



Roj: **SJM MU 2172/2018** - ECLI: **ES:JMMU:2018:2172**

Id Cendoj: **30030470022018100110**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **30/07/2018**

Nº de Recurso: **95/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO CANO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N°

En Murcia, a 30 de julio de 2018.

Vistos por mí, Francisco Cano Marco, Magistrado- Juez del Juzgado de lo **Mercantil** nº2 de Murcia, los presentes autos calificación concursal del **concurso** 95/2010, promovidos por la administración concursal de SOLERA EL TRAMPOLIN SL, y por el Ministerio Fiscal, contra SOLERA EL TRAMPOLIN SL, representada por la Procuradora PARRA PACHECO y defendida por el Letrado MARTINEZ RIVAS, contra Tomás , representado por el Procurador GALVEZ MANTECA y defendido por el Letrado PAREDES GUILLEN, contra Vidal y Jose Manuel , en este juicio que versa sobre calificación concursal, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO : En fecha 9 de noviembre de 2015 se dictó resolución por este Juzgado por la que se acuerda la formación de la sección sexta de calificación del **concurso**.

SEGUNDO: Que la administración concursal presentó informe de calificación del **concurso** en el que se solicita los siguientes pronunciamientos;

1º) Calificar como culpable el **concurso**.

2º) Que se declaren persona afectada por la presente calificación a Vidal y Jose Manuel ,

3º) Que se declare cómplice a Tomás y se le condene a indemnizar a la masa del **concurso** los daños y perjuicios causados con su actuación, es decir, el importe de las cantidades de las que era acreedora la concursada y que fueron ingresadas en su cuenta corriente más los intereses legales. Al menos habría recibido en su cuenta de CAJAMAR la cantidad de 23.350 euros.

3º) Que se inhabilite a Vidal y Jose Manuel para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante el plazo de quince años.

4º) Que se condene a Vidal y Jose Manuel a la pérdida de los derechos que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, a la devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente y a la indemnización de daños y perjuicios causados.

5º) Que se condene a Vidal y Jose Manuel a abonar por partes iguales la cantidad a que ascienda el déficit concursal.

Que el Ministerio Fiscal presentó escrito de conformidad con la calificación efectuada por la administración concursal.

TERCERO : Que por Tomás se presentó escrito de oposición a la calificación del **concurso** como culpable y a su consideración como cómplice.

CUARTO : Solicitada por las partes personadas la celebración de vista, se citó a las partes para que comparecieran a la celebración del juicio verbal, que se llevó a efecto en el día y hora señalados . En el acto del



juicio, la parte actora se ratificó en la demanda, la concursada se allanó a la misma y el demandado Tomás se opuso a la misma, llevándose a cabo la práctica la prueba propuesta declarada pertinente, con el resultado que obra en autos y se declaró conclusa la vista, quedando los autos vistos para sentencia.

QUINTO : Que en la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos salvo el plazo para dictar sentencia dada la acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Planteamiento

Se ejercita por la administración concursal, y por el Ministerio Fiscal que se adhiere a la misma, acción tendente a la calificación del **concurso** como culpable y a la declaración de los indicados en el suplico como personas afectada por la calificación y como cómplice, con las consecuencias que se reclaman al amparo de los artículos 172 y 172 bis, por considerar que concurren diversos supuestos encuadrables en los artículos 164.2.1 , 2 , 4 y 5 y 165.1 °, 2 ° y 3° LC , así como la cláusula general del artículo 164.1 LC que se detallaran seguidamente. Y todo ello en base a los hechos que se exponen y se analizarán en los siguientes fundamentos.

El demandado Tomás se opone a su consideración como cómplice por las razones de fondo que se alegan y se analizarán en los siguientes fundamentos de derecho.

Los demandados Vidal y Jose Manuel no han comparecido.

La concursada no se opuso a la calificación y compareció en el acto del juicio allanándose a la demanda.

SEGUNDO: Regulación legal

Para la calificación del **concurso** como culpable la LC parte de una cláusula general prevista en el artículo 164.1 que establece ". 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**."

Partiendo de la indicada disposición legal, unánimemente se viene considerando que para el éxito de la pretensión de calificación han de concurrir los siguientes requisitos: a) la existencia de un comportamiento, activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o la agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.

