

**JUZGADO DE LO MERCANTIL**  
**NÚMERO SEIS**  
**MADRID**

**PROCESO:** Incidente nº 125/12

**DIMANANTE:** Concurso nº 505/06 (Arte y Naturaleza Gespart, S.A.)

**SECCIÓN 6ª:** SENTENCIA DE CALIFICACIÓN.

**SENTENCIA Nº 358/15.**

En la Villa de Madrid, a DOS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE.

Vistos por el **SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN**, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta localidad y su partido judicial, los presentes autos de **INCIDENTE CONCURSAL** seguido en este Juzgado con el **Nº 125/12**; actuando:

- Como demandantes de calificación culpable:
  - la **ADMINISTRACION CONCURSAL**, representada por el Letrado administrador D. José María de la Cruz Bertolo;
  - el **MINISTERIO FISCAL**;
  
- Como coadyuvantes de la calificación culpable del concurso:
  - 1.- **D. MANUEL GUTIÉRREZ ALFONSO Y OTROS**, representada por la Procuradora Sra. Gutiérrez Acebes y asistidos del Letrado D. Raúl Núñez Oyarzabal;
  - 2.- **D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN LÓPEZ y OTROS**, representadas por el Procurador Sr. Vázquez Guillén;
  - 3.- **DÑA FELIPA BONILLA GRANDE Y OTROS**, representadas por el Procurador Sr. Lorente Zurdo y asistidas de la Letrado Dña. María de los Ángeles García García;
  - 4.- **D. JOAQUÍN JURDADO CASADO**, representado por la Procuradora Sra. Herrada Martín y asistido del Letrado D. Armando Palmerín Amieis;
  - 5.- **DÑA. ALICIA GARCÍA FERNÁNDEZ**, representada de la Procuradora Sra. Leiva Cavero y asistida de Letrado desconocido;
  - 6.- **DÑA. MARGARITA GISELA GONZÁLEZ BARATAS y OTROS**, representados por la Procuradora Sra. De Donesteve y Velázquez-Gaztelu y asistidos de la Letrado Dña. Clara Serrano Nebrera;
  - 7.- **D. JUAN JOSÉ DE BLAS HERRÁEZ y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Calvo Ruiz y asistidos del Letrado D. Avelino Alonso Mate;
  - 8.- **ORGANIZACIÓN DE CONSUMODIRES Y USUARIOS (O.C.U.)**, representada por la Procuradora Sra. De Zulueta Luschinger y asistida del Letrado D. Ricardo Ibáñez Castresana;

- Como demandados y personas afectadas por la calificación:
  - contra la concursada **ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.**, declarada en concurso en proceso nº 505/06 de éste Juzgado, representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;
  - contra <sup>1.-</sup> **D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO**, representado por el Procurador Sr. Cabezas Llamas y asistido del Letrado D. Sergio A. Hidalgo Alonso;
  - contra <sup>2.-</sup> **D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ**, no comparecido;
  - contra <sup>3.-</sup> **DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO**, no comparecida;
  - contra <sup>4.-</sup> **D. ANDRÉS MACHO HENARES**, representado por la Procuradora Sra. De la Fuente Bravo y asistido del Letrado D. Antonio Pardinás Sanz;
  - contra <sup>5.-</sup> **D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ**, representada por la Procuradora Sra. Ruiz de Luna González y asistida del Letrado D. José Luis Vallejo Fernández,
  - contra <sup>6.-</sup> **D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA**, representado por la Procuradora Sra. Sánchez Vera y asistido del Letrado desconocido y no identificado;
  - contra <sup>7.-</sup> **D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ**, representado por la Procuradora Sra. Romero González y asistido del Letrado D. Iván Francisco Pérez Taiján;
  - contra <sup>8.-</sup> **D. MARIO MARINA DIMAS**, representado por el Procurador Sr. Fernández Castro y asistido del Letrado D. Nicolás González-Cuellar Serrano;
  - contra <sup>9.-</sup> **D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ**, sucedido universalmente por causa de muerte por sus hijas y herederas **DÑA. BEATRIZ PALACIOS DIEZ** y **DÑA. MÓNICA PALACIOS DIEZ**, representadas por el Procurador Sr. Martínez Espinar y asistidas del Letrado D. José Ignacio Zaera Blanco;

sobre **oposición a la calificación culpable del concurso**; y,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En la presente causa por Auto de 5.12.2006 se declaró el concurso voluntario de la mercantil Arte y Naturaleza Gespart, S.L., habiéndose acordado por Auto de 22.12.2010 la apertura de la fase de liquidación, acordándose formar la Sección 6ª.

