



## JDO. 1ª INSTANCIA N. 8 Y MERCANTIL LEON

SENTENCIA: 00939/2016

Concurso 733/15  
EDITORIAL EVEREST SA  
Sección Sexta

M<sup>a</sup> Elena Carretón Pérez  
Procuradora

Fecha notificación:  
05/05/2016

### SENTENCIA N° 939/2016

**Magistrado-Juez:** Pablo Arraiza Jiménez

**Administración concursal**

Procuradora: María Elena Carretón Pérez

**Ministerio Fiscal**

**Concursada:** EDITORIAL EVEREST SA

Procuradora: Susana Belinchón García

**Afectados:** Miguel y Alberto López Varela

Procuradora: Susana Belinchón García

**Cómplice:** GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL

Procuradora: Susana Belinchón García

**Objeto del juicio:** calificación del concurso

En León, a 3 de mayo de 2016

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Mediante auto de este juzgado de 9 de julio de 2015 se acordaba la formación de la sección sexta de calificación.

**SEGUNDO.** La Administración Concursal presentó escrito de fecha 21 de octubre de 2015 al que acompañaba informe en el que proponía la calificación culpable del concurso, con declaración de Miguel y Alberto López Varela como personas afectadas por dicha calificación, y de GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL como cómplice.

**TERCERO.** De dicho informe se dio traslado al Ministerio Fiscal por término de diez días, quien presentaba informe en el que proponía asimismo la calificación culpable del concurso.

**CUARTO.** Mediante providencia de 10 de noviembre de 2015 se acordaba dar audiencia a la concursada y emplazar a las personas afectadas por la calificación y a la cómplice según el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal.

**QUINTO.** Comparecidas las partes, se les dio vista de la sección sexta para que dentro de los diez días siguientes presentaran alegaciones, traslado que sería evacuado mediante sendos escritos presentados en fecha 18 de febrero de 2016 por la procuradora Susana

Belinchón García en nombre y representación de Miguel e Irene López Varela, de un lado, de Alejandra López Varela, de otro, y de GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, de otro.

**SEXTO.** Convocadas las partes a vista que tendría lugar el 14 de abril de 2016, se procedió a la práctica de los medios de prueba propuestos y admitidos, tras lo que, previo informe de aquellas, se declaraba el incidente concluso para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** Que Miguel y Alberto López Varela han venido integrando el órgano de administración de la concursada entre el 21 de noviembre de 2012 y el 2 de junio de 2015, fecha del auto por el que se acordaba la apertura de la fase de liquidación.

**SEGUNDO.** Que Miguel y Alberto López Varela han agravado de manera gravemente negligente la situación de insolvencia de la concursada, por no haber adoptado las medidas precisas para la contención del gasto de personal ante la situación de insolvencia por la que atravesaba la sociedad en el ejercicio 2015, y haber transferido a GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, matriz del grupo del que forma parte la concursada, por importe de 13.300.802,24 euros desde el ejercicio 2013.

**TERCERO.** Que las cuentas anuales de la concursada incurren en graves irregularidades que impiden un conocimiento fidedigno de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Así, incurren en una sobrevaloración de la partida de existencias, entre otros, en el ejercicio 2012, de modo que de unas existencias iniciales por importe de 13.313.948, 20 euros, se pasa a 20.692.360,64 euros al cierre del ejercicio, sin justificación alguna. Asimismo, contabilizan indebidamente el crédito contra GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, sociedad matriz, como un crédito a corto plazo, pese a no concurrir un propósito de devolución, al menos a corto plazo. Y finalmente, contabilizan por debajo de coste los servicios prestados por sociedades vinculadas, de manera interesada para propiciar un desplazamiento de la pérdida correspondiente en beneficio de la apariencia patrimonial de la sociedad a la que se factura.

**CUARTO.** Que GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, sociedad matriz del grupo del que forma parte la concursada, ha recibido indebidamente de esta 13.483.578,08 euros.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** A fin de centrar los términos del debate procede relacionar:

I. En primer término, la **Administración Concursal** y el **Ministerio Fiscal** formulan pretensión de calificación culpable del concurso bajo los siguientes argumentos:

1. Al amparo del artículo **164.1** de la LC:

-respuesta tardía e insuficiente de los administradores a la situación de crisis, al no haber atemperado el gasto a la reducción de ingresos.

-crédito otorgado al socio mayoritario, gratuito, incrementado y aplazado mediando ya situación de insolvencia.

-indebida gestión de los recursos humanos, al haber acordado una medida de suspensión colectiva de contratos de trabajo por tiempo reducido, cuando la reanudación de la actividad era inviable.

2. Al amparo del artículo **164.2.1º** de la LC:

-sobrevaloración de la partida de existencias.

-contabilización del crédito contra la sociedad matriz como un crédito a corto plazo.

-contabilización por debajo de coste de los servicios prestados por sociedades vinculadas.

**II.** Por su parte, la representación de los **afectados** por la calificación formulan en sus escritos de oposición excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda, que fue desestimada en la vista, y en cuanto al fondo articulan los siguientes motivos de oposición:

1. En primer lugar, improcedencia de consideración de los hechos anteriores a los dos años previos a la declaración de concurso.