No obstante lo anterior, el legislador, consciente de la dificultad de probar la concurrencia de estos requisitos, ha facilitado la prueba de la concurrencia de dolo o culpa a través de una doble vía: a) mediante la tipificación de determinadas conductas, consideradas especialmente graves, cuya ejecución determina, iuris et de iure, la calificación de culpabilidad; y b) estableciendo, con el carácter de presunciones iuris tantum, susceptibles pues de prueba en contrario, determinados comportamientos en cuya ejecución presupone el requisito de la actuación dolosa o culpable.

Las presunciones iuris et de iure se establecen en el artículo 164.2 LC en los siguientes términos "En todo caso, el **concurso** se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos:

1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de **concurso** o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.



5º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de **concurso** hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6º Cuando antes de la fecha de la declaración de **concurso** el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia."

Como decíamos anteriormente la constatación de la comisión de alguna de estas conductas determina por sí sola la declaración de culpabilidad del **concurso**. En este sentido la SAP de Barcelona de 24 de abril de 2007 establece que "Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador".

Las presunciones iuris tantum se establecen en el artículo 165 LC cuando establece "El **concurso** se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del **concurso**.

2º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del **concurso** y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del **concurso** o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

3º Si 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**."

Esta redacción procede de la reforma operada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de cuyas disposiciones transitorias se desprende que esta modificación será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se hubiese formado la Sección Sexta. Por lo tanto, a los procedimientos concursales en que se hubiera formulado la Sección Sexta le será de aplicación la anterior redacción que indicaba en el encabezamiento y con las mismas presunciones;

"Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:"

La diferencia es relevante pues conforme a la antigua redacción este tipo de presunciones iuris tantum acreditan, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa, pero resulta necesario además para justificar la calificación como culpable, que se acredite la relación de causalidad entre estas omisiones contempladas por la ley y la generación o agravación de la insolvencia. Por el contrario, con la nueva redacción la presunción abarca la consideración del **concurso** como culpable, siendo la demandada la que tendrá que demostrar que dicha situación no ha generado o agravado la insolvencia.

TERCERO : La presunción iuris et de iure del artículo 164.2.1 .

Entrando en el análisis de las distintas presunciones que se imputan, la administración concursal, y el Ministerio Fiscal, que se adhiere, consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 164.2.1 LC , es decir, "Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera que llevara."

Sobre esta presunción la SAP de Murcia de 16 de julio de 2009 establece "La Ley Concursal menciona expresamente el hecho de que la concursada haya cometido irregularidades relevantes en la contabilidad. Exige por tanto que la irregularidad revista trascendencia o gravedad, excluyendo aquellas de escasa importancia, comporta en definitiva un "plus" en dicha irregularidad contable. Entendemos que la calificación o nota de "irregularidad relevante", ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artº. 25 y 34.2 del Código de Comercio. El primero cuando dispone que la contabilidad ha de ser "ordenada" y el segundo cuando declara en relación con las cuentas anuales, que las mismas deben redactarse con claridad y precisión y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Por tanto habremos de convenir que en dicho supuesto legal de presunción "iuris et de iure", se subsumiría aquella incorrecta contabilidad que afecte de forma directa a los presupuestos y exigencias de claridad, precisión y rigor, que antes hemos comentado, y en definitiva a que el examen de la misma no permita determinar o valorar correctamente y de forma clara y precisa la verdadera situación o estado financiero de la entidad."

Resulta igualmente significativa la SJ **Mercantil** nº3 de Barcelona de 18 de febrero de 2008 cuando después de analizar distintas resoluciones sobre la materia establece "Partiendo de los hechos concretos que resultan probados en cada una de las sentencias reseñadas, lo cierto es que estas resoluciones permiten establecer



algunos criterios para apreciar que una irregularidad es relevante acudiendo bien a criterios cuantitativos - es decir a aquellas decisiones contables que han afectado a partidas importantes del activo o pasivo de la compañía -, como a criterios cualitativos - es decir a aquellas decisiones contables incorrectas que de haberse realizado con corrección hubieran determinado que la sociedad se hubiera encontrado incurso en una causa de disolución con anterioridad a la fecha referida en la solicitud de **concurso** -. En el análisis hecho por juzgados y audiencias tienen especial importancia tanto la inclusión de partidas que no debían haberse incluido - ampliaciones de capital realizadas sin sujeción a las formalidades legales -, como la exclusión de aquellas otras que deberían haberse incluido, así como la activación en la contabilidad de conceptos o partidas en que no debieran de haberse activado - gastos de establecimiento, activación de créditos fiscales."

