

BASE DE DATOS NORMACEF

Referencia: NFJ060389

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

Sentencia 320/2015, de 24 de septiembre de 2015

Sección 1.^a

Rec. n.º 308/2015

SUMARIO:

Contabilidad. *Concurso. Doble contabilidad.* Los datos de hecho que toma la sentencia como base de sus conclusiones resultan fundamento suficiente para el razonamiento presuntivo de la existencia de una contabilidad oculta en la empresa que integra el supuesto de hecho de la norma invocada. En cuanto a la condena del administrador de hecho, resulta dudoso que al administrador de hecho, sin ninguna prueba adicional que permita formular juicio sobre que efectivamente era quien tomaba las decisiones de la empresa, pueda extenderse el incumplimiento de una obligación específica del administrador, como es la de formular debidamente la contabilidad de la empresa. Con el material probatorio aportado no existe ninguna base suficiente para formar convicción sobre su consideración como administrador de hecho, por lo que la no existencia de una pretensión accesoria o eventual fuerza un pronunciamiento absolutorio.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Ley Concursal), art. 164.

Código de Comercio de 30 de mayo de 1829, arts. 25, 28, 29, 30 y 34.

RD Leg. 1/2010 (TR Ley Sociedades de Capital), art. 236 y Título VII.

RD 1514/2007 (PGC)

PONENTE:

Don Jacinto José Perez Benítez.

Magistrados:

Don FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ

Don JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

Don MANUEL ALMENAR BELENGUER

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00320/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 308/15

Asunto: INCIDENTE CONCURSAL 203/11

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS
ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.320

En Pontevedra a veinticuatro septiembre dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de incidente concursal 203/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 308/15, en los que aparece como parte apelante: BELYPA CONSTRUCCIONES SL, D. Anselmo Y D. David , representado por el Procurador D. PEDRO BARRAL VILA, y asistido por el Letrado D. JACOBO FARO BAS, y como parte apelado: MINISTERIO FISCAL; ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE BELYPA CONSTRUCCIONES SL, no personados, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 9 marzo 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Con estimación parcial de la solicitud de declaración de calificación culpable formulada por la Administración Concursal de BELYPA CONSTRUCCIONES, SL y del Ministerio Fiscal.

DEBO DECLARAR Y DECLARO CULPABLE el concurso de BELYPA CONSTRUCCIONES, SL.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que resulta persona afectada por la calificación como administrador de derecho, D. Anselmo y como administrador de hecho a D. David .

DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Anselmo y a D. David , a cada uno de ellos, a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por CUATRO años para cada uno de ellos, así como para representar, o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Anselmo y a D. David a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales de la masa, a devolver a la masa los bienes o derechos que hubiera recibido de la masa activa.

No hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia."

Segundo.

Notificada dicha resolución a las partes, por Belypa Construcciones SL y otros, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

Tercero.

En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

Primero.

Es objeto de recurso la sentencia del juez de lo mercantil que califica como culpable el concurso de la entidad Belypa Construcciones S.L., declarado por auto de 28.12.2011.

De las causas en que fundaba su informe de calificación el administrador concursal (AC, en adelante) y el Ministerio Fiscal, la sentencia tan solo ha acogido la primera de ellas, que imputaba a las personas afectadas el haber llevado doble contabilidad. Por su parte, la sentencia acogió la tesis de los legitimados activos al declarar como personas afectadas por la calificación no sólo al administrador formal, Sr. Anselmo , sino también a quien se ha calificado como administrador de hecho, D. David . La resolución ahora combatida desestima la pretensión de declaración de responsabilidad concursal e impone una sanción por inhabilitación de cuatro años a los dos condenados.

Estos son, por tanto, por méritos del recurso presentado por la representación demandada, los dos únicos aspectos del proceso que llegan a nuestro conocimiento. Puede adelantarse que el litigio queda centrado en la discrepancia sobre el proceso de valoración de la prueba realizado por la juez del concurso, en particular de la

abundante documentación aportada, de las declaraciones de las partes y de los testigos, y del informe pericial que, en calidad ciertamente desvirtuada, fue aportado por la representación de la sociedad en concurso.

Segundo.