2. En segundo lugar, sobre la imputación de respuesta tardía e insuficiente de los administradores a la situación de crisis, al no haber atemperado el gasto a la reducción de ingresos, afirman haber llevado a cabo todas las actuaciones a su alcance, como expedientes de suspensión y extinción colectiva de contratos, así como financiación por el socio fundador y búsqueda de apoyo público e inversores privados.

3. Sobre el crédito otorgado al socio mayoritario, afirman que el mismo trae causa de los acuerdos de compensación entre saldos de las sociedades integrantes del grupo adoptados con anterioridad a la entrada de los afectados en el órgano de administración de la sociedad, y añaden que el aplazamiento acordado en el contrato de 31 de diciembre de 2014 estaba justificado por la falta de liquidez de la sociedad deudora, y que el compromiso de Grupo Everhouse SL de aportar la nave en la que desarrolla la actividad la concursada para asegurar el pago de la deuda no implica una sustitución de la obligación, sino un compromiso adicional a la misma.

4. Y finalmente, sobre las irregularidades contables:

-en relación con la sobrevaloración de la partida de existencias, afirman que el informe favorable de auditoría impide la apreciación de irregularidad contable; que el criterio empleado viene debidamente explicado en la memoria y en el informe de auditoría; que la administración concursal no explica el precepto infringido ni la medida en la que la irregularidad afecta a la posibilidad de conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la sociedad; que en realidad lo acometido por el órgano de administración fue una desdotación de existencias previamente deterioradas, justificada por la venta, mediante contrato de 19 de diciembre de 2012, a la sociedad del grupo Everest de Ediciones y Distribución SL, que a su vez las vendió, en un 20%, por un precio superior al de coste.

-sobre la contabilización del crédito contra la sociedad matriz como un crédito a corto plazo, afirman que las posiciones de origen que luego fueron objeto de cesión obedecen a relaciones estrictamente comerciales concebidas para su satisfacción en el corto plazo, y que las compensaciones correspondientes se producían anualmente.

-sobre la contabilización por debajo de coste de los servicios prestados por sociedades vinculadas, afirman que no existe irregularidad contable donde se contabiliza lo efectivamente facturado por la concursada.

**III.** Finalmente, de GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, afirma que no puede ser condenado como cómplice por una conducta meramente omisiva; que no concurre culpa grave en la misma; que los acuerdos de compensación entre saldos de las sociedades integrantes del grupo venían justificados por la estructura de financiación grupal del conjunto; que el aplazamiento acordado en el contrato de 31 de diciembre de 2014 no agravó la situación de insolvencia; y que el compromiso de Grupo Everhouse SL de aportar la nave en la que desarrolla la actividad la concursada para asegurar el pago de la deuda no implica una sustitución de la obligación, sino un compromiso adicional a la misma.

**SEGUNDO.** Con el fin de concretar los hechos objeto de enjuiciamiento, debe comenzar la presente resolución por rechazar la alegación vertida en los escritos de oposición

a la calificación acerca de la limitación temporal de aquellos a los verificados durante los dos años previos a la declaración de concurso.

Al respecto, el artículo 164.1 de la LC expresa 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 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". Y entender que la limitación temporal reseñada se refiere no sólo al ámbito subjetivo de imputación de la sección de calificación, sino también al objetivo, de manera que únicamente podrían valorarse los hechos verificados durante los dos años previos a la declaración de concurso, carece del menor respaldo legal, toda vez que la referida limitación temporal viene en la norma claramente circunscrita a la determinación de las personas que pueden tener la consideración de afectados por la calificación.

Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de León en su sentencia de 25 de abril de 2014, que expresa que *"entre los múltiples aspectos polémicos que sigue planteando la sección de calificación se encuentra el que puede denominarse "problema temporal de la calificación". Antes de la reforma introducida por la Ley 38/2011, el artículo 164.1 LC no incluía esa limitación temporal sino que se refería, sin más, a quienes tuvieran la condición de "administradores o liquidadores, de hecho o de derecho" del concursado persona jurídica. En cambio, el artículo 172.3 LC, relativo a la responsabilidad concursal, contenía una referencia temporal expresa, al disponer que la condena a la cobertura del déficit podría imponerse a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, " y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso"*.

*La reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, ha incidido directamente en esta cuestión y, en un intento de armonizar la específica acción de responsabilidad concursal del nuevo art. 172 bis con la hipótesis general que determina el concurso como culpable del art. 164.1, ha concretado la legitimación pasiva. Así, del mismo modo que la responsabilidad concursal sólo podía exigirse a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso, la reforma precisa que la legitimación pasiva para soportar la acción de culpabilidad en general puede extenderse al deudor, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, a 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 la declaración del concurso"*.