Sobre esta imputación en el caso concreto el Ministerio Fiscal resume los hechos imputados por la administración concursal en los siguientes términos;

" La Administración Concursal destaca la inexistencia de documentación contable por causa de la destrucción de las oficinas de Gea y Truyols, de suerte que ha debido servirse en su labor de la documentación aportada por los acreedores. En segundo término, subraya que la contabilidad de empresa no refleja la imagen fiel de la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa, ni se lleva según los criterios de inversión y gasto recogidos en el Plan General Contable. En especial, menciona la falta de contabilización de un gran número de ingresos, las salidas no justificadas de fondos, así como el hecho de que la cifra de pasivo contabilizada sea muy inferior a la real."

Los hechos concretamente denunciados y que se exponen más arriba resultan acreditados teniendo en cuenta la documentación obrante en autos y los informes de la administración concursal, siendo que ni la concursada ni su administrador ni el resto de demandados han negado estas circunstancias.

Es cierto que con lo anterior poco se concreta sobre el carácter relevante de las evidentes irregularidades, si bien de la lectura del resto del informe de la administración concursal, del que se desprende las importantes diferencias entre el activo y pasivo indicado en la solicitud de **concurso** y el acreditado en los informes de la administración concursal, se desprende que dichas irregularidades evidentes, por su entidad deben considerarse relevantes, no permitiendo la comprensión de la situación financiera de la concursada.

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda que aquella actuación voluntaria de los afectados colma el contenido de la presunción prevista en el artículo 164.2.1 LC para considerar que la concursada cometió irregularidad relevante en la documentación contable que llevaba para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, y, en consecuencia, el **concurso** debe ser calificado como culpable por esta causa.

CUARTO : La presunción iuris et de iure del artículo 164.2.2 LC

En segundo lugar, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, que se adhiere, consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 164.2.2 LC , es decir, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de **concurso**.

Sobre esta imputación en el caso concreto el Ministerio Fiscal resume los hechos imputados por la administración concursal en los siguientes términos;

" la Administración Concursal precisa que las inexactitudes afectan a la relación de acreedores, al inventario y a la memoria del artículo 6.2.2º. En concreto existe una gran diferencia entre la relación de acreedores aportada con la solicitud de **concurso** y la confeccionada por la administración concursal (así, mientras que la relación aportada por la concursada supone un pasivo que asciende a 18.913.402,31 euros, la administración concursal cifra la masa pasiva de sus textos definitivos en 32.043.956,75 euros). En este sentido, resulta significativo que un elevado número de los acreedores omitidos tenían interpuesto procedimiento judicial contra la concursada e incluso resoluciones judiciales firmes favorables antes de la solicitud de **concurso**. En cuanto al inventario, mientras la concursada cifraba la masa activa en 19.476.775,33 euros, la Administración Concursal la valoraba en sus textos definitivos en 12.629.204,47 euros. Finalmente, en cuanto a la memoria la Administración Concursal discrepa de las causas a las que la **mercantil** atribuye el estado de insolvencia y que no son otras que la mala gestión realizada por el administrador de hecho y, por omisión, por el administrador de derecho y en especial por el desvío de fondos de la concursada (solo una pequeña parte de las cantidades entregadas por los compradores de viviendas a la **mercantil** ha permanecido en el patrimonio de la misma.)

Los hechos concretamente denunciados y que se exponen más arriba resultan acreditados teniendo en cuenta la documentación obrante en autos y los informes de la administración concursal, siendo que ni la concursada ni su administrador ni el resto de demandados han negado estas circunstancias.



A la vista de todo lo anterior, no cabe duda que aquella actuación voluntaria de los afectados colma el contenido de la presunción prevista en el artículo 164.2.2 LC para considerar que la concursada cometió inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de **concurso**, y, en consecuencia, el **concurso** debe ser calificado como culpable por esta causa.