Como recuerda la sentencia recurrida, desde esta sección con competencia mercantil de la Audiencia Provincial de Pontevedra venimos afirmando, en línea con la doctrina jurisprudencial, que el supuesto 1º del art. 164.2 tipifica una causa autónoma determinante por sí misma de la calificación de culpabilidad, consistente en la comisión de irregularidades contables. Entre ellas la norma menciona expresamente el incumplimiento sustancial de la obligación de todo empresario de llevar contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la genérica comisión de irregularidades contables que fueran relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

El precepto, profusamente aplicado durante los años de vigencia de la nueva legislación concursal, ha de conectarse con lo dispuesto en el art. 25 del Código de Comercio, que impone a todo empresario el deber de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios, debiendo llevar, al menos, un libro diario y otro de inventarios y cuentas anuales, que habrán de presentar en el Registro Mercantil de su domicilio para su legalización. Sobre el modo de llevar los libros los arts. 28, 29 y 30 determinan obligaciones específicas. Por su parte, los arts. 34 y siguientes detallan el contenido de las cuentas anuales. La normativa se completa, para el concreto supuesto de una sociedad de responsabilidad limitada, con las normas contenidas en el Título VII de la Ley de Sociedades de Capital, en el Plan General de Contabilidad y en las normas específicas, legales y reglamentarias, que pudieran resultar de aplicación.

La llevanza de doble contabilidad supone por sí misma la existencia de una grave irregularidad contable, pues es tanto como afirmar la falsedad de la información que figura en las cuentas anuales, al existir una contabilidad oculta, generalmente con propósitos fraudulentos. De ahí su tipificación expresa pues, además, la existencia de doble contabilidad implica un comportamiento intencional, frente a otros supuestos de irregularidades contables en los que se podría esgrimir como defensa la existencia de un actuar negligente. Como es de evidencia, la llevanza de una contabilidad doble, B, u oculta no suele ofrecer una prueba directa, sino que resulta obligado acudir a un completo análisis del material aportado y, en muchas ocasiones, a la utilización de la prueba indiciaria para llegar a conclusiones fiables.

Este análisis se realiza en el fundamento jurídico tercero de la sentencia a partir de una detallada descripción de los documentos y de un extracto de las declaraciones de cuantos intervinieron en el juicio. Más concretamente, tras el resumen de las pruebas, a partir del último párrafo de la página 10 de la sentencia se precisan los documentos concretos de los que la juez de instancia deduce la existencia de la doble contabilidad. Se trata, en esencia, de los siguientes motivos:

a) los 222 documentos agrupados en el conjunto documental nº 1, que recogen pagos en efectivo del administrador D. Anselmo, sin que se aporten facturas justificativas de tales pagos; la sentencia ilustra con un resumen de los más "variopintos", tanto en los conceptos como en las personas que recibieron los supuestos pagos; la inclusión en todos esos documentos de una misma numeración y la falta de aportación de facturas, por un importe de 164.197,30 euros;

b) la documentación acompañada bajo el nº 3 al nº 122, que incluyen expresivamente la letra "B", que en su mayoría no se acompañan de facturas;

c) la propia redacción de todos los documentos, de forma seriada o estandarizada, con el mismo esquema, lo que permite a la juez rechazar la explicación de que se tratara de meros proyectos o borradores de previsibles gastos;

d) el documento nº 46 y justificante nº 97, de 28.2.2009, que responde al mismo esquema, con la anotación manuscrita sobre la factura, con reconocimiento expreso de pagos en negro; en la misma línea, el documento 149, con la mención a una tercera caja, denominada "caja de Anselmo", junto a las de las empresas Belypa y Dupla;

e) la documentación relativa al pago de los salarios del grupo documental 2, con pagos en efectivo adicionales sobre el importe reconocido en las nóminas (en particular se hace mención al documento nº 155 respecto al trabajador Sr. Rosendo).

Frente a dichos argumentos, que hacen concluir a la juez de instancia la existencia, sin lugar a dudas, de una doble contabilidad, la recurrente insiste en los argumentos de su escrito de oposición, que en síntesis se basan en dos premisas:

a) en sus manifestaciones, el administrador D. Anselmo insistió en que los documentos relacionados eran meros borradores, en la mayoría de los casos con soporte contable;

b) las manifestaciones del autor del informe, Sr. Jesús Ángel, respecto de la comprobación aleatoria de las anotaciones con las facturas.

