

**UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL
Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ**

**MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO
MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO
EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008
TEL.: 945-004877
FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: 01.02.2-15/001574
NIG CGPJ / IZO BJKN : 01059.47.1-2015/0001574

Procedimiento / *Prozedura*: Inc.concur. 171 / Konk.intz. 171 128/2017 - B
Descripción de la pieza/Pieza: Incidente concursal de oposición a la calificación / Konkurtso-intzidentea:
kalifikazioari aurka egitea
Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Concurso abreviado/Konkurtso laburtua 85/2015

Demandante / *Demandatzailea*: ATTEST SERVICIOS
EMPRESARIALES S.L. MINISTERIO FISCAL.
Abogado/a / *Abokatua*: JUAN IGNACIO ASIN GARCIA
Procurador/a / *Prokuradorea*:

Demandado/a / *Demandatua*:
BODEGAS ARACO S.L., COMPRE Y COMPARE S.A. y
QUESERIAS LA ERALTA SL
Abogado/a / *Abokatua*:
Procurador/a / *Prokuradorea*: MARIA ODILE SEOANE OSA,
MARIA PILAR ELORZA BARRERA, JESUS LOPEZ GRACIA y
MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

SENTENCIA Nº 74/2018

En Vitoria-Gasteiz, a 25 de abril de 2018.

Vistos por mí, M^a Teresa Trinidad Santos, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos de la pieza de oposición a la calificación del artículo 171 LC con el nº 128/17, de la Sección 6ª del Concurso Abreviado 85/15, siendo parte actora la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, integrada por ATTEST SERVICIOS EMPRESARIALES, y LA FISCALÍA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA; y demandados BODEGAS ARACO S.L. representada por la Procuradora Pilar Elorza y asistida del Letrado Julio García Aguarón, presentado por la Procuradora Odile Seoane Osa y asistido del Letrado José Antonio Correas Biel, COMPRE Y COMPARE S.A. representada por el Procurador Jesús López Gracia y asistido del Letrado Enrique Valentín Prades y QUESERÍAS LA ERALTA S.L. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado Daniel García Jiménez, se procede a dictar la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de Auto de fecha 14.07.2015 se declaró en concurso necesario de la mercantil BODEGAS ARACO S.L., promovido por CORTO PLAZO INVERSORES S.L.

Ordenada la apertura de la sección sexta, el 03.01.2017 presenta la Administración Concursal (en adelante AC) informe de calificación en el que interesa:

1. Se declare culpable el concurso de la BODEGAS ARACO S.L.
2. Se declare persona afectada por la calificación a _____ como administrador de hecho.
3. Se declare cómplices a COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA, S.L.
4. Se inhabilite a _____) por plazo de 15 años.
5. Se condene a _____ a la pérdida de los derechos que tiene reconocidos en el concurso.
6. Se condene a QUESERÍAS LA ERALTA S.L. a que satisfaga en concepto de daño y perjuicios la cantidad de 247.177,24 euros a favor de la masa activa.
7. Se condene a _____) a pagar a la masa activa del concurso la responsabilidad del art. 172.2.3º. En Fundamentación Jurídica se solicita la condena a cubrir el déficit patrimonial conforme al art. 172 bis LC.

Basa tal calificación, en síntesis en los siguientes hechos: El Sr. Ángel Aznar, actuando como administrador de hecho de BODEGAS ARACO (en adelante BA) entre julio de 2013 y noviembre de 2014, provocó la insolvencia de la mercantil realizando ventas de vino a COMPRE Y COMPARE S.A. y a QUESERÍAS LA ERALTA S.L., por debajo del precio de producción e incluso de adquisición de la uva y además suministró a COMPRE Y COMPARE S.A. vino sin facturar y sin cobrar. Todo ello en beneficio propio y de terceros. Causando con ello importantes pérdidas a la sociedad y provocando su estado de insolvencia. Exactamente pérdida por ventas por debajo de costes de producción a COMPRE Y COMPARE en la cuantía de 1.174.243,40 euros, más 68.707,60 euros de base imponible por suministros no facturados; en el caso de ventas realizadas a QUESERÍAS LA ERALTA el daño se cifra en 247.188,24 euros.

Igualmente la concursada incumplió el deber de presentar solicitud de concurso de acreedores, pese a encontrarse en estado de insolvencia concursal al menos desde marzo de 2014.

Con la sociedad COMPRE Y COMPARE S.A. existió un acuerdo transaccional por el se cerraron procedimientos, entre otros, el incidente concursal de reintegración nº 43/16 promovido por la AC en este concurso, y por el que COMPRE Y COMPARE S.A. indemnizó a la masa la cantidad de 775.000 euros en resarcimiento de los daños causados por las ventas de vino realizadas por debajo del precio de mercado. De ahí que respecto de este cómplice, a diferencia al menos inicialmente de QUESERÍAS LA ERALTA no se solicite condena dineraria.

SEGUNDO.- El 13.02.2017 el Ministerio Fiscal presenta dictamen en el que solicita igualmente la calificación culpable del concurso, con los siguientes pronunciamientos:

1. Calificación culpable del concurso.
2. Afectado por la calificación como administrador de hecho y cómplices COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L.
3. Inhabilitación de _____) por 10 años.

4. Condena a cubrir el déficit concursal conforme al art. 172bis LC por parte del Sr. Aznar.

5. COMPRE Y COMPARE S.A. ha transado el incidente de reintegración con 775.000 euros con lo que no solicita condena dineraria.

6. Condena a QUESERÍAS LA ERALTA S.L. a pagar 247.188,24 euros en concepto de daños y perjuicios.

TERCERO.- Por Providencia de 10.03.2017 se acuerda dar audiencia a la deudora BA y emplazar a COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L.

El 16.03.2017 se persona QUESERÍAS LA ERALTA, aportando poder tras ser requerida de subsanación el 20.03.2017. Por Diligencia de Ordenación de 22.03.2017 se le tiene por comparecida en forma y se le da plazo de 10 días para contestar u oponerse a la calificación.

El 16.03.2017 se persona COMPRE Y COMPARE S.A. dándole igual traslado.

El 29.03.2017 contesta BODEGAS ARACO S.L. mostrándose básicamente conforme con el informe de calificación de la AC, entendiéndose que la insolvencia de la mercantil ha sido provocada por la conducta dolosa o gravemente culpable de

El 06.04.2017 contesta, oponiéndose a la calificación culpable en lo que le afecta, COMPRE Y COMPARE S.A.

El mismo día QUESERÍAS LA ERALTA S.L. presenta escrito en el que solicita que previo traslado a la AC y al MF se declare que no ha lugar a decretar responsabilidad alguna respecto de la misma al haber llegado a un acuerdo transaccional. Igual día 06.04.2017 tiene entrada escrito de BA en el que pone de manifiesto que ha llegado a un acuerdo con QUESERÍAS LA ERALTA S.L. por el que ésta acepta pagar la cantidad de 135.000 euros, dando por saldada la cantidad que reclamaba en concepto de responsabilidad civil en este incidente de oposición.

: presenta contestación oponiéndose a la calificación culpable en lo que a él afecta el 21.04.2017.