QUINTO : La presunción iuris et de iure del artículo 164.2.4

En tercer lugar, administración concursal y el Ministerio Fiscal, que se adhiere, consideran que concurren en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 164.2. 4 , es decir, cuando " el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que dificulte, retrase o impida la eficacia de un embargo".

En el presente caso la administración concursal afirma que se desconoce el paradero de la mayoría de vehículos que la concursada poseía en virtud de contratos de leasing, así como de gran parte de las cantidades entregadas por los compradores de las promociones de GEA Y TRUYOLS y ALBUDEITE, indicando que, según los datos facilitados por los compradores al comunicar sus créditos, las cantidades entregadas por los compradores de ambas promociones ascendían en total a 40.000.000 euros, siendo que se desconoce el destino de la mayoría de tales fondos. La administración concursal valora la masa activa en 12.629.204,47 euros.

No consta que la administración concursal haya podido averiguar a donde han ido a parar esos fondos, siendo que ninguno de los demandados da la más mínima explicación del destino de los mismos.

Y en estas circunstancias, y teniendo en cuenta la existencia de múltiples acreedores, no cabe duda de que nos encontramos ante una ocultación fraudulenta de las indicadas sumas en perjuicio de los acreedores, que colma el contenido de la presunción prevista en el artículo 164.2.4 LC para considerar que la concursada se alzó con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, y, en consecuencia, el **concurso** debe ser calificado como culpable por esta causa.

SEXTO : La presunción iuris et de iure del artículo 164.2.5 LC

En cuarto lugar la administración concursal y el Ministerio Fiscal, que se adhiere, consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 164.2.5 LC , es decir, cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de **concurso** hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

La administración remite la presunción de esta presunción a las Diligencias Previas o Procedimiento Abreviado 6/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº2 de la Audiencia Nacional contra el administrador de hecho y de derecho de la concursada.

Nada más se dice sobre este procedimiento, ni se acompaña al informe de calificación documentación sobre el mismo, ni se pide la entrega por parte del Juzgado competente.

Y en estas circunstancias, existe una falta de concreción sobre los hechos que debieran motivar la apreciación de esta presunción, que dan lugar a que no pueda apreciarse la concurrencia de la misma en la presente sentencia.

SEPTIMO : La presunción iuris tantum del artículo 165.1º LC

En quinto lugar, se afirma por los demandantes la concurrencia de un supuesto incardinable en el artículo 165.1 LC, a saber, por haber incumplido el deudor el deber de solicitar la declaración de **concurso**.

Sobre esta materia conviene recordar que el artículo 5 LC establece "1. El deudor deberá solicitar la declaración de **concurso** dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de **concurso** necesario conforme al apartado 4 del art. 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente."

En el presente caso, la administración concursal considera que la insolvencia de la concursada se produjo en fecha muy anterior a la solicitud de **concurso** en julio de 2010, concretamente considera que esta situación de produce entre finales de 2008, y principio de 2009, tal y como se desprende de la lista de acreedores presentada por la administración concursal, pues la gran mayoría de los créditos ya estaban impagados en el ejercicio 2008.



Y no siendo controvertidos los datos aportados, no puede dudarse de la tardanza en la presentación de **concurso**, y, en consecuencia, el **concurso** debe considerarse culpable por esta causa.

OCTAVO: La presunción iuris tantum del artículo 165.2º LC

En sexto lugar, la administración concursal considera que concurre en el presente caso la presunción iuris tantum del artículo 165.2. LC, es decir, incumplimiento del deber de colaboración con el juez del **concurso** y la administración concursal, o no entregar la información necesaria o conveniente para el interés del **concurso**.

La administración concursal fundamenta esta imputación en el hecho de que éste fuera el motivo principal para que por auto de este juzgado de 8 de abril de 2013 se acordase el cambio del régimen de intervención por el del suspensión del régimen de facultades de administración y disposición del patrimonio de la concursada. En dicho auto que es firme, y cuya copia se acompaña al informe de la administración concursal, se destaca la actuación en procedimientos judiciales al margen y en contra de la decisión de la administración concursal, así como que la concursada y su administrador único estaban actuando al margen de la administración concursal en la gestión y dirección de la actividad empresarial.