La Sala no comparte los argumentos del recurrente. De un lado las manifestaciones autoexculpatorias del administrador de derecho nos resultan claramente insuficientes para fundamentar cualquier tipo de conclusión sobre la existencia o no de la doble contabilidad, como es de evidencia. De otra parte, el contenido del dictamen no resulta suficientemente preciso ni tampoco las aclaraciones de su autor en el acto de la vista. La comprobación aleatoria debía resultar más precisa en relación con el número de documentos aportados por el AC y la explicación acerca de que se trataba de meras previsiones de gastos o borradores tampoco se compadece con la defensa sobre la efectiva contabilización de las partidas. El contenido de los documentos reflejados en la sentencia nos resulta suficientemente elocuente, en una conclusión valorativa que íntegramente compartimos. Ante la abundancia de la documentación aportada, la prueba de que efectivamente se trataba de documentos que accedieron a través de las correspondientes facturas a la contabilidad de la empresa resultaba relativamente fácil para el administrador. El dictamen da por válidas las explicaciones de quien lo encargó con respecto a la imposibilidad de acceder a los ordenadores de la empresa para comprobar el programa de imputación de costes a la obra, asumiendo que se trata de previsiones de gastos que luego se documentarían correctamente, pero sobre esta documentación no existe ninguna actuación de verificación y el propio contenido de los documentos desmiente tal consideración (por ejemplo con la constancia de la firma del visto bueno del propio administrador, lo que no resulta lógico si se trataba de un documento de uso personal o meramente interno; el justificante de 28.2.2009 que menciona la sentencia resulta igualmente ilustrativo en su redacción, no explicada); la autoría de las firmas tampoco ha quedado suficientemente explicada; el perito parte de la premisa de que los documentos relativos a los trabajadores, -los múltiples cuadros que reflejaban pagos sobre nómina-, eran meras previsiones de pago de nóminas y "gratificaciones", aceptando una premisa que a la Sala le resulta incomprensible. El muestreo que reflejan las conclusiones del técnico resulta insuficiente en relación al número y contenido de los documentos aportados. No se ha explicado el porqué de la numeración idéntica de los documentos ni tampoco algunos conceptos llamativos como los relatados en la sentencia de primera instancia, o la generalizada constancia de aportaciones de efectivo sobre las nóminas de los trabajadores a que hace referencia en los cuadros incorporados al anexo documental 1 y 2. El pago al Sr. Rosendo en concepto de comisión por adjudicación de obra tampoco consta reflejado en la documentación contable (documento 155).

En suma, los datos de hecho que toma la sentencia como base de sus conclusiones resultan fundamento suficiente para el razonamiento presuntivo de la existencia de una contabilidad oculta en la empresa que integra el supuesto de hecho de la norma invocada. En consecuencia, el motivo se desestima.

Tercero.

La condena del administrador de hecho.

Como es bien conocido, la consideración del administrador de hecho como responsable frente a socios y terceros fue mérito de una doctrina jurisprudencial con origen en la jurisdicción penal y en resoluciones administrativas, y que finalmente cristalizó en la normativa societaria por méritos de la denominada Ley de Transparencia en el año 2003. En esa misma fecha, la Ley Concursal de forma paralela hizo extensiva la responsabilidad en sede de calificación al administrador de hecho. La reciente Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital publicada en diciembre de 2014, presentó también como una de sus novedades la de ofrecer una definición del concepto de administrador de hecho, en el nuevo apartado 3 del art. 236. La novedad de la norma, en general consideración doctrinal, puede entenderse como relativa, pues apunta en la dirección de recoger los criterios doctrinales y jurisprudenciales que con profusión en los últimos años habían perfilado la figura, sobre la base de identificar en el administrador de hecho el ejercicio efectivo del cargo de administrador societario sin nombramiento formal válido, incluyendo los supuestos de coexistencia con el administrador formal, siempre que se desempeñen funciones inherentes a la administración de forma autónoma y habitual, e incluyéndose también la situación conocida como de "administración oculta".