*Sin embargo, esta delimitación, que concreta los sujetos que pueden soportar la acción de culpabilidad concursal, no solventa las cuestiones que se plantean en relación con el "problema temporal" de la calificación. En concreto surge la duda sobre si los hechos imputados a los legitimados pasivos han de haber sido ejecutados también dentro del período de los dos años antes a la declaración del concurso. Una lectura de las presunciones que determinan la culpabilidad del concurso indica que en alguna de ellas el propio legislador fija un límite temporal anterior y así la referencia a la presentación de las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso (art. 165.3º LC).*

*Con las modificaciones introducidas, no existe dificultad en establecer que la calificación de culpabilidad, en cuanto se refiere a la determinación de las personas afectadas, y sus consecuencias tienen el límite temporal referido: es necesario que la persona afectada ostente alguna de las condiciones establecidas al tiempo de la declaración de concurso o que la haya ostentado dentro del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso y no cabe establecer como personas afectadas a quienes tuvieron alguna de las condiciones establecidas, pero fuera de ese período. Y surge la duda de si esa misma limitación temporal resulta de aplicación en la determinación de los actos o conductas susceptibles de comportar la calificación de culpabilidad del concurso. Se trata de dilucidar si se pueden o no tener en cuenta actos realizados antes de los dos años previos a la declaración de concurso.*

*Entre las tesis que se manejan, entendemos que resulta más acertada la que no extiende con carácter general la limitación temporal de los dos años del artículo 164.1 LC a la determinación objetiva de los comportamientos susceptibles de establecer la calificación del concurso. Son varios los argumentos que se pueden invocar en apoyo de esta interpretación.*

*El primero resulta de atender al propio tenor literal de la norma. Es cierto que la limitación temporal se contiene en la cláusula general del artículo 164.1 LC. Pero es una limitación que, por los términos en que se encuentra formulada, se refiere sólo a la identificación de los posibles sujetos afectados por la calificación. Se vincula exclusivamente a quienes hubieren tenido una de esas "condiciones" (administrador o liquidador, de hecho o de derecho, o apoderado general) dentro de ese período. Es, por tanto, una limitación temporal de carácter subjetivo, pero no objetivo y no se extiende a la identificación de los posibles comportamientos que dan lugar a la calificación de culpabilidad. Si se hubiera querido extender la limitación temporal a este aspecto, se podría haber hecho con relativa facilidad, introduciendo una fórmula semejante a la relativa a la identificación de los actos susceptibles de rescisión pero nada de eso se ha hecho, ni en la redacción originaria de la Ley ni en la reforma introducida por la Ley 38/2011.*

*El segundo argumento por el que se alcanza la misma conclusión es acudiendo a criterios de interpretación sistemática y al catálogo de presunciones establecido por el legislador en los artículos 164.2 y 165 LC. Entre los comportamientos determinantes de presunciones iuris et de iure de culpabilidad, sólo el artículo 164.2.5 LC incluye una limitación temporal, al disponer que en todo caso 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". El resto de presunciones iuris et de iure de culpabilidad no introducen límite temporal alguno en cuanto a la definición de los comportamientos relevantes. Y, por lo que se refiere a las presunciones de dolo o culpa grave, el artículo 165.3º LC incluye los casos en que " el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso". Si sólo se pudieran tener en cuenta comportamientos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sería imposible la aplicación de esta presunción en sus íntegros términos, que por definición va más allá de ese período y hace referencia a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. La interpretación sistemática parece, así, confirmar la resultante del texto de la norma.*

*El tercer argumento se obtiene al considerar la finalidad perseguida con la reforma: solucionar el problema de coordinación entre el artículo 164.1 LC y el artículo 172 LC y, dentro de éste, entre los números 2º y 3º del apartado 2 -consecuencias de la calificación de culpabilidad y el apartado 3 -responsabilidad concursal-, de manera que, a partir de la reforma, quede claro que la calificación y sus consecuencias sólo pueden afectar, en el caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, y apoderados generales, que lo sean al tiempo de la declaración de concurso o lo hubieran sido en los dos años anteriores a esa fecha. No parece que se haya querido limitar con carácter general a ese período temporal la identificación de los comportamientos determinantes de la calificación y sus consecuencias.*

*Los que postulan una interpretación conforme con la expuesta por el recurrente (extender con carácter general el límite temporal de los dos años también a la identificación de las conductas), tesis que como se argumenta en la página 23 del escrito recurso ha sido acogida por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 25 de mayo de 2012, chocan con la dificultad que para esta interpretación supone la presunción del artículo 165.3º LC: " no hay encaje posible con la conducta del art. 165.3 in fine, que habla de tres ejercicios anteriores ". Es imposible compatibilizar esta interpretación con el contenido de la presunción del artículo 165.3º LC.*

*Entendemos entonces que pueden investigarse conductas cometidas con anterioridad al plazo de los dos años anteriores al concurso siempre que tales conductas hayan tenido incidencia en la declaración de insolvencia del deudor, con independencia de su comisión en*

*un momento temporal anterior. Dicho de otro modo, el hecho doloso o con culpa grave determinante de la insolvencia, cometido por quien ha sido administrador en el periodo de dos años antes de la declaración del concurso, genera culpabilidad aunque tuviera un origen temporal más allá de los dos años”.*