Sobre el alcance de esta presunción y la carga de la prueba se ha pronunciado la STS de 1 de diciembre de 2017 en los siguientes términos

*«4.- En el caso de la conducta prevista en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, al tratarse necesariamente de una conducta posterior a la declaración de **concurso**, esta incidencia causal no puede referirse a la insolvencia previa, la que determina la declaración de **concurso**, sino a la agravación, durante la tramitación del **concurso**, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la solución del **concurso** sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos.*

*5.- Es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en el art. 165.2 de la Ley Concursal, para que el afectado por la petición de calificación del **concurso** como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada.*

*Pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del **concurso** como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal.*

*Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al **concurso**.*

6.- En el presente caso, el administrador concursal, en su informe, expuso que el concursado se negó sistemáticamente a facilitar datos, a firmar órdenes de pago y a colaborar en cualquier tarea de intervención del administrador concursal, lo que habría provocado que el juzgado acordara la sustitución del régimen de intervención por el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio. Tras este cambio de régimen, el concursado siguió negando información al administrador concursal, resolvió su contrato laboral y, se supone, firmó los correspondientes finiquitos, y dispuso de sus ingresos en la nueva empresa para la que pasó a trabajar sin intervención alguna de la administración concursal.

Por tanto, el informe del administrador concursal, asumido por el Ministerio Fiscal, contenía una descripción suficiente de los hechos que se encuadraban en el art. 165.2 de la Ley Concursal, de modo que el concursado podía desvirtuar la realidad de los mismos, su carácter doloso o gravemente culposo o su incidencia causal en el empeoramiento de la solución concursal alcanzada.»

Concurriendo en el presente caso un supuesto similar al contemplado en la citada sentencia, no cabe duda de que el **concurso** debe calificarse como culpable por esta causa.

NOVENO : La presunción iuris tantum del artículo 165.3



En séptimo lugar, la administración concursal considera que concurre en el presente caso la presunción iuris tantum del artículo 165.3. LC , es decir, "Si 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**."

La administración concursal fundamenta esta imputación en que al tiempo de la declaración de **concurso** no estaban depositadas en el Registro **Mercantil** las cuentas de los ejercicios 2008 y 2009.

No desvirtuado por los demandados el incumplimiento, que aparece acreditado documentalmente, debe declararse el **concurso** como culpable por esta causa, siendo que con la redacción actual del artículo 165 LC , aplicable al presente caso dada la fecha de la apertura de la sección de calificación, correspondía a los demandados acreditar que dicha situación no ha generado o agravado la insolvencia, lo cual no se ha hecho.

DECIMO : La cláusula general del artículo 164.1 LC

Considera finalmente la administración concursal, y el Ministerio Fiscal que se adhiere, que concurre en el presente caso la culpabilidad del **concurso** por la concurrencia de la cláusula general prevista en el artículo 164.1 que establece " 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**."

Considera la administración concursal que puede incluirse en la cláusula general la actuación del administrador de derecho, Vidal que ha sido condenado en sentencia firme por la doble venta de una misma vivienda de la promoción Residencial el Trampolín, habiendo sido condenado el mismo y la concursada al abono de la suma de 174.366,88 euros.

De la lectura de la sentencia, obrante en autos, se desprende que la indicada suma fue la entregada por los compradores que posteriormente vieron frustrada su operación. Y no afirmándose, ni constando en modo alguno que dicha suma no fuera ingresada en su día en las cuentas de la concursada, no puede considerarse que la insolvencia se haya agravado por este concepto, por lo que no cabe declarar el **concurso** como culpable por esta causa.

UNDECIMO : Efectos de la calificación como culpable

Con arreglo al artículo 172 LC , y dado que concurren al menos las causas de culpabilidad del artículo 164.2.1 , 2 y 4 LC y 165.1.2 y 3, procede declarar el **concurso** como culpable.

En relación con los afectados por la calificación se solicita por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal la declaración como afectados del administrador de derecho, Vidal , y de Jose Manuel como administrador de hecho.