CUARTO.- El 02.06.2017 se dicta auto en el que se tienen por opuestas las partes demandadas y se pronuncia sobre la prueba propuesta.

Recurren en reposición el auto, por un lado BODEGAS ARACO S.L. denunciando que el auto tiene por desistida la demanda de calificación culpable contra QUESERÍAS LA ERALTA,S.A. cuando el desistimiento lo es únicamente respecto de la responsabilidad pecuniaria. Por otro recurre también COMPRE Y COMPARE S.L. alegando que al igual que BA no solicita su declaración de complicidad debido al acuerdo transaccional alcanzado, la AC incumple el acuerdo donde se pactó que con el pago de los 775.000 euros desistiría de toda acción contra la misma. Recurre igualmente porque se ha omitido en el auto todo pronunciamiento sobre la prueba por ella propuesta.

Previa su tramitación, con traslado incluso a QUESERÍAS LA ERALTA S.L. (Diligencia de Ordenación de 22.06.2017, notificada el 26.06.2017), se resuelven en sendos autos de 23.10.2017. El recurso interpuesto por BA se estima por cuanto efectivamente por error se tuvo a las demandantes por desistidas de toda acción contra QUESERÍAS LA ERALTA S.L. cuando realmente únicamente se desiste de la responsabilidad patrimonial y no del pronunciamiento de complicidad. El recurso interpuesto por COMPRE Y COMPARE S.L. se estima parcialmente en

cuanto que por error se omitió estimar propuesta y admitida la prueba documental señalada en su escrito de oposición; se desestima en cuanto al resto.

QUINTO.- El día señalado para la vista, se practica la prueba propuesta, excepto las testificales de (propuestos por la AC) , que son renunciados.

Formuladas conclusiones, queda el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme al artículo 164.1 de la Ley Concursal , "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".

Del citado precepto se desprende que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia ; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia .

Junto a dicha cláusula general, el legislador contempla un catálogo de presunciones iuris et de iure y presunciones iuris tantum de culpabilidad. En el caso de las primeras, recogidas en los distintos apartados del art. 164.2 LC, permiten o mejor dicho imponen, la declaración de culpabilidad del concurso. Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164.2 , el concurso inexorablemente, en todo caso, debe calificarse como culpable. Por ello en estos supuestos no es necesario que se valore la concurrencia de dolo o culpa grave distinto de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal , ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y el resultado, la generación o agravación de la insolvencia , puesto que se trata de "supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza", tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, con tal de que sean imputables al deudor, o a sus representantes legales, o los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la persona jurídica.

En relación a las presunciones iuris tantum recogidas en el art. 165 LC, en un principio se pensó (STS 614/2011, 17 noviembre 2011) que con los supuestos del art. 165 LC solo se presumía el dolo o la culpa grave, de manera que era preciso acreditar también el resultado y la relación de causalidad. La presunción operaba además, salvo prueba en contrario del deudor, a diferencia de las primeras. Sin embargo, la perspectiva cambia a partir de la STS de 01.04.2014,

en la que el TS aclara: *“No se trata de causas de calificación del concurso como culpable de naturaleza muy diferente, pues esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012, y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción “iuris tantum” en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala num. 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio)”*.

Estos argumentos han sido reiterados en SSTs posteriores, sin perjuicio de otras, en las de 03.07.2014, 01.06.2015 y en la reciente de 27.10.2017.

Incluso el legislador dio carta de naturaleza a esta interpretación jurisprudencial cuando con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, cambia la redacción del primer inciso del art. 165 LC. Si antes decía “(s)e presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando...”; ahora dice “(e)l concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando...”

En definitiva ahora se entiende que todas las presunciones facilitan o liberan a los demandantes (AC y MF) de la carga de acreditar los elementos de la conducta base (art. 164.1 LC), bastando que acrediten que concurre el supuesto de hecho de la presunción. La diferencia entre las presunciones iuris et de iure y las presunciones iuris tantum es que las primeras al contemplar conductas mas graves o a juicio del legislador mas reveladoras de la intención y resultado posible, no dejan margen de defensa al deudor. Si se acredita el supuesto de hecho de la norma, el concurso se ha de calificar necesariamente culpable, mientras que las segundas, pese a facilitar la labor de los demandantes, permiten al deudor, mediante esfuerzo probatorio por su parte, invirtiendo pues la carga de la prueba, acreditar que a pesar de a la solicitud tardía, a pesar a la falta de colaboración...su conducta no generó o agravó la insolvencia.

SEGUNDO.- 1. BODEGAS ARACO, constituida como Sociedad Agraria en Transformación por diez socios agricultores el 14.05.1986, fue transformada en Sociedad Limitada en escritura pública de 30.12.2013, subsanada por la escritura pública de 05.05.2014, autorizadas ambas por el Notario Demetrio Jiménez Orte (números de protocolo 1779 y 579 bis). El órgano de administración estaba formado por los socios agricultores y su objeto social venía constituido por la elaboración, venta y comercialización de vino, así como todas aquellas operaciones agrarias, industriales o comerciales relacionadas.

La transformación de la forma societaria se acordó en Asamblea General celebrada el 09.08.2013 y ante la situación de pérdidas se acuerda: 1º reducir los resultados negativos contra partida de Otras Reservas y contra partida de Otras Aportaciones de socios. 2º Reducción de capital a cero euros para absorber pérdidas. 3º. Ampliar el capital social, previa transformación de la estructura societaria mediante la emisión de dos clases de participaciones (A y B). con ello el capital social queda establecido en 600.000 euros, mediante condonación de deudas que la sociedad tenía frente a los socios.

Todo ello resulta de la documentación aportada por al concursada con la declaración de concurso, testimoniada en la presente pieza y singularmente la escritura pública aportada como dc. 2 tras la memoria de la concursada y del Informe del art. 75 LC.

La transformación societaria ocurre en el marco de los compromisos que los socios agricultores adquirieron con el Sr. [redacted], que mediante contrato privado de fecha 11.07.2013 (doc. 6 del Informe de la AC) acordaron vender las participaciones sociales de BA, a cambio de 1,7 millones que se comprometían a pagar los compradores, previa transformación de la sociedad. Ciertamente que la transformación de la sociedad no se produjo en el plazo contemplado en el contrato (antes del 30.09.2013, estipulación tercera), como tampoco se pagó el precio y la venta nunca llegó a formalizarse, pero la cuestión es que los vendedores, desde ese 11.07.2013 asumieron el compromiso de transmitir la gestión y administración de la sociedad al Sr. [redacted].

2. Efectivamente, desde julio de 2013 hasta que fue expulsado –también por la vía de hecho- de la sociedad, en noviembre de 2014, el Sr. [redacted] asumió la gestión, administración y control absoluto de la actividad societaria. Sin perjuicio de profundizar en ello mas adelante, así resulta sin género alguno de duda, de las testificales practicadas, de todas ellas sin excepción:

[redacted] e incluso de [redacted], el único testigo que ha declarado a instancia del afectado por la calificación y que aunque reconoce que siendo él el presidente del Consejo y no tenía siquiera poderes para actuar en nombre de la sociedad, todo lo que él firmaba era por instrucción del Sr. [redacted].