**TERCERO.** En relación con la imputación de respuesta tardía e insuficiente de los administradores a la situación de crisis, al no haber atemperado el gasto a la reducción de ingresos, debe señalarse, de un lado, que del examen de la evolución del gasto en relación con la cifra de negocios que recoge el cuadro incorporado al informe de calificación de la administración concursal puede advertirse que sólo en 2012 se produjo un incremento de los aprovisionamientos, pues en 2013 se pasó de 11.460.011,37 euros a 9.922.430,36 euros, ejercicio en el que además se contuvo la cifra de negocio del ejercicio precedente; y de otro lado, que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal imputan a los afectados retraso en la solicitud de concurso, debe presumirse que la situación de insolvencia no sobrevino más allá de los dos meses previos a la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones al amparo del artículo **5 bis** de la LC, en los compases finales del ejercicio 2014. De las anteriores premisas cabe obtener como conclusión que no existe constancia suficiente de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa grave que de manera imperativa exige el artículo **164.1** de la LC, toda vez que, aún con menor agilidad de la deseable, la sociedad atemperó sus compras a la evolución de la cifra de negocios, y además lo hizo con una antelación notable al acaecimiento de la situación de insolvencia, por lo que, si bien no puede negarse que la reacción pudo haber sido más fácil y eficaz, lo cierto es que la diferencia entre la conducta deseable y la realmente ejecutada no puede llegar a calificarse de gravemente negligente, por lo que debe rechazarse la culpabilidad del concurso por tal concepto.

Y en relación con las medidas de ajuste de gasto de personal llevadas a cabo por los administradores sociales, la administración concursal considera que el expediente de regulación temporal acordado entre el 13 de febrero y el 31 de marzo de 2015 resulta a todas luces insuficiente, apreciación que no cabe sino suscribir, pues produjo un incremento injustificado de la masa, dado que la sociedad carecía de actividad, y el tiempo necesario para la tramitación de un nuevo expediente de suspensión colectiva determinó la generación innecesaria de créditos salariales y tributarios, sin que cuente con la menor justificación la alegación realizada en los escritos de oposición acerca de la necesidad de contar con la plantilla tras el 31 de marzo de 2015. De hecho, en el concurso de EDITORIAL EVERGRÁFICAS SL los escritos de oposición únicamente justifican la actividad de la plantilla de la aquí concursada hasta el 31 de marzo de 2015, pues a partir de entonces era la gráfica la que había de intervenir en el proceso productivo de cara a la siguiente campaña de educación.

**CUARTO.** Por lo que se refiere al crédito que la concursada ostenta frente a GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, la administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que por su carácter gratuito, y por haber sido incrementado y aplazado mediando ya situación de insolvencia, agravó esta de manera gravemente negligente. Por su parte, los afectados afirman que el mismo trae causa de los acuerdos de compensación entre saldos de las sociedades integrantes del grupo adoptados con anterioridad a la entrada de los afectados en el órgano de administración de la sociedad, y añaden que el aplazamiento acordado en el contrato de 31 de diciembre de 2014 estaba justificado por la falta de liquidez de la sociedad deudora, y que el compromiso de Grupo Everhouse SL de aportar la nave en la que desarrolla la actividad la concursada para asegurar el pago de la deuda no implica una sustitución de la obligación, sino un compromiso adicional a la misma. De igual modo, GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL afirma en su escrito de oposición que no concurre culpa grave en la misma; que los acuerdos de compensación entre saldos de las sociedades integrantes del grupo venían justificados por la estructura de financiación grupal del conjunto; que el aplazamiento acordado en el contrato de 31 de diciembre de 2014 no agravó la situación de insolvencia; y que el compromiso de Grupo Everhouse SL de aportar la nave en la que desarrolla la actividad la concursada para asegurar el pago de la deuda no implica una sustitución de la obligación, sino un compromiso adicional a la misma.

Al respecto, debe recordarse la doctrina que el Tribunal Supremo ha venido sentando en relación con los actos de disposición entre empresas del mismo grupo. Así, en la sentencia de 30 de abril de 2014 expresa: *“la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí*

*sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.*

*Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.*

*No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso".*

De la aplicación de la doctrina anterior al supuesto de autos, aún cuando la misma tenga por objeto una acción rescisoria, atendida la identidad de razón en lo que a la existencia de perjuicio se refiere, debe concluirse que la salida de dinero de la concursada hacia otras sociedades del grupo agravó la situación de insolvencia que motivó la declaración de concurso, y que dicha circunstancia resulta atribuible a los administradores sociales en concepto incluso de dolo, entendido este como conocimiento de las consecuencias del hecho. En efecto, los socios y accionistas de las sociedades integrantes del grupo pueden organizar sus recursos en el modo que tengan por conveniente. No obstante, el eventual perjuicio a las posibilidades de cobro de sus acreedores constituye un límite a dicha libertad organizativa. De hecho, las estructuras grupales integran una opción empresarial válida y reconocida en derecho, como lógica consecuencia del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y del respeto a su personalidad jurídica. Sin embargo, como expresaba la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005), *"en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica -levantamiento del velo-, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores".*

De las alegaciones vertidas en los escritos de oposición a la calificación resulta que el grupo en el que se integra la concursada explotaba un único negocio y funcionaba con estructura de caja única, circunstancias que permiten cuestionar la justificación de la existencia de la estructura grupal constituida. De hecho puede afirmarse que las sociedades funcionaban como una sola empresa únicamente respecto de los clientes, pues sólo contrataban con la concursada, que a su vez era cliente de las restantes sociedades del grupo, pero no respecto de los acreedores, quienes ven obviamente diluidas sus expectativas de cobro al verse privado el activo de la sociedad deudora de buena parte de su composición. Los acreedores de EDITORIAL EVEREST SA no tienen por qué asumir con el sacrificio de su crédito la financiación de las restantes sociedades del grupo, y si los socios deciden constituir diversas sociedades con personalidad jurídica propia e independiente para la explotación de un mismo

negocio, deben ser consecuentes con dicha decisión, y respetar la autonomía patrimonial de cada una de ellas.