No existiendo duda de que Vidal ha sido administrador de derecho, para acreditar la actuación de Jose Manuel como administrador de hecho la administración concursal describe la múltiples actuaciones realizadas por el citado indicativas de dicha condición. Acompaña, además, la documentación acreditativa de dichas afirmaciones. Estas actuaciones son;

Firma de gran número de contratos de compraventa y documentos de reserva en nombre y representación de la concursada.

Otorgamiento de avales solidarios en nombre y representación de la concursada a favor de compradores de viviendas de la promoción de Campos del Rio garantizando la devolución de cantidades.

Firma de documentación oficial en calidad de administrador de la concursada ante el Ayuntamiento de Campos del Rio.

Envío de correos electrónicos a la entidad CAM en calidad de representante de la concursada, así como la interposición de reclamaciones.

Acreditados los anteriores hechos con la documentación que se acompaña, y no negados ni desvirtuados en modo alguno, no cabe duda de que Jose Manuel , en tanto que ejercía de facto funciones propias del administrador societario, debe ser declarado como afectado por la presente calificación.

Es por todo ello que Vidal y Jose Manuel deben ser declarados como afectados por la calificación.



A su vez, procede, como se solicita, acordar la sanción a Vidal y Jose Manuel de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante un periodo de quince años de inhabilitación, considerando este periodo adecuado a la extraordinaria gravedad cuantitativa del vaciamiento patrimonial producido y al resto de conductas igualmente graves que se tienen por acreditadas en los fundamentos anteriores.

En cuanto a los efectos patrimoniales, procede, en primer lugar, la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, a lo cual se debe acceder en relación a Vidal y Jose Manuel por aplicación automática del artículo 172 LC .

En segundo lugar, se solicita la condena a todos los afectados a cubrir en su integridad y por mitad el déficit patrimonial, y genéricamente se solicita que los afectados sean condenados a la devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente y a la indemnización de daños y perjuicios causados.

Con carácter previo a resolver sobre la cuestión planteada, conviene recordar que dentro de los supuestos en los que el afectado por la calificación del **concurso** como culpable, o el cómplice de la misma, puede ser condenado a abono de cantidad alguna en sentencia de calificación hay que distinguir, por un lado, la condena a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2.3º y en el artículo 172.3 LC , y, por otro lado, la condena a la cobertura total o parcial del déficit del artículo 172 bis (antiguos artículos 172.2.3 º y 172.3 LC respectivamente modificados por reforma concursal operada por Ley 38/2011).

En relación a la primera causa de condena, a saber, a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2.3º y en el artículo 172.3 LC , que puede afectar a administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, además de a los cómplices que no sean acreedores, persigue enmendar concretos actos lesivos para la masa activa a modo de la acción social de responsabilidad en la LSC, mediante la reintegración a la concursada del perjuicio sufrido por concretos actos de los posibles responsables. Se trata de una responsabilidad subjetiva que requiere acreditar a) la existencia de un daño inmediato a la sociedad. b) la concurrencia de un acto u omisión de los posibles responsables, c) la existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión y del daño.

En relación a la segunda causa de condena, a saber, la cobertura total o parcial del déficit del artículo 172 bis, que puede afectar a administradores o liquidadores de hecho o de derecho o apoderados generales, el propio artículo precisa unos requisitos previos como son que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, que el **concurso** hubiera sido declarado como culpable, que exista déficit y que existan personas afectas por la calificación. Por su parte, la STS de 21 de mayo de 2012 , con cita en anteriores, completa el sistema indicando "que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del **concurso** como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Por esa razón, 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 a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes expresamente impuestos por el propio apartado del artículo 172 (actual 172 bis), es necesario que el órgano judicial llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte y hubiera determinado la calificación del **concurso** como culpable." En suma la cobertura del déficit no es una consecuencia automática de la calificación del **concurso** como culpable, sino que el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta del afectado, pudiendo valorarse en qué grado la conducta causó o agravó la insolvencia u otros parámetros, como la simple gravedad de la conducta o el especial dolo concurrente.

Vistas las peticiones de las partes, y la regulación sobre la materia, no cabe duda de que la petición de devolución de bienes y derechos e indemnización de daños y perjuicios es genérica, no concretando dichos bienes o derechos o las suma que deben ser objeto de la indemnización, siendo que dichas cantidades comprenderían el déficit patrimonial, no pudiendo ser condenados dos veces en base a los mismos hechos.