Actuando así como gestor de la sociedad [redacted], despedía y contrataba a los trabajadores de la bodega (decidió el despido de [redacted], contrató a [redacted] negociaba y decidía la compra de uva y demás elementos precisos para la producción de vino, decidía la venta y precio del vino, dirigía la administración contable, fiscal, administrativa de la empresa, la gestión diaria de la bodega, ordenaba las operaciones bancarias a realizar y la emisión de cheques (así lo declara la persona por él contratada controlaba la elaboración de la documentación soporte de la contabilidad (facturas, registros...) a partir de las cuales se elaboraba la contabilidad, etc.

3. En este contexto de control total y capacidad de decisión en la gestión societaria, y no como mero comercial tal como pretende hacer ver ahora, el Sr. [redacted] vendió a distintas bodegas, en el periodo comprendido entre julio de 2013 y noviembre de 2014, existencias de la concursada a precios no ya simplemente antieconómicos y perjudiciales, sino incluso por debajo del coste de adquisición y producción, de manera que las ventas se hacían a pérdida, hasta que llevó a la sociedad a una situación irreversible, pese a las aportaciones que habían hecho los socios, provocando directamente la situación de insolvencia que le llevó al concurso.

-Exactamente, desde que se hizo con el control de hecho de la gestión y administración de la bodega [redacted] empezó a vender grandes cantidades de vino a la mercantil COMPRE Y COMPARE, S.L., sociedad que hasta entonces no había tenido trato comercial con BA. En total bajo la dirección del Sr. [redacted] a concursada vendió a COMPRE Y COMPARE la cantidad total de 1.564.610 botellas de vino entre vino joven, crianza, reserva y blanco. Dichas ventas, al realizarse a precio inferior al coste de producción (adquisición de materia prima y elementos para su fabricación, elaboración, embotellado, crianza, almacenamiento, comercialización...) provocaron pérdidas a la concursada por importe de 1.174.243,40 euros. El precio al que se

vendía el producto final era alrededor de un 55/60 % inferior al coste de producción, de manera que las pérdidas económicas en cada venta eran de alrededor del 90 % del precio de venta.

Estas ventas, unido a suministros que no se corresponden con factura y pago alguno y que se cifran en una base imponible de 68.707,60 euros, provocaron grave perjuicio al patrimonio social, a los acreedores de la sociedad y a los socios. Los suministros sin facturar han sido reclamados judicialmente en el Proceso Monitorio 38/2015 que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Calahorra.

COMPRES Y COMPARES S.A. ha llegado a un acuerdo con la Administración Concursal y con BA por el que acepta pagar a la masa la cantidad de 775.000 euros en concepto de daños y perjuicios causados a BA en estas operaciones.

-Además, durante el año 2014, bajo la dirección de este señor BA vendió a QUESERÍAS LA ERALTA S.L. productos adquiridos a diversos proveedores y a CORTO PLAZO INVERSORES S.L. (empresa participada mayoritariamente por _____) a un precio inferior al coste de adquisición, además de producto propio que, como en el caso de COMPRES Y COMPARES S.L., se vende a precio inferior al coste de producción. En este caso, la pérdida para BA se cifra en 247.188,24 euros. En el caso de uva comprada a CORTOPLAZO INVERSORES, S.L. y después vendida a QUESERÍAS LA ERALTA, el precio por el que BA compraba a la primera era de 0,92 euros y la vendía a la segunda a 0,60 euros.

QUESERÍAS LA ERALTA, S.L., una vez en tramitación esta sección de calificación ha acordado con la AC y con BA pagar la cantidad de 135.000 euros por los daños y perjuicios causados con estas operaciones.

TERCERO.- Todo lo anterior no es que resulte simplemente de la Memoria presentada por la concursada con arreglo al art. 6.2.2º LC, que ciertamente es un documento de parte, o de escritos de querrela y de demandas civiles que han dado lugar a distintos procedimientos que hoy se siguen contra _____ (DIP 3.503/2016 seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 4, DIP 5.423/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1, Juicio Ordinario 38/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Calahorra) que, al menos en lo acreditado en este proceso concursal, no dejan de ser procedimientos en trámite sin resolución judicial definitiva, firme o no.

A efectos de esta sección sexta, resultan acreditados tales hechos (i) del Informe del art. 75 LC, (ii) de las dos periciales realizadas por el Ingeniero agrónomo _____ una en relación a las ventas realizadas a COMPRES Y COMPARES (confeccionado con motivo de las DIP 3503/2015 del Juzgado de Instrucción nº 4) y otro en relación a las ventas a QUESERÍAS LA ERALTA S.L. (DIP 5.423/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1); ambas asumidas por el órgano auxiliar del concurso; y finalmente también (iii) de la pericial del economista _____ (v) la pericial de TAXO VALORACIÓN, sin olvidar (v) la valiosa declaración que realiza el testigo _____ cuyo testimonio resulta muy revelador. Este último, por seleccionar una testifical, pues hay otras, como la del Presidente del Consejo _____ como la de _____, que no dejan margen alguno a la duda.

No cabe olvidar que la AC es un órgano del concurso, independiente de la propia concursada y de los distintos acreedores, que es nombrado por su preparación y condición profesional y que ha de emitir un Informe (art. 75 LC), cuyo contenido no se limita a la lista de

acreedores e inventario, sino que, conforme al indicado precepto y previo análisis de la documentación contable, jurídica, soportes documentales, electrónicos, declaraciones tributarias..., debe analizar, entre otras cosas, la causa del estado en el que se encuentra la sociedad deudora. En este sentido, si no pericial, sí que tiene un valor *quasi* pericial debido a la independencia del órgano y al análisis y valoración que ha de realizar. Mucho más cuando sus conclusiones –venta de producto por debajo del coste de producción- coinciden con las del perito ingeniero agrónomo y el economista.

El perito Miguel Ángel Acero (doc. 7 acompañado al informe-demanda de calificación de la AC y testimoniado en el tomo II en relación a COMPRE Y COMPARE S.L, junto con el informe realizado en relación a QUESERÍAS LA ERALTA testimoniado en el tomo III), examinando facturas emitidas por BA, albaranes de entrega y transporte, facturas de proveedores de botellas, etiquetas, corcho..., facturas de compra de uva, de compra de vino y cuenta de resultados de los años 2013 y 2014, realiza un estudio exhaustivo, que no es rebatido en modo alguno por COMPRE Y COMPARE y QUESERÍAS LA ERALTA.