Por tanto, se incluyen los supuestos tradicionales que están en el origen del concepto: administrador con cargo caducado, nulo o extinguido por otra causa (nombramiento viciado por incapacidad o inhabilitación; primera aproximación formalista a la figura, con la finalidad de conservación de la empresa, como lo muestra la cita de la RDGRN 24.6.1968), administrador nombrado que no inscribe, y se añade expresamente la figura del administrador oculto y la de quienes ostentando otro cargo o "título" no societario (apoderados, directores generales) desempeñen funciones propias del administrador. Lo relevante es, pues, el ejercicio de estas funciones, el comportarse "como si" fuera administrador, y no la denominación del cargo. Se exige además "cierta calidad" en las decisiones no bastando con funciones de consejo o asesoramiento, en la fase previa a su adopción. La reciente STS 22-7-2015 confirma esta forma de ver las cosas (vid.ap.16).

Resulta, pues, esencial atender, como en el caso anterior, al resultado de los medios probatorios, directos e indirectos, para calificar la intervención del Sr. David. La sentencia comienza a tal fin su argumentación descartando el resultado de las pruebas personales, que de forma unánime habían rechazado la condición de D. David como administrador, refiriendo en todo momento que se trataba de un comercial o de persona con un papel

relevante en la empresa, pero limitado a diversas funciones subalternas, como la de jefe de obra. Sin embargo la resolución ahora recurrida construye su argumentación sobre los siguientes datos de hecho:

- a) D. David era titular de una tarjeta de visita de factura similar a la que utilizaba el administrador de derecho, D. Anselmo , bajo cuya identificación se expresaba el término "administrador" (vid documento nº 129);
- b) la percepción por D. David de un salario en cuantía similar al de D. Anselmo ; e incluso en algunos documentos que contienen "hojas de salario" figure con un sueldo superior;
- c) la atribución a D. David de la facultad de tomar decisiones (en referencia a las anotaciones realizadas por D. Anselmo en el documento nº 136); en el acta de la reunión de 25.1.2010 se incluye una referencia a la capacidad de decisión de D. David
- d) el hecho de que D. David y D. Anselmo fueran los únicos beneficiarios de sendos seguros de vida pagados por la empresa, y además D. David lo era de un seguro frente a la retirada del permiso de conducir;
- e) y finalmente el hecho de que D. David poseyera dos vehículos pagados por la empresa, uno de los cuales se destinaba a su uso particular;

La Sala considera que ninguno de tales hechos, aislados o en su conjunto, permite atribuir a D. David la condición de administrador de hecho. Por de pronto resulta dudoso que al administrador de hecho, sin ninguna prueba adicional que permita formar juicio sobre que efectivamente era quien tomaba las decisiones de la empresa, pueda extenderse el incumplimiento de una obligación específica del administrador, como es la de formular debidamente la contabilidad de la empresa; en este sentido nótese que la única causa que finalmente ha fundamentado la decisión judicial de calificar el concurso como culpable ha sido la de confeccionar una doble contabilidad, y ninguna actuación de D. David apunta en tal sentido. Y en segundo término, el ejercicio continuado de las funciones de dirección de la empresa y la toma de las decisiones esenciales no aparece de forma nítida, ni siquiera sobre la base de considerar los extremos que la sentencia relaciona con el carácter de indicios. Buena parte de tales datos pueden entenderse desde la consideración de D. David como un trabajador relevante, especialmente respecto de la función esencial de captar obra. La indicación de una tarjeta de visita por sí misma no es capaz de dar sustento a otra conclusión. El hecho de poseer vehículos o ser beneficiario de seguros tampoco permiten avanzar en este terreno, y las decisiones a que hace referencia la sentencia no pertenecen al núcleo esencial de gobierno de la sociedad, sino que versan sobre aspectos accesorios o sobre juicios hipotéticos en determinadas circunstancias futuras; no advertimos en los documentos la existencia de un reflejo de una suerte de administración mancomunada por parte de los dos recurrentes. En suma, con el material probatorio aportado, - nótese que las pruebas personales descartaban aquella condición-, no existe base suficiente para formar convicción sobre la consideración de D. David como administrador de hecho. La no existencia de una pretensión accesoria o eventual fuerza un pronunciamiento absolutorio. Se estima el motivo.

Sexto.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398, estimado parcialmente el recurso no se efectúa pronunciamiento en costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de FELYPA CONSTRUCCIONES SL, D. Anselmo Y D. David , y en su consecuencia, manteniendo la declaración del concurso de la entidad Belypa Construcciones, S.L. como culpable, absolvemos a D. David de las pretensiones formuladas contra el mismo. No se efectúa pronunciamiento en costas respecto de las devengadas en esta alzada. Procédase a la devolución del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en los autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.