Por lo que entrando en el análisis de la oportuna cobertura del déficit que se solicita, conviene indicar que en el presente caso a los hechos que determinan la calificación del **concurso** como culpable, se añaden las justificaciones añadidas exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para proceder a la condena. Así, al margen de las muy importantes irregularidades contables detectadas, de la tardanza en presentar el **concurso** con el lógico devengo de gastos, intereses y costas y del resto de irregularidades societarias descritas, debe destacarse el alzamiento de bienes acreditado que ha dado lugar a que una entidad que tuvo al menos en pagos



de compradores 40.500.000 euros de ingresos, tenga en los textos definitivos, sin mayor acreditación de otros gastos, unos activos valorados en 12.629.204,47 euros y una masa pasiva valorada en 32.043.956,75 euros.

Visto todo lo anterior, se estima adecuado, tal y como se solicita, condenar por mitad a los dos afectados al abono del 100% del déficit patrimonial que resulte tras la finalización de las tareas de liquidación, siendo que ambos en la misma medida han contribuido a la causación del daño.

DUODECIMO: Complicidad de Tomás

En el informe de calificación y en el dictamen del Ministerio Fiscal se solicita la declaración de complicidad de Tomás . Se afirmaba que el citado había contribuido con su actuación a la salida fraudulenta de dinero de la concursada. Así se indicaba que el citado se habría beneficiado de al menos un pago correspondiente a un derecho de crédito de la concursada en la cuantía de 23.350 euros, precio pendiente de la compraventa efectuada por los Sres. Matías que según correo electrónico que se aporta fue ingresado en la cuenta de indicado como cómplice. En el suplico se pedía expresamente "Que se declare cómplice a Tomás y se le condene a indemnizar a la masa del **concurso** los daños y perjuicios causados con su actuación, es decir, el importe de las cantidades de las que era acreedora la concursada y que fueron ingresadas en su cuenta corriente más los intereses legales. Al menos habría recibido en su cuenta de CAJAMAR la cantidad de 23.350 euros." Igualmente, se pedía en el informe en relación a Tomás la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o contra 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."

En el acto de la vista, y teniendo en cuenta la documentación bancaria aportada de la cuenta de Tomás se reclama otro pago en la cuantía de 15.000 euros procedente de la compraventa de Roberto que fue ingresado en la indicada cuenta. Igualmente, se reclama en el acto de la vista por la suma de 78.100 euros por la participación del citado en una venta simulada a su pareja que está siendo objeto de una acción de rescisión respecto de la cual está pendiente la celebración de vista.

Tomás en su escrito de oposición negó haber obtenido indebidamente cantidad alguna, y afirmó que, en el caso de que fueran ciertos los hechos atribuidos, los mismos no resultan relevantes para la calificación del **concurso** como culpable, ni concurre dolo o culpa grave.

En el acto de la vista la defensa del citado afirmó que se ha producido una ampliación de las cantidades reclamadas que no procede, y que el dinero al que se refería el informe se ingresó en la cuenta del citado y, posteriormente se retiró en efectivo para la entrega a los administradores de la concursada.

Vistas las alegaciones de las partes, conviene recordar que el artículo 166 LC establece bajo el título " Cómplices".

"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."

Por su parte el artículo 172 LC establece como efecto de la sentencia en su número 3º " la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o contra 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." y en su apartado 3 establece "La sentencia que califique el **concurso** como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados."

De la prueba practicada, correos y documentación bancaria, se desprende que Tomás recibió en su cuenta bancaria dos pagos por cuantía de 23.350 y 15.000 euros de comparadores de la concursada. No resulta acreditado, como se afirma, que dichos pagos fueran entregados en modo alguno con posterioridad a los administradores de la concursada, por lo que cabe deducir que dichas sumas quedaron en el patrimonio de Tomás , y no se alega ni se aprecia por este juzgador razón ni causa alguna de dicho apoderamiento.