Realiza un análisis para obtener el coste medio de producción de una botella de vino (joven, crianza y reserva) considerando costes mínimos de elaboración del vino, partiendo de precio de compra de uva, de vino a granel por parte de BA a otras bodegas y precios publicados por el Consejo Regulador de la denominación de origen Rioja; costes del proceso de clarificación, estabilización, filtración y embotellado; costes propios del proceso de crianza...; costes de comercialización, administración y financiación; todo ello considerando sin ningún tipo de margen de beneficio. Realiza a continuación una comparativa de costes de producción así obtenidos con precios de compra de vino a granel a otras bodegas, llegando a la conclusión de que el resultado es muy similar. Y finalmente analizando las facturas de venta emitidas por BA, obtiene la pérdida económica que supusieron estas operaciones de venta para BA (1.174.243,40 euros en el caso de COMPRE Y COMPARE y 247.188,24 euros en el caso de QUESERÍAS LA ERALTA). A la pérdida por ventas por debajo del coste de producción y /o adquisición se añade por la AC los suministros detectados sin facturar (68.707,60 euros)

Al margen del estudio pericial propiamente dicho, el perito emite juicios de valor que difícilmente pueden rebatirse: (i) Carece de explicación lógica vender el vino por debajo del coste de producción. (ii) Carece de explicación lógica vender el vino a la mitad del precio de venta habitual, que no se explica ni por las cantidades vendidas ni por las condiciones de pago. (iii) Carece de explicación lógica la compra de vino para venderlo bajo el precio de dicha compra, sin contar con todos los costes adicionales necesarios para poder poner el producto en el mercado: botella, corcho etiqueta,

En el caso de QUESERÍAS LA ERALTA el método de análisis es idéntico, adaptado a los productos vendidos a esta sociedad.

Se aporta como doc. 8 del informe de calificación de la AC, el estudio realizado por el economista que previo análisis de los Balances de sumas y saldos de BA de los ejercicios 2013 y 2014, diarios de los años 2013- 2015 y documentación justificativa (facturas de venta, de compra, albaranes...) llega a conclusiones muy similares. Todas las ventas a COMPRE Y COMPARE se realizaron por debajo del coste estimado produciendo pérdidas y lógicamente vender por debajo del precio de producción debe estimarse vender en condiciones fuera de mercado.

Igualmente se aporta en la vista, por haberse emitido en fecha posterior a los escritos iniciales, la pericial de la empresa TAXO VALORACIÓN, que en lo que respecta a las ventas realizadas a QUESERÍAS LA ERALTA el perito concluye que las ventas se hicieron por debajo del precio de mercado, ocasionando esta circunstancias unos ingresos dejados de percibir de 1.155.130,71 euros y por tanto, con independencia de la cuantificación económica del perjuicio, se trata de una opinión técnica económica más, que soporta los hechos imputados en el informe de calificación de AC y MF.

Finalmente no se pasará por alto el testimonio de _____, Secretario ayudante de dirección encargado de la gestión contable y administrativa de la bodega durante 19 años. Declara el testigo que cuando llegó _____ (los socios trasladaron a los trabajadores que a partir del verano de 2013 iba a ser él quien asumía el mando de la bodega), duró en la empresa tres o cuatro semanas; que cuando vio la nueva dinámica de ventas –por precios por debajo de coste- trasladó a _____ que eso era inasumible y también mostró su preocupación a los socios, pero éstos confiaban plenamente en el Sr. _____ en aquel momento. Finalmente debido a las diferencias, solicitó al Sr. _____ negociar su salida, pero antes del plazo que se habían dado, _____ le comunicó su despido; despido que lógicamente firmó quien tenía poder de representación formal de la sociedad, _____. En todo caso, la total evidencia de la dinámica que había puesto en marcha el Sr. _____ y la plena convicción de lo que iba a ocurrir, la quiebra de la sociedad, llevó a una persona con 19 años de trabajo como gestor contable y administrativo a salir de la sociedad.

Frente a todo ello, el Sr. _____ trata de rebatir las conclusiones del perito Ingeniero agrónomo, aunque sin informe o pericia alguna, señalando que se parte de precios oficiales marcados por el Consejo Regulador cuando, (1) no tiene en cuenta la calidad del vino vendido y (2) no tiene en cuenta la posible utilización de uva procedente de otras denominaciones de origen.

Pues bien, debemos partir de que tratándose de vino con denominación de origen el propio amparo de dicha denominación justifica el cumplimiento de unos estándares de calidad y si ciertamente existirán prácticas que el Consejo Regulador ha de corregir, no se pasará por alto que de los tres expedientes disciplinarios que han sido traídos al proceso a petición del Sr. _____, tan solo en uno de ellos se sanciona a BA porque asume la responsabilidad de la descarga producida el día 16.10.2013, en las instalaciones de la bodega de un camión con 10.050 kg de uva tinta procedente de una parcela de la localidad de Alfaro, utilizándose la tarjeta de viticultor expedida a la titularidad de _____ titular de la localidad de Lanciego. Los otros dos expedientes remitidos se refieren a hechos distintos.

Del indicado expediente y hecho aislado pretende obtener rédito el afectado por la calificación, lo que a la luz del abrumador resultado de la prueba practicada resulta inaceptable. El estudio que realiza el perito parte de precios de venta (a COMPRE Y COMPARE y a QUESERÍAS LA ERALTA) reales, obtenidos de la documentación de BA, y se realiza una comparativa con el coste medio estimado de producción, sin que en ello tenga incidencia la calidad del vino o variación del precio de la uva cuando tratamos de un periodo corto de tiempo (ventas entre julio de 2013 y noviembre de 2014), y cuando se trata de precios de venta que resultan significativamente inferiores a los empleados para el resto de clientes de BA. Debería decirnos y acreditarlo el Sr. _____ que la calidad del vino vendido a COMPRE Y COMPARE y QUESERÍAS LA ERALTA o la materia prima utilizada para la elaboración del vino destinado exclusivamente a estos clientes, resulta diferente al del resto, es decir, el hecho diferencial de

estas ventas, sin que valga la negativa generalizada contradiciendo la opinión de hasta tres peritos (dos economistas y un ingeniero agrónomo) sin aportar por su parte experto que rebata tales conclusiones desde el punto de vista técnico.

CUARTO.- El art. 164.2 LC contempla entre las presunciones iuris et de iure, la salida fraudulenta del patrimonio del deudor de bienes o derechos en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (5º).

El precepto se puede descomponer en un elemento subjetivo, un elemento objetivo y un elemento temporal.

En cuanto al subjetivo y optando por una de las STS que recuerda la doctrina firmemente asentada en esta cuestión, la de 10.04.2015, rec. 952/2013, Pon. Sastre Papióñ, señala:

“3. Esta Sala ha tenido oportunidad de fijar un criterio interpretativo de la norma, el art. 164.2.5º LC . Nos referimos a la STS núm. 174/2014 de 27 de marzo que señala: “[...] 2.- 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.

(3.-) 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 si 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).

4.- 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”.

En cuanto al elemento objetivo, expresado como salida de bienes y derechos del patrimonio del deudor, por seguir con la misma STS citada, el Alto Tribunal asume y comparte el razonamiento de la Audiencia cuando indica: *“Como acertadamente señala la sentencia recurrida, 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”.*

Finalmente en cuanto al elemento temporal de los dos años anteriores a la declaración de concurso, como han aclarado las SSTS de 29.03.2017 y de 24.10.2017, en este caso sí, el

elemento temporal está integrado en la descripción de la conducta y no en la cualidad subjetiva del autor, resultando ineludible.

