a la matriz y someter a la filial a las necesidades de la matriz. Y la cuestión no es si en Marzo de 2013 Jofel podía o no hacer pago al saldo pendiente, sino que antes de esa fecha la Administración de Virtisú no hizo nada para cobrar un saldo que en el año 2010 ya ascendía a 16.000.000 euros.

De otra parte, los embargos y la falta de financiación no son causa de la insolvencia sino consecuencia del agotamiento financiero de Virtisú, y del saldo que mantenía la matriz, que conducía inexorablemente al agotamiento de los recursos. Y tampoco puede vincularse la insolvencia con un descenso de las ventas, puesto que con la política de “ajustes” decidida por la administradora el incremento de ventas hubiera generado mayores gastos para la filial y más pérdidas.

Así mismo, es incontestable que las ventas realizadas a Jofel en el periodo preconcursal agravaron la insolvencia pues el saldo se incrementó en 2.063.622,30 euros, que es la diferencia entre el precio de las ventas realizadas... y la parte del precio que satisfizo Jofel a Virtisú- 376.088,75- euros-. Con tal actuación se incrementó el pasivo de Virtisú en beneficio exclusivo de Jofel, que vendió la mercancía a tercero, pero no pago el precio, actuación que no puede justificarse en el embargo de las cuentas de Virtisú, pues tenía otras opciones con efecto liberatorio que hubieran evitado la agravación de la insolvencia de la filial.

QUINTO.- Por último, se cuestiona en el recurso la condena a la administradora Jofel Industrial SA a indemnizar daños y perjuicios a la concursada en la suma de 26.081.636,07 euros, al amparo del artículo 172.2.3º, que se dice ha sido indebidamente aplicado.

La sentencia apelada, de acuerdo con el criterio de la administración concursal, fija el importe del daño en la cantidad que resulta de la suma del saldo que la sociedad matriz dejó de abonar a la filial por decisión del administrador según los hechos que han determinado la calificación del concurso como culpable, y que no fue objeto de reclamación en beneficio de la matriz que unido a las condonaciones provocó la insuficiencia de recursos consecuentemente insolvencia, del importe de las

condonaciones y el del débito contraído por Jofel por compraventa de mercancías cuando Virtisú estaba ya en situación de insolvencia, que incrementó el déficit patrimonial

En el recurso se alega, en síntesis, que Virtisú no habría podido cobrar nunca el saldo de 16.221.000 debido por Jofel en concepto de precio, cualquiera que hubiera sido el nivel de prudencia o las reclamaciones formuladas, por lo que el daño hubiera sido el mismo; que el daño indemnizable no puede comprender una deuda reconocida y que tampoco se podría cobrar el saldo condonado pues el precio real de las transacciones se fijó por convenio de voluntades entre cliente y proveedor y que no se ha tomado en consideración el dinero que aportó Jofel durante el precurso.

Sobre la responsabilidad por daños y perjuicios, la STS Sala 1ª, S 14-7-2016, nº 490/2016, rec. 363/2014, que recoge la anterior S 11-3-2015, nº 108/2015, rec. 1020/2013, dice:

Distinta a la responsabilidad por déficit concursal es la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC tanto por razón de su objeto como del presupuesto subjetivo

«La responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores (art.172.2.3º LC (EDL 2003/29207) en su redacción por la Ley 38/2011)».

En nuestro caso, como se ha razonado en el FD Tercero las condonaciones se realizaron en beneficio exclusivo de Jofel, administrador y socio único de Virtisú, que las computó en sus cuentas como ingresos financieros, y por esta vía eludió la aparición en las cuentas de la causa de disolución sin que se haya acreditado ventaja económica para Virtisú y como quiera que las condonaciones han causado un perjuicio patrimonial a Virtisú, que ha visto reducido su patrimonio en suma igual por la minoración del pasivo de Jofel, Jofel Industrial deberá indemnizar a Virtisú en una suma igual al importe total de las condonaciones, que es 9.971.555 euros.

Por otra parte, la generación de pasivo por parte de Jofel sostenida en el tiempo, ha causado un perjuicio igual al importe del pasivo generado que no fue objeto de reclamación por parte de Virtisú incidió en la generación de la insolvencia condonada, concretamente el saldo comercial que figura en las cuentas del ejercicio 2012, es de 16.110.081,07, sin incluir el importe de las condonaciones realizadas en los tres ejercicios. El perjuicio pudo ser evitado o minorado por administradora y socia única poniendo fin a las transacciones comerciales con la filial a las que sabía que no iba a poder hacer frente pudo evitar al perjuicio.

Por último, las ventas de Virtisú a Jofel en el periodo de precurso ha causado también un daño a Virtisú, pues han supuesto un incremento del pasivo en la suma de 2.063.622,30 euros, que es la cifra que resulta de deducir el dinero que ingreso Jofel en Virtusú con el único fin de cubrir los gastos necesarios para que Virtisú continuara con fabricación del producto para su ulterior comercialización por Jofel, que lo vendió a tercero pero no pago a Virtisú el precio.

Así las cosas y no habiéndose suscitado otras cuestiones sobre la responsabilidad por daños y perjuicios, procede mantener inmodificada la cuantificación de daños y perjuicios que realiza la sentencia apelada.

QUINTO.- Dado que lo expuesto y razonado comporta la desestimación del recurso, se imponen a la parte apelante las costas causadas en el recurso en apelación en aplicación de lo dispuesto en el art 398 LEC

SEXTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

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

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, y su Constitución,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Olatz Urresti Elosegui en representación de Jofel Industrial S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado Adscrito a los Juzgados de lo Mercantil en los autos 166/14 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la sentencia, con imposición al recurrente de las costas causadas en el recurso.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de

CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0094 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente el día 19 de enero de 2018, de lo que yo la Letrada de la Admón. de Justicia certifico.