Siendo que el **concurso** ha sido calificado como culpable por alzamiento de bienes del administrador de hecho y de derecho, entendido este como "ocultación fraudulenta de las indicadas sumas en perjuicio de los acreedores", no cabe duda de que Tomás , a falta de mayor explicación o prueba alguna de porqué pasaron a su patrimonio dichas sumas, cooperó con los administradores societarios en aquel vaciamiento, siendo irrelevante que el mismo fuera en relación a una cantidad escasa respecto del total vaciamiento patrimonial.



No cabe duda de que concurre dolo o culpa grave en Tomás , pues el ingreso en su cuenta de sumas que correspondían a la concursada debió necesariamente ser advertido por éste, y, por mucho que constase un correo electrónico respecto del primer pago concurre una actuación de ocultamiento que participa del alzamiento acreditado.

Es cierto que la suma de 15.000 euros se pone de manifiesto por primera vez en el acto de la vista, pero también es cierto que en el informe se alude expresamente al pago de todas las cantidades apropiadas, indicando que al menos alcanzan 23.350 euros.

A la vista de lo anterior, no existe impedimento algún para proceder a la condena por ambas sumas, siendo que la de 15.000 euros resulta de la documentación bancaria aportada que la administración concursal tuvo que reclamar en el acto del juicio por corresponder en principio a un tercero no relacionado formalmente con la concursada. En el acto de la vista Tomás pudiera haber propuesto los medios de defensa frente a dicha imputación, no habiendo padecido indefensión.

Por el contrario, no se aprecia ocultación o apropiación de la suma de 78.100 euros "por la participación del citado en una venta simulada a su pareja que está siendo objeto de una acción de rescisión respecto de la cual no se ha solicitado vista", ya que no consta en autos documentación suficiente de aquella acción y de la participación del citado, siendo que dicha cuestión deberá solventarse a través de la indicada acción de reintegración.

A la vista de lo anterior, acreditada la condición de cómplice del citado y la apropiación de la suma de 38.350 euros, procede la condena al citado a reintegrar a la masa activa dichas cantidades, así como a la pérdida de cualquier derecho que el mismo tuviera como acreedor concursal o contra la masa.

DECIMOTERCERO: Costas

En cuanto a las costas, deben imponerse a los demandados objeto de condena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la medida en que la demanda se estima íntegramente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de concordante y general aplicación al caso de autos

FALLO

Que estimando las pretensiones formuladas por la administración concursal de SOLERA EL TRAMPOLIN SL, y por el Ministerio Fiscal, contra SOLERA EL TRAMPOLIN SL, representada por la Procuradora PARRA PACHECO y defendida por el Letrado MARTINEZ RIVAS, contra Tomás , representado por el Procurador GALVEZ MANTECA y defendido por el Letrado PAREDES GUILLEN, contra Vidal y Jose Manuel , debo declarar y declaro;

- 1.- que el **concurso** de SOLERA EL TRAMPOLIN SL debe calificarse como culpable.
- 2.- que resultan afectados por esta declaración Vidal y Jose Manuel
- 3.- que acuerdo la sanción Vidal y Jose Manuel de inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.
- 4.-que acuerdo que Vidal y Jose Manuel pierdan cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.
- 5.- debo condenar y condeno a Vidal y Jose Manuel al abono por mitad del 100% del déficit patrimonial que resulte tras la finalización de las tareas de liquidación.
- 6.- que debo declarar y declaro como cómplice a Tomás y debo condenar y condeno a Tomás a abonar a la masa activa del **concurso** la suma de 38.350 euros más los intereses legales desde la demanda, así como a la pérdida de cualquier derecho que el citado tuviera como acreedor concursal o contra la masa.
- 7.- debo condenar y condeno a las partes objeto de condena al abono de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra esta sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde su notificación de conformidad con lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se le hace saber a las partes que para entablar el mencionado recurso deberán consignar el importe que, al efecto, señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Dicha



consignación deberá efectuarse en la cuenta de este Juzgado, mediante ingreso en la cuenta expediente correspondiente al órgano y procedimiento judicial en que se ha dictado, debiéndose especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo de recurso de que se trate (00- Reposición; 01- Revisión de resoluciones Secretario Judicial, 02- Apelación y 03- Queja); caso contrario no se admitirá a trámite el recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos y cuyo original se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Sr. Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe que obra en autos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