Concurren todos los elementos de la conducta base de la presunción. Con las indicadas ventas se producen salidas de producto (existencias) de la concursada a cambio de precio (sin perjuicio de los suministros sin facturar a COMPRE Y COMPARE). Por tanto son actos de disposición patrimonial (elemento objetivo), a título oneroso, realizados en un espacio temporal de los dos años previos a la declaración de concurso, entre julio de 2013 y noviembre de 2014, cuando el concurso se declara por auto de 14.07.15 (elemento temporal), y que son fraudulentos por cuanto se producen –se deben producir necesariamente- con pleno conocimiento del perjuicio que con ello se causa, primero al patrimonio social, y desde luego a los acreedores de la sociedad. A este respecto recordar la valoración que realiza el perito Sr. Acero sobre la ausencia de lógica en una gestión empresarial, vender por debajo del precio de coste. Esto se produce, no de forma aislada en una operación o serie limitada, como forma o método de promoción respaldada por un plan o estudio concreto y que pueda corresponder a una política de ventas con un resultado favorable contemplado, estudiado y aprobado. Se trata de operaciones generalizadas en el espacio de tiempo indicado a estos dos clientes concretos y con la negación total del Sr. Aznar, incluso de su capacidad de decisión, queda anulada toda posible explicación lógica desde el punto de vista empresarial.

En definitiva, no se conoce cuál pudiera ser la finalidad última del Sr. [redacted], ni se ha llegado a indagar sobre las relaciones entre los socios y administradores de COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L. con [redacted] pero la relación o el dato resulta intrascendente a la luz de la presunción iuris et de iure de la que tratamos y los elementos de la conducta que precisan ser acreditados. A efectos del elemento subjetivo no es preciso probar una intencionalidad concreta, sino que basta el conocimiento o conciencia del perjuicio que la conducta causa a los acreedores. Y no puede negarse con un mínimo de lógica argumental que hechos como los que han resultado probados necesariamente llevan al conocimiento del efecto que causan: Ingresos procedentes de las ventas de producto que impiden cubrir siquiera costes y por tanto imposible pago a los proveedores, si no es con nuevas aportaciones de los socios, sean efectivo u otros activos, sea mediante su cosecha, producto o derechos de crédito que no cobran, y por tanto, generando otros acreedores –nuevamente los socios agricultores- que son quienes habrán de soportar en definitiva las pérdidas de la sociedad.

Con ello, acreditada la conducta base de la presunción iuris et de iure, el concurso se ha de calificar culpable en todo caso. Sin perjuicio de que en este caso no sería complejo advertir la presencia de todos los elementos de la conducta base del art. 164.1 LC en los hechos probados.

QUINTO.- Establece el art. 165.1.1º LC que el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor (...) hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso. Este precepto debe ponerse en relación con los arts. 5, 5 bis, 2.2 y 2.4 LC.

En este caso no se va a declarar el concurso culpable por esta causa. Debe partirse de que el Sr. [redacted] fue expulsado de la sociedad en noviembre de 2014 (coinciden en el relato los demandantes y del propio demandado) y no se señalan como afectados los administradores de derecho; ni el Consejo de Administración que mantenía el nombramiento formal mientras gestionó de facto la sociedad el Sr. [redacted] ni el administrador nombrado en enero de 2015,

cuando considero que no se pueden encadenar sucesivos plazos de dos meses en función de nuevo nombramiento de administradores sociales.

Partiendo de lo anterior, en primer lugar, resulta verdaderamente escaso el tiempo de retraso, si es que realmente existe, imputable al administrador de hecho.

La AC en su informe sitúa la insolvencia en marzo de 2014. Sin embargo, a continuación mantiene que es en marzo de 2014 cuando se dejan de pagar las obligaciones tributarias, de seguridad social y proveedores. Es decir, aunque se apunta a que ya hay impagos en liquidaciones trimestrales de IVA (tercer y cuarto trimestre) de 2013, las obligaciones tributarias y de seguridad social mensuales según el informe de la AC se dejan de pagar en marzo de 2014 (y no hay que olvidar que el IVA trimestral se puede regularizar al final del ejercicio). Si atendemos a los tres meses de impagos a los que se refiere el art. 2.4LC, nos situaríamos en mayo de 2014. En este momento, comienza el plazo de los dos meses del art. 5 LC para solicitar la declaración de concurso. Con ello, contando plazo hábil, nos vamos a mediados de julio de 2014.

Pero si vemos el Informe del art. 75 LC, en el listado individual de acreedores, vemos en la ficha de la TGSS que la deuda con el organismo data de cuotas de mayo de 2014; si consideramos que la deuda de la TGSS vence el último día del mes inmediato posterior a su devengo (al menos así se considera para calcular el orden del pago de créditos contra la masa conforme al art. 84.3 LC), no es en mayo cuando situaríamos la insolvencia, sino en 31 de julio de 2014 (tres meses de impagos conforme al art. 2.4 LC). A partir de entonces, el deudor tiene dos meses para solicitar la declaración de concurso, lo que nos situaría excluido el mes de agosto, en noviembre de 2013, momento en el que se dice que Ángel Aznar fue expulsado de la sociedad.

Y se podrá decir que los impagos a proveedores, sobre todo a agricultores, datan de tiempo mas atrás, pero entonces también habría de concretarse desde cuando ha vencido su crédito considerando el uso del sector de actividad al que se dedicaba la sociedad. Como dice la Sentencia JM nº 1 de Palma de Mallorca de 13 de Noviembre de 2013, que analiza con profundidad el concepto de insolvencia concursal, debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la "regularidad" en el pago de las obligaciones exigibles, *"las concretas características patrimoniales del deudor concursado, en función de su actividad y las condiciones propias del mercado en el que se desarrolla su actividad"*.

En definitiva resulta difícil situar con rigor la insolvencia concursal en tiempo anterior a mas de dos meses (art. 5 LC) dentro del corto espacio de tiempo en el que el administrador de hecho ejerció el control de BA y desde luego no dejaría de ser incongruente dejar fuera al Consejo de administración que mantuvo su condición y por tanto obligación legal hasta enero de 2015 y al administrador único que es nombrado en esta fecha. No es que no quepa imputar determinadas conductas al administrador de hecho que no afecten a los administradores de derecho. Así ocurre sin dificultad argumental en el caso de salida fraudulenta de bienes y derechos. Pero se trata de una conducta activa que perfectamente puede realizar el administrador de hecho oculto, valiéndose del administrador de derecho que confía en su actuación y por ello no la controla. Pero cuando se trata de conductas omisivas (no presentar la declaración de concurso en plazo, no llevar contabilidad...) cuando solo puede llevarse a cabo tal actuación por el administrador de derecho, haría falta a mi juicio argumentar y probar que el administrador de

hecho ni ha hecho ni ha dejado hacer al administrador de derecho, pues de lo contrario, no se ve como imputar subjetivamente al primero dejando fuera al segundo.

SEXTO .- Por tanto, el concurso de BODEGAS ARACO se declara culpable por concurrir dolo o culpa grave en la generación de la situación de insolvencia de la mercantil (art. 164.1 LC), lo que se obtiene a través de la presunción iuris et de iure del art. 164.2.5 ° LC, es decir por salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio de la concursada en los dos años previos a la declaración de concurso.

Conforme al art. 172.2.1º LC, la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la determinación de “las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios...”