Es por ello que los argumentos esgrimidos en los escritos de oposición a la calificación no justifican las relevantes salidas pecuniarias relatadas en el informe de la administración concursal, y no cuestionadas en cuanto a su realidad en aquellos, como tampoco puede estimarse justificada la gratuidad del préstamo, ni la posposición de su vencimiento, circunstancias ambas que de manera incuestionable afectan negativamente a la solvencia de la sociedad, en la medida en que se ve privada sin justificación alguna de un ingreso legítimo, y se retrasa la posibilidad de exigencia de la devolución del préstamo. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 25 de abril de 2014 expresaba en un supuesto semejante que *“Ciertamente la concesión del crédito a Construcciones Tasco 3000 SL, entidad vinculada, sin exigencia de garantías, y con obligación de devolución a largo plazo, supone una actuación claramente negligente del administrador que excede de lo que pueden considerarse operaciones de financiación ordinarias entre entidades vinculadas y resulta completamente injustificada en atención al objeto social de la entidad en concurso. Esta concesión de financiación ha sido la causa de la generación del estado de insolvencia, tal como resulta del análisis de las cuentas anuales y del contenido del informe de la administración concursal que atribuye la falta de liquidez de la concursada al crédito concedido en 2006 a la entidad vinculada pues como consecuencia del préstamo se produce la falta de capacidad de la concursada para hacer frente a las obligaciones exigibles a corto plazo”*.

Y en el supuesto de autos, como expresa el informe de calificación, la concursada habría podido hacer frente a la actual situación de crisis empresarial si hubiera conservado en su patrimonio beneficios no distribuidos por importe de 13.483.578,08 euros (tal como consta en el informe definitivo de la administración concursal), que han sido transferidos a la sociedad cabecera del grupo, impidiendo de este modo ofrecer una respuesta adecuada a los acreedores ante la llegada de la situación de insolvencia.

#### **QUINTO.** Sobre la imputación de irregularidades contables, procede distinguir:

1. En primer lugar, el informe de calificación imputa una sobrevaloración de la partida de existencias, entre otros, en el ejercicio 2012, de modo que de unas existencias iniciales por importe de 13.313.948, 20 euros, se pasa a 20.692.360,64 euros al cierre del ejercicio, sin justificación alguna. Por su parte, los escritos de oposición afirman que el informe favorable de auditoría impide la apreciación de irregularidad contable; que el criterio empleado viene debidamente explicado en la memoria y en el informe de auditoría; que la administración concursal no explica el precepto infringido ni la medida en la que la irregularidad afecta a la posibilidad de conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la sociedad; que en realidad lo acometido por el órgano de administración fue una desdotación de existencias previamente deterioradas, justificada por la venta, mediante contrato de 19 de diciembre de 2012, a la sociedad del grupo Everest de Ediciones y Distribución SL, que a su vez las vendió, en un 20%, por un precio superior al de coste.

Debe rechazarse en primer lugar la afirmación conforme a la cual el informe favorable de auditoría impide la apreciación de irregularidad contable, pues el auditor de cuentas, además de haber sido designado por la propia sociedad, en modo alguno carece de facultad certificante de la realidad patrimonial y financiera de la sociedad, y desde luego no puede impedir que la administración concursal, el Ministerio Fiscal y el tribunal analicen la regularidad de la contabilidad de la concursada. En segundo lugar, que el criterio empleado venga explicado en la memoria y en el informe de auditoría no implica que las cuentas ofrezcan una imagen real de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. En tercer lugar, que la indicación del precepto infringido o la medida en la que la irregularidad afecta a la posibilidad de conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la sociedad desde luego resulta ociosa, pues la discordancia de 7.378.412,44 euros en la valoración de las existencias de un ejercicio a otro resulta suficientemente elocuente al respecto.

Debe pues analizarse la explicación ofrecida en los escritos de oposición a la llamativa evolución de la cifra de la partida de existencias durante el ejercicio 2012, esto es, que en realidad lo acometido por el órgano de administración fue una desdotación de existencias



previamente deterioradas, justificada por la venta, mediante contrato de 19 de diciembre de 2012, a la sociedad del grupo Everest de Ediciones y Distribución SL, que a su vez las vendió, en un 20%, por un precio superior al de coste. En concreto, afirman, con fundamento en el informe pericial elaborado por la propia firma de auditoría de las cuentas anuales, que la circunstancia fáctica determinante de la modificación de la variación de las existencias fue precisamente el compromiso firmado con otra sociedad del grupo para la venta, es decir, la constatación de un hecho por una sola manifestación de voluntad, a la sazón la del grupo del que forma parte la concursada, que en modo alguno justifica una variación tan sumamente relevante, a la vista de su importe, en la valoración de las existencias, cuyo notable incremento a lo largo del ejercicio 2012 carece de una explicación racional que lo justifique, por lo que no cabe sino concluir que se trata de un incremento arbitrario que tiene una sustancial incidencia en la valoración de la situación patrimonial de la sociedad, pues determina la apariencia de una mayor solvencia, por una capacidad de pago a corto plazo que no es real, con una entidad lo suficientemente importante como para que pueda calificarse de irregularidad relevante.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 13 de octubre de 2009 expresaba que *“La parte recurrente pretende minimizar la relevancia de las existencias, cuando lo cierto es que cualquier dato contable se incardina en el conjunto para presentar un resultado global interdependiente, de modo que la alteración de un dato lleva a la alteración del conjunto. Y en este caso no estamos tratando sobre un dato de escasa repercusión económica, sobre todo si tenemos en cuenta que el capital social es de 75.155 euros (la valoración de las existencias, que resultó prácticamente nula, se reflejó en la contabilidad con importes notoriamente superiores al capital social). La comisión de tal irregularidad determina, por si misma, resulta relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad (apartado 1º del nº 2 del artículo 164 LC); las existencias son un dato más a considerar para elaborar la contabilidad, y su "peso" en el conjunto es igual que el de cualquier otro, porque, al final, todos los datos de la contabilidad se reducen a términos numéricos. Cualquier alteración produce una variación en los resultados finales. En este caso, la variación de las existencias, por su elevada cuantía, encubrió una situación de crisis de la empresa que la mantuvo operativa a pesar de su inviabilidad, finalmente comprobada”*.

2. Sobre la contabilización del crédito contra la sociedad matriz como un crédito a corto plazo, afirman que las posiciones de origen que luego fueron objeto de cesión obedecen a relaciones estrictamente comerciales concebidas para su satisfacción en el corto plazo, y que las compensaciones correspondientes se producían anualmente. Al respecto, la evolución del saldo de la cuenta con la sociedad matriz desacredita de todo punto las afirmaciones realizadas por los afectados, dado que pasó de 182.775,79 euros al cierre de 2012, a 8.762.823,61 euros en 2013, y a 12.979.055,90 euros en 2014, sin que se advierta el menor propósito de devolución de tales cuantías, y aún en menor medida a corto plazo. De hecho, la propia explicación ofrecida en los escritos de oposición al origen y causa del préstamo abona la tesis de que no se trata en puridad de un préstamo, sino una estructura de unidad de caja, que en ningún caso presupone un propósito de devolución, al menos a corto plazo. Incluso, el documento suscrito por Miguel López Varela el 31 de diciembre de 2014 (documento nº 2 acompañado al informe de calificación de la administración concursal) constituye la única manifestación de la voluntad de la administración social de la que existe constancia en relación con las condiciones de devolución de las sumas transferidas desde la caja de la concursada, y precisamente en ella se constata la decisión de no exigir el pago de dicho saldo hasta dos años después, lo que no hace sino confirmar la inadecuación de la contabilización de dicho saldo como un activo realizable a corto plazo, y que además tiene una notable incidencia en la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad, pues, nuevamente, determina la apariencia de una mayor solvencia, por una capacidad de pago a corto plazo que no es real, con una entidad lo suficientemente importante como para que pueda calificarse de irregularidad relevante.

3. Finalmente, sobre la contabilización por debajo de coste de los servicios prestados por sociedades vinculadas, los escritos de oposición afirman que no existe irregularidad contable donde se contabiliza lo efectivamente facturado por la concursada. Ahora bien, tal afirmación, que podría considerarse irreprochable en una relación comercial común, resulta inhábil a los fines a los que se formula en el caso de la concursada, pues como se ha dejado indicado la estructura grupal organizada en torno a la concursada no responde a una

multiplicidad de negocios y a estructuras societarias autónomas, sino que bajo un régimen de unidad de caja el conjunto de las sociedades que integran el grupo explotan un mismo negocio, por lo que en definitiva se comportan en el mercado como una sola empresa, de manera que las cifras de facturación que recogen las cuentas anuales obedecen al más absoluto voluntarismo de los gestores de aquella. Y en la medida en que las cifras de facturación intragrupo no recogen valores de mercado, sino importes inferiores, la contabilidad es objeto de utilización interesada para propiciar un desplazamiento de la pérdida correspondiente en beneficio de la apariencia patrimonial de la sociedad a la que se factura.

**SEXTO.** Una vez concretados los hechos relevantes a los efectos de la calificación del concurso, debe delimitarse el ámbito subjetivo al que debe imputarse aquellos. Al respecto, la administración concursal y el Ministerio Fiscal atribuyen Miguel y Alberto López Varela la condición de afectados en atención a su intervención en el órgano de gestión de la sociedad como administradores solidarios. Por su parte, el escrito de oposición de Miguel López Varela afirma no haber tenido intervención en los hechos determinantes de la calificación culpable del concurso, y añade que sus únicas responsabilidades en el grupo empresarial se limitaban a ser el responsable comercial del área de Levante, como empleado de Everest de Ediciones y Distribución SL.