Antes de avanzar conviene aclarar que aunque la posición de BODEGAS ARACO ha sido mostrar conformidad a la calificación culpable solicitada por la AC y el MF, interesando también por su parte los pronunciamientos condenatorios frente a , no por ello se constituye en parte demandante. Es decir, la concursada es parte demandada, y por mas que pueda mantener una estrategia favorable a las peticiones de la AC y MF, a efectos de congruencia de la sentencia y de los pronunciamientos a realizar, no son sus peticiones las que vinculan.

Como ya se ha adelantado se interesa tanto por la AC como por el MF la consideración de persona afectada por la calificación a en calidad de administrador de hecho.

La Ley concursal no define qué deba entenderse por administrador de hecho, si bien, el concepto no difiere del empleado en el Derecho de sociedades. Actualmente el art. 236.3 LSC nos proporciona una definición del administrador de hecho: “...tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido o con otro título, las funciones propias de administrador, como en su caso, *aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”.

La S. JM nº 1 de Málaga, de 31.03.2017, acude a la doctrina para la búsqueda del concepto del administrador de hecho. Citando a Díez Echegaray destaca dos tipos de elementos:

1. Negativos: el administrador de hecho es quien no ostenta la condición de derecho, esto es, aquel en quien no concurre una válida investidura de dicho cargo, bien porque nunca ha existido, bien porque habiéndolo hecho ha perdido su eficacia.

2. Positivos: dentro de los mismos, a su vez, cabe distinguir:

a) La realización de una *actividad positiva*, que se traduce en una participación efectiva en la gestión y administración de una sociedad.

b) Que tal actividad sea de dirección, administración o gestión, entendiendo que la misma implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto, bien los de gestión de los negocios sociales, o lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad.

c) Que la actividad se ejerza con total independencia o autonomía o capacidad decisoria, implicando que quien no ostenta el cargo de administrador de una sociedad, impone sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales, ya sea de forma directa o a través de terceras personas de las que se vale.

d) Que su ejercicio sea de manera constante, ya que un acto esporádico de dirección, administración o gestión no permite conceptuar a quien lo realiza como administrador de hecho.

La figura del administrador de hecho tiene diversas formas de manifestación. Desde el administrador de derecho cuyo nombramiento formal ha perdido vigencia (porque se declara nulo, porque caduca, porque se revoca...), pasando por el administrador oculto es decir, quien pese a la aparente administración del formal, coexiste con el sustituyéndolo o quien sin sustituirlo actúa con él de forma conjunta, en relación de paridad o no subordinación. Son numerosas las Sentencias que reconocen estas –y quizás otras- modalidades, pero en general, las notas características de la figura son la ausencia de un nombramiento efectivo y formal, ausencia de poder de representación y de actuación, autonomía o capacidad de decisión y no subordinación y cierta habitualidad o al menos no actos esporádicos o sin trascendencia real para la sociedad.

Por ello, carece de relevancia que se insista por la defensa en que no tenía poder de representación, general o especial, para actuar en nombre de la sociedad; que no tenía firma en bancos y que así pretenda acreditarse con los oficios dirigidos a las entidades bancarias. Precisamente esa ausencia de nombramiento formal como administrador y en el caso del administrador oculto la ausencia de todo poder, constituye nota característica de la figura.

En cambio, es abrumador el resultado de prueba testifical, hasta el punto de que todos los testigos, incluso el propuesto por el propio afectado, coinciden en que el Sr. [redacted] era quien asumió el control, gestión y administración de la bodega, de forma consentida o tolerada por los administradores de derecho, de manera que desde que se firmó el contrato privado de compraventa, o promesa de compra de las participaciones sociales en julio de 2013, los miembros del consejo de administración pusieron la sociedad en manos de este señor, en la plena confianza de su buena gestión y de que finalmente iba a adquirir las participaciones.

[redacted] señala que cuando fue llamado a incorporarse de sus vacaciones, en el verano de 2013, los socios le dijeron que desde ese momento [redacted] asumía el control de la sociedad; incluso señala que advirtió a los socios de la peligrosa política de ventas que había adoptado el Sr. [redacted] en vano pues los socios tenían plena confianza en él. También señala al Sr. [redacted] como la persona que decidió su despido, a pesar de que la carta de despido y finiquito fue firmado por el Presidente del Consejo.

[redacted] señala haber sido contratada por el Sr. [redacted] y ser quien le impartía instrucciones en el día a día, el que le señalaba las facturas, pagarés y demás documentos a emitir, si bien luego venía [redacted] y los firmaba; pero era él quien dirigía, gestionaba y decidía, quien compraba el vino, uva, botellas..., quien ordenaba los pagos, etc.

[redacted] también señala a [redacted] como la persona que impartía las instrucciones en BA.

[redacted] [redacted] ctamente relacionado con el Sr. [redacted] en CORTO PLAZO INVERSORES, S.L. y conocedor de la intervención de este señor en BA de primera mano, confirma que desde que se comprometió a comprar las participaciones de BA asumió el control

efectivo de la bodega; era él quien trataba con QUESERÍAS LA ERALTA y con COMPRE Y COMPARE, quien fijaba los precios de venta y quien lo decidía todo.

Los propios representantes legales de QUESERÍAS LA ERALTA y COMPRE Y COMPARE señalan al Sr. [redacted] como único interlocutor.

El testigo propuesto por el demandado, el Presidente del Consejo de Administración [redacted] lejos de aportar elementos de descargo para quien lo propone, confirma la acusación. Claro que él era quien firmaba, pero firmaba todo lo que este señor le ponía delante porque todos confiaban, hasta que la pura evidencia hizo cesar la confianza, en la promesa de compra y en la seriedad de la oferta realizada.

Por tanto, no queda margen alguno para la duda. [redacted] realizaba no solo labores de contacto con compradores y vendedores, sino que era quien contrataba y despedía al personal de la bodega, quien impartía instrucciones para la confección de instrumentos de pago y facturas y quien decidía el precio al que se vendía el producto. Obsérvese que la conducta por la que se califica el concurso culpable –la salida fraudulenta de bienes y derechos a favor de QUESERÍAS LA ERALTA y COMPRE Y COMPARE- implica un daño a la concursada debido a los precios aplicados a estos clientes; clientes que nunca antes habían comprado vino a BA; precios muy por debajo de los aplicados a otros clientes hasta ese momento y ventas no esporádicas o puntuales, sino incluso masivas con destino a COMPRE Y COMPARE. Todo ello resulta directa y exclusivamente imputable al Sr. [redacted] así lo han declarado todos y cada uno de los testigos y partes que han declarado, sin que ninguna prueba aportada por su parte sustente su versión, mas allá de las que acreditan precisamente los elementos de la figura del administrador de hecho.

SÉPTIMO.- Igualmente incuestionable es la responsabilidad de COMPRE Y COMPARE, S.L. y QUESERÍAS LA ERALTA como cómplices, por mas no exista pronunciamiento en materia de indemnización de daños y perjuicios porque ninguna de las demandantes mantenga tal pretensión.