No obstante, de acuerdo con el artículo **164.1** de la LC, su condición de administradores integra el presupuesto de su intervención como afectados en la sección de calificación, sin que la falta de individualización de la aportación concreta de cada uno de ellos a los hechos relevantes para la calificación resulte imputable a la administración concursal ni al Ministerio Fiscal, sino que son los administradores sociales quienes disponen de un más fácil acceso a los medios de prueba, y en particular a la documentación acreditativa de la autoría material de las órdenes de transferencia entre las cuentas de la concursada y la sociedad matriz, por lo que la falta de aportación de tal material probatorio, de acuerdo con el artículo **217.7** de la LEC, determina la prueba de la intervención coordinada de ambos administradores en la ejecución de las citadas salidas dinerarias. De hecho, forma parte del hilo argumental expuesto en los escritos de oposición de las tres sociedades declaradas en concurso la existencia de una voluntad y destino común y unitario en el grupo, de manera que la totalidad de los administradores sociales vienen implicados y comprometidos en la actuación unitaria de las sociedades que lo integran. Y desde luego no puede admitirse la pretensión de exculpación fundada en la supuesta adopción del acuerdo de compensación de saldos con anterioridad a la entrada de los afectados en la administración social de la concursada, pues ningún compromiso válido y eficaz, y por tanto ningún efecto vinculante, puede advertirse en un acuerdo suscrito entre quienes integran una sola voluntad. Las salidas dinerarias de la cuenta de la concursada hacia la matriz exigen de una orden expresa para cada caso, y las realizadas durante el período en el que los afectados han desempeñado el cargo de administradores sociales de la concursada les son plenamente imputables a los efectos de la sección de calificación.

Y del mismo modo, la defectuosa adecuación de la gestión social a la situación de crisis empresarial y las irregularidades contables resultan imputables a los dos administradores por igual, sin que resulte posible una individualización de conductas, toda vez que tanto la obligación de gestión legal y responsable como la de formulación de las cuentas anuales conforme a la realidad patrimonial y financiera de la sociedad son comunes a todo administrador, tal como prevén los artículos **225** y **253** de la LSC, y a falta de la acreditación de una mayor entidad en la participación de uno de los dos administradores en el cumplimiento de tal cometido, sólo cabe equiparar su responsabilidad por la falta de actuación diligente ante la situación de crisis empresarial, y presumir, como se ha hecho en el párrafo precedente, la comunidad de actuación de ambos en la confección de las cuentas anuales, y por tanto la equiparación de su intervención en los correspondientes hechos relevantes para la calificación del concurso.

Y del mismo modo, ninguna duda ofrece la concurrencia de los presupuestos de responsabilidad de la mercantil GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, cabecera del grupo en el que se integra la concursada, de acuerdo con el artículo **166** de la LC, en atención a su incuestionable condición de cómplice, esto es, por su cooperación con los administradores de la concursada a la realización de un hecho que en la presente resolución

ha servido de fundamento para la calificación culpable del concurso, cual es la salida injustificada de 13.483.578,08 euros (tal como consta en el informe definitivo de la administración concursal), que han sido trasferidos a la sociedad cabecera del grupo, impidiendo de este modo ofrecer una respuesta adecuada a los acreedores ante la llegada de la situación de insolvencia. Sobre la base de la voluntad unitaria en la que los escritos de oposición fundamentan la justificación de tales salidas patrimoniales, no puede cuestionarse la concurrencia no sólo de culpa grave, sino además de dolo, en la conducta de la sociedad matriz, receptora de los fondos distraídos, y perfecta conocedora del efecto que la salida habría de producir en las cuentas de la concursada. Incluso, debe hacerse notar que la responsabilidad del cómplice va en el supuesto de autos más allá que la de los afectados en relación con dicho extremo, toda vez que, a diferencia de la delimitación temporal de los dos años previos a la declaración de concurso que se contiene en el artículo 164.1 de la LC, el artículo 166 no contempla tal limitación respecto de los administradores con los que el cómplice hubiera podido cooperar en la realización de los hechos determinantes de la calificación culpable del concurso, de manera que incluso aún cuando, como sucede en la presente litis, sólo pueda imputarse como afectados a Miguel y Alberto López Varela, por ser estos quienes han ostentado la gestión social durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, la demandada como cómplice debe responder de los hechos considerados en la presente resolución en fundamento de la calificación culpable del concurso en los que hubiera cooperado, con independencia de que hayan tenido lugar o no dentro del referido lapso bienal.

**SÉPTIMO.** En relación con las consecuencias derivadas de la calificación, el artículo 172 de la Ley Concursal prevé como pronunciamientos de la sentencia de calificación *“la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio”*, *“La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”*.

1. **Inhabilitación:** deben ser al respecto de aplicación los principios rectores del derecho sancionatorio, y en particular la reprobación, con fines preventivos, de las conductas contrarias a los principios rectores de la convivencia social en ataque de los bienes jurídicos merecedores de una mayor tutela. Es por ello que, partiendo siempre de la configuración de la sección de calificación en la Ley Concursal, en una suerte de misión reeducadora del empresariado tendente a la erradicación del tráfico mercantil, y en aras a la preservación de la seguridad de este, de prácticas empresariales erráticas o poco ortodoxas, debe determinar una ponderación de la intensidad del ataque por parte del afectado a los nuevos principios de conducta empresarial introducidos por la reforma de la legislación societaria llevada a cabo en 1989, mas siempre dentro de los límites de la solicitud al respecto formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, en la medida en que la naturaleza sancionatoria de la sección de calificación determina la vigencia del principio acusatorio.

Y en tal sentido, atendido el efecto vinculante que la mínima incidencia que para el tribunal produce la solicitud de la sanción mínima legalmente prevista por parte de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, no cabe sino fijar una extensión temporal de la sanción de 2 años.

2. **Pérdida de cualquier derecho:** se trata de un efecto automático de la calificación culpable del concurso, de acuerdo con los términos imperativos del artículo 172.2.3 de la Ley Concursal.

3. **Condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados:** al respecto, no resulta dudosa la procedencia de la condena de GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL a la devolución de 13.483.578,08 euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada. Se trata de un pronunciamiento interesado por el Ministerio Fiscal en su dictamen, y también en el informe de

la administración concursal, pues en el supuesto de autos el fundamento de la condena resulta idéntico, se califique como devolución de sumas indebidamente obtenidas o como indemnización de daños y perjuicios, dado que el daño a la concursada se causa precisamente a través de la salida injustificada de fondos a favor de la matriz, por lo que el óbice planteado sobre el particular en su escrito de oposición no puede ser considerado tal. Además, del referido pronunciamiento puede ser sujeto cualquier cómplice, declarado como tal en la sentencia, con independencia de que tenga o no la condición de acreedor, dado que en modo alguno el precepto distingue, y ningún fundamento ni justificación tendría que lo hiciera. Y en todo caso, el carácter indebido de la recepción de los fondos ha sido debidamente motivado en la presente resolución.

4. **Responsabilidad concursal:** al respecto, dispone el artículo **172 bis** de la LC, en la redacción vigente otorgada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo que “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, *en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*”. Es decir, con la nueva redacción del precepto, la acreditación de la generación o agravación de la insolvencia constituye presupuesto de la condena a la cobertura del déficit.

Y en el supuesto de autos, tal como expresaba la sentencia en su fundamento de derecho sexto, Miguel y Alberto López Varela, en su condición de administradores, deben responder de la agravación de la insolvencia producida por razón de las sumas prestadas a GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL durante el tiempo en el que ostentaron dicho cargo, esto es, entre el 21 de noviembre de 2012, fecha de la escritura de elevación a público del acuerdo social por el que pasaban a ostentar la condición de administradores solidarios de la concursada, hasta la apertura de la fase de liquidación. En dicho período, las sumas que salieron indebidamente de la caja de la concursada con destino a GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL ascendieron a 13.300.802,24 euros, tal como resulta del cuadro recogido en la página 9 del informe de la administración concursal, que no ha sido controvertido en los escritos de oposición. Y si bien cabe la posibilidad de que dicha suma sea objeto de devolución total o parcial por parte de la matriz del grupo, o de reducción o en su caso extinción en virtud de la garantía real aportada por GRUPO EVERHOUSE SL, los administradores deben responder, hasta el límite que representa aquella cantidad, del eventual déficit que resulte de las operaciones de liquidación del concurso, sin que pueda oponerse el superávit que resulta de la comparación del inventario de bienes y derecho y la lista de acreedores incorporados al informe de la administración concursal, pues la referencia al *déficit* contenida en el artículo **172 bis** de la LC debe entenderse referido al resultante de las operaciones de liquidación, y no al de aquel informe. De hecho, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 expresa que “*La responsabilidad por déficit concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere...la existencia de créditos fallidos o déficit concursal*”, con lo que relaciona el déficit, no con la relación entre valoración del activo y pasivo, sino con el importe de los créditos no satisfechos en el concurso.

**OCTAVO.** Finalmente, en relación con las **costas procesales**, en virtud de lo dispuesto en el artículo **394** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por remisión del art. **196** de la Ley Concursal, procede la condena de los demandados a su abono, atendida la estimación total, en el caso de GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, y sustancial, en el de Miguel y Alberto López Varela, de las pretensiones ejercitadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Vistos los preceptos legales de general aplicación al caso

**FALLO**

ESTIMO la demanda de calificación deducida en la presente sección de calificación por la administración concursal, con los siguientes pronunciamientos:

1.- Declaro culpable el concurso de la mercantil EDITORIAL EVEREST SA.

2.- Declaro como personas afectadas por dicha calificación a Miguel y Alberto López Varela, a quienes condeno a la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante 2 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, y a la cobertura del eventual déficit que resulte de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 13.300.802,24 euros y de manera solidaria con GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, así como al pago de las costas procesales.

3.- Condeno a GRUPO EVEREST DE COMUNICACIÓN SL, como cómplice, a la devolución de los 13.483.578,08 euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada, así como al pago de las costas procesales.

Llévese a cabo la publicidad de ésta resolución en la forma prevista en el Art. 198 de la Ley concursal.

Notifíquese la presente resolución, contra la que cabe interponer recurso de apelación con carácter preferente en el plazo de 20 días, previa constitución de depósito por importe de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Pablo Arraiza Jiménez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil de León.