Y resulta incuestionable la responsabilidad concursal a título de cómplices no tanto porque hayan aceptado pagar cada uno una cantidad a la masa en compensación del daño causado a BA en las operaciones de venta de producto antes indicadas y con ello acepten la realidad de la imputación, sino porque en los hechos probados – ni siquiera rebatidos por estas sociedades- concurren todos los elementos de la complicidad concursal.

La defensa que QUESERÍAS LA ERALTA y COMPRE Y COMPARE se contrae a afirmar que como han llegado a un acuerdo para indemnizar en parte el daño causado a la masa de BA, no debe declararse su responsabilidad y en un supuesto incumplimiento por parte de la AC del acuerdo alcanzado.

Se equivocan. Al igual que en el ámbito penal, el acusado puede aceptar pagar todo o parte de la responsabilidad civil derivada del delito. Aún asumiendo el pago de toda la indemnización, sigue persistiendo su responsabilidad penal. Otra cosa es que puedan conformar o consensuar con la acusación y que con el pago total o parcial de la responsabilidad civil se retire la acusación penal y civil o solo la civil. Obsérvese que sería perfectamente posible también en el ámbito penal que al asumir los responsables el pago de solo parte de la indemnización, el perjudicado y la acusación pública abandonen la responsabilidad civil y la penal o solo la primera.

Las demandadas erigen en un supuesto incumplimiento del acuerdo por parte de la AC –desde luego siempre interpretable a la luz de la letra del acuerdo pro mas que insistan en su lectura- su defensa, abandonando por completo la posibilidad de rebatir los argumentos que sustentan la acusación de la calificación culpable del concurso y su cooperación decisiva en la conducta constitutiva de la presunción. Con ello renuncian a rebatir con su prueba el resultado de la practicada a instancia de las demás partes (singularmente las periciales que ponen de manifiesto la total ausencia de lógica empresarial en la venta de productos no ya fuera de precio de mercado, sino ostentosamente dañinos para BA). Y es el resultado de la prueba practicada en relación a los hechos que sustentan la calificación de culpabilidad y no otros lo que será determinante.

El art. 166 LC establece que se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o si los tuviere, con sus representantes legales y en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

La STS de 27.01.2016, ya señaló como elementos o requisitos de la complicidad concursal: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación».

Ponía el acento la indicada sentencia en la necesidad de concretar las conductas cuya comisión son constitutivas de complicidad. Y ello porque “la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, conscius fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable».

La STS 29.03.2017, ahonda en esta cuestión y avala la decisión de la Audiencia, que trataba sobre un asunto en el que al igual que aquí se juzgaba la posible enajenación fraudulenta de activos de la concursada a determinadas sociedad, y concluía mediante una presunción judicial que los recurrentes colaboraron en la operación de traspaso de activos de la concursada a las sociedades rumanas. Señala que el razonamiento llevado a cabo por la Audiencia no es contrario a la lógica cuando la colaboración o cooperación que permite considerarlos cómplices puede consistir en que se hayan realizado aquellos traspasos patrimoniales con su aquiescencia y en beneficio también de ellos. De esta forma los cómplices “aunque no intervinieran de forma activa, no por ello dejaron de cooperar, conscientemente, en la medida en que eran socios de la concursada y habían participado en la constitución de alguna de las dos sociedades a las que indirectamente fueron a parar los activos. De este modo, junto al elemento objetivo, de la cooperación en el traspaso de los activos, concurre también el elemento subjetivo, pues cabe hablar conscius fraudis o connivencia con el concursado en esta conducta que ha merecido la calificación culpable”.

En nuestro caso, COMPRE Y COMPARE y QUESERÍAS LA ERALTA tuvieron una participación directa, activa y totalmente necesaria en los hechos determinantes de la culpabilidad del concurso. Precisamente esta se ha estimado debido a las ventas realizadas por orden y dirección del administrador de hecho de BA a COMPRE Y COMPARE y a QUESERÍAS LA ERALTA, luego la decisiva y necesaria participación del comprador en la venta es incuestionable y con ello su intervención en el elemento objetivo de la conducta; se ofrece vender por [redacted] y ellas, sus representantes, aceptan la oferta, compran, pagan el precio y reciben la mercancía. Pero tampoco cabe dudar de la imputabilidad desde el punto de vista subjetivo. No se trata de una operación cualquiera que para la concursada pueda tener una significación o importancia que resulte oculta o desconocida para el comprador. Se trata de operaciones de venta de vino a empresas del sector, conocedoras del mercado de vino con D.O. Rioja, dedicadas a ello y por tanto no podían en modo alguno ignorar la ausencia de toda lógica empresarial de las mismas.

Los representantes de ambas reconocen que no habían tenido trato previamente con BA que solo conocían a [redacted] y no a los socios y administradores. En el caso de COMPRE Y COMPARE además fue muy elevado el suministro, en ninguno de los dos casos algo puntual o esporádico. Los precios de venta no es que no fueran acordes a mercado, sino que lo eran muy por debajo del coste de producción; en el caso de COMPRE Y COMPARE las ventas se realizan alrededor de un 55/60 % por debajo del coste de producción; en el caso de QUESERÍAS LA ERALTA la concursada le vendió uva por 0,60 euros cuando se adquiriría a 0,92. Por tanto, para empresas conocedoras del sector de ninguna manera puede excluirse el *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable. Lo contrario, implicaría dar un mensaje nefasto para el mercado, la competencia leal y el juego limpio, implicaría amparar conductas de quienes se aprovechan y benefician de prácticas fraudulentas cometidas por otros en perjuicio de sus acreedores.

OCTAVO.- Con arreglo al nº 2 del art. 172.2 LC debe acordarse la inhabilitación de las personas afectas por la calificación para administraron los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona en un espacio temporal entre dos y quince años, atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio así como la declaración culpable en otros concursos.

La AC concreta el periodo de inhabilitación en su máximo de 15 años. El MF es mas comedido pero también pone de manifiesto la valoración de la gravedad de la conducta solicitando una inhabilitación de 10 años.

Ciertamente la conducta por la que se ha declarado finalmente la culpabilidad del concurso es de las mas graves contempladas en el catálogo de presunciones *iuris et de iure*, pues además del ya natural perjuicio que supone la insolvencia para los acreedores, la salida fraudulenta de bienes en el periodo inmediatamente anterior constituye un perjuicio adicional para los mismos, al verse mermado el patrimonio con el que se habría de responder de las deudas sociales consciente y voluntariamente en su perjuicio, pues al margen de no ser necesaria la intencionalidad de perjudicarles sí que ha de concurrir la conciencia de que se hace.

A ello se añade en este caso que las operaciones realizadas no es que hayan agravado, sino que han provocado directamente la insolvencia de la sociedad, provocando unas pérdidas

totales por al menos 1.421.431,64 euros entre las realizadas a COMPRE Y COMPRARE y QUESERÍAS LA ERALTA.

Y por último, el afectado por la calificación actúa además como hombre oculto, como administrador de hecho, manejando la sociedad sin aparecer formalmente como tal y en el contexto de una promesa de compra de las participaciones sociales de los socios agricultores, jubilados o a punto de hacerlo y quienes sin perjuicio de aportaciones anteriores, en el mismo 2013, en agosto, al transformar la sociedad en Sociedad Limitada, para transmitirla precisamente a , acaban realizado nuevas aportaciones para restaurar el equilibrio patrimonial y absorber pérdidas acumuladas; aportaciones que en pocos meses de gestión del Sr. resultan nuevamente absorbidas por las pérdidas provocadas.

Con todo, aunque valorando que es la primera condena por concurso culpable que se le conoce al Sr. ; al menos en este Juzgado, se concreta el periodo de inhabilitación en ocho años.

Conforme al art. 172.2.3º LC se condena igualmente a r a la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener en el concurso como acreedor concursal o contra la masa.

NOVENO.- Finalmente en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, y limitada al afectado por la calificación pues se termina por desistir de la única que se sostenía contra uno de los cómplices, la AC solicita en el suplico de su demanda/informe, la responsabilidad del art. 172.2.3º LC, cuando este precepto se refiere a la responsabilidad por daños y perjuicios y en cambio en la Fundamentación Jurídica se refiere a la responsabilidad por déficit concursal del art. 172 bis LC.

Quizás sea un error del suplico o de la fundamentación jurídica; o quizás se pida las dos cosas, pues ciertamente el daño y perjuicio causado a la masa ha sido indemnizado por los cómplices solo en parte, luego cabría mantener la petición indemnizatoria del daño del Sr. por el resto. Pero es dudosa esta posibilidad porque en la Fundamentación de Jurídica de la demanda al tratar la indemnización por daños y perjuicios, la AC se centra en los cómplices. La cuestión es que no se concreta la petición de indemnización de daños en el informe y tampoco se pide aclaración en la vista. No obstante, el posible error del suplico de la demanda queda suplido por el MF que en su suplico sí solicita expresamente la condena a la cobertura del déficit conforme al art. 172 bis LC, debiendo entenderse que al no reducir el porcentaje de cobertura solicita la condena al 100% de los créditos que no se cubran en la liquidación.

El art. 172 bis LC tras la redacción dada por RD Ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, señala: “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, (...), 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.”

Resulta innecesario traer a colación la evolución jurisprudencial y legal de esta responsabilidad porque en este caso, aún con la redacción actual, los hechos que determinan la calificación culpable del concurso reúnen méritos suficientemente claros para una condena a la cobertura total del déficit.

Simplemente se recordarán algunos pronunciamientos básicos: La STS de 21.03.2012 (ponente Ferrándiz Gabriel), decía que la responsabilidad concursal, entonces en el art. 172.3 LC “...no es, según la letra y el espíritu de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

Razón por la que para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y en su caso para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 (...) es necesario que el juez llegue a aquella conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador (...) que determinó la calificación del concurso como culpable. (...)”

Y no contradice lo expuesto el que en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre -con el único fin de derivar de la calificación alguna consecuencia de interés para la decisión del respectivo recurso y no con el de terciar en una polémica de esencia dogmática, muy actual pero de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos concernidos -hayamos atribuido a la responsabilidad de los administradores que regula el apartado 3 del artículo 172 una función no sancionadora, en sentido estricto, sino mas bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores -que al fin verán ampliado el número de personas a las que pueden reclamar el pago de la deuda-, para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, no en otros”.

La mayoría de la Sala Primera del TS en aquel entonces mantuvo esta interpretación del precepto, pero ya en la STS 21.05.2012, se emitió voto particular por el Magistrado Sancho Gargallo, que ponía de manifiesto la incongruencia a su juicio existente en el argumento de la mayoría de la sala, cuando al tiempo que se mantiene en Sentencias anteriores (como la 56/2011, de 23 de febrero) que “El artículo 172, apartado 3 (...) carece de la naturaleza sancionadora (...), dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable -por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de [la sociedad concursada], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”, no podrá mantenerse al mismo tiempo que para la aplicación de este art. 172.3 LC (actual 172 bis) sea totalmente ajeno e indiferente la contribución de la conducta a la causación o agravación de la insolvencia, argumentando que “no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social- y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable”.

Lógicamente el cambio legislativo que añade ahora al precepto “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, ha hecho asumir al TS la necesaria relación entre la conducta que ha dado lugar a la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia para aplicar la responsabilidad a la cobertura del déficit (entre otras, SSTS 12.01.2015 y 22.07.2015).

Pero la problemática no existe en realidad cuando tratamos del art. 164.1 LC, ni como ya ponía de manifiesto Sancho Gargallo en el indicado voto particular, de los nº 3 a 6 del art. 164.2 LC.

Efectivamente la medida en que la conducta que ha determinado la generación/agravación de la insolvencia en este caso, se cifra exactamente en al menos 1.421.431,64 euros, que constituye la suma del perjuicio causado a la concursada con las ventas por debajo de coste de producción a COMPRE Y COMPARE y QUESERÍAS LA ERALTA, pues una cosa es que estas últimas hayan indemnizado en parte estas cantidades a ellas imputadas y otra que no pueda concretarse la medida en que la conducta defraudatoria ha contribuido a la insolvencia.

Por lo demás, en cuanto a la “justificación añadida” que lleve a la convicción de la juzgadora de la necesaria sanción –solo posible y no obligatoria- he de remitirme a los argumentos y razones dadas a la hora de señalar en ocho años el periodo de inhabilitación del afectado. La gravedad de la conducta por los motivos allí señalados y del perjuicio ocasionado a la concursada, provocando directamente su situación de insolvencia justifican plenamente la condena a la cobertura del cien por cien del déficit concursal que resulte tras la liquidación de la masa activa y se determinará por la AC en esta pieza de calificación en cuanto estime cerrada la fase de venta de activos y recuperación de saldos. A tal efecto, esas son las bases de la liquidación de la condena.

DÉCIMO.- Se condena en costas a COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L. al ser estimadas íntegramente las demandas de la AC y MF, solo reducida la inhabilitación sin que la variación por ser mínima altere el pronunciamiento en materia de costas (art. 394 LEC, 196 LC).

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

FALLO

ESTIMANDO la demanda interpuesta por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y por el MINISTERIO FISCAL, **RESUELVO**:

- 1.- CALIFICAR como CULPABLE el concurso de BODEGAS ARACO S.L.
- 2.- SEÑALAR como persona afectada por la calificación a en calidad de administrador de hecho.
- 3.- SEÑALAR como cómplices a COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por Sr/a. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 26 de abril de 2018.

4.- INHABILITAR a _____ para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona por OCHO AÑOS.

5.- CONDENAR a _____ a la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener en el concurso como acreedor concursal o contra la masa.

6.- CONDENAR a _____ a cobertura total del déficit concursal que quedara tras la liquidación de la masa activa y pago a los acreedores por su orden.

La Administración concursal concretará en esta sección el importe exacto con arreglo a las siguientes bases: Una vez concluida la liquidación de los activos y pagados con su producto los créditos (contra la masa y concursales por su orden) hasta donde alcance, el déficit, la cantidad no cubierta con dicho producto, constituirá la cantidad concreta objeto de condena y que deberá pagar _____.

7.- Se condena en COSTAS de este incidente de oposición a _____ y _____, COMPRE Y COMPARE S.A. y QUESERÍAS LA ERALTA S.L.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 54 0128 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.