**SEGUNDO.-** Formada dicha Sección y realizada la publicidad a que se refiere el Art. 168.1 L.Co., por escrito de 17.1.2011 de la Procuradora Sra. Gutiérrez Acebes en representación de <sup>1.-</sup> **D. MANUEL DÍAZ ALFONSO Y OTROS**, se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos en solicitud de la calificación culpable del concurso.

Del mismo modo por escrito de 24.2.2011 del Procurador Sr. Vázquez Guillén en representación de <sup>2.-</sup> **D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN LÓPEZ Y OTROS**, se realizaron las alegaciones e invocaron los hechos que constan en autos en solicitud de la calificación culpable del concurso.

**TERCERO.-** Transcurrido el plazo de personación de interesados, al amparo del Art. 169.1 L.Co. por la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** mediante escrito de 1.6.2011 se presentó informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, formulando propuesta de resolución calificando el concurso como culpable en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando como personas afectadas por la calificación a <sup>1.-</sup> **D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO**, a <sup>2.-</sup> **D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ**, a <sup>3.-</sup> **DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO** y a <sup>4.-</sup> **D. ANDRÉS MACHO HENARES** en calidad de autores, así como a <sup>5.-</sup> **D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ**, <sup>6.-</sup> **D.**

FERNANDO SENEN CARRERA CORREA, 7.- D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ, 8.- D. MARIO MARINA DIMAS y 9.- D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ en calidad de cómplices, a todos los cuales debe extenderse la calificación culpable; solicitando para éstos la inhabilitación, la pérdida de derechos, indemnización de perjuicios y del déficit patrimonial en los términos que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.

Por el **MINISTERIO FISCAL** mediante dictamen de 24.6.2011 se realizó propuesta de calificación del concurso como culpable, formulando dictamen calificando el concurso como culpable en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando como personas afectadas por la calificación a 1.- D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO, a 2.- D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ, a 3.- DÑA. ALÑBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO y a 4.- D. ANDRÉS MACHO HENARES en calidad de autores, así como a 5.- D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ, 6.- D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA, 7.- D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ, 8.- D. MARIO MARINA DIMAS y 9.- D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ en calidad de cómplices, a todos los cuales debe extenderse la calificación culpable; solicitando para éstos la inhabilitación, la pérdida de derechos, indemnización de perjuicios y del déficit patrimonial en los términos que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.

**CUARTO.-** Por escrito de 16.12.2011 del Procurador Sr. Lorente Zurdo en representación de 3.- **DÑA. FELIPA BONILLA GRANDE Y OTROS** se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

Por escrito de 13.12.2011 de la Procuradora Sra. Herrada Martín en representación de 4.- **D. JOAQUÍN JURDADO CASADO** se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

Por escrito de 12.12.2011 de la Procuradora Sra. Leiva Cavero en representación de 5.- **DÑA. ALICIA GARCÍA FERNÁNDEZ** se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

Por escrito de 7.12.2011 de la Procuradora Sra. De Donesteve y Velázquez-Gaztelu en representación de 6.- **DÑA. MARGARITA GISELA GONZÁLEZ BARATAS Y OTROS**, se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

Por escrito de 29.12.2011 del Procurador Sr. Calvo Ruiz en representación de 7.- **D. JUAN JOSÉ DE BLAS HERÁEZ Y OTROS** se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

Por escrito de 12.1.2012 de la Procuradora Sra. De Zulueta Luschinger en representación de 8.- **ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (O.C.U.)** se manifestó su adhesión y conformidad con la calificación culpable interesada por las partes legitimadas.

**QUINTO.-** Por Providencia de 29.3.2012 de conformidad con el Art. 170.2 de la L.Co. se emplazó a la concursada y a las personas afectadas por la calificación y cómplices, en su caso.

**SEXTO.-** Por escrito de 7.12.2012 de la Procuradora Sra. Ruiz de Luna González en representación de 5.- **D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ** se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Del mismo modo por escrito de 9.3.2012 del Procurador Sr. Fernández Castro en representación de 8.- **D. MARIO MARINA DIMAS** se formuló oposición a la propuesta de

calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Igualmente por escrito de 24.4.2012 de la Procuradora Sra. Sánchez Vera en representación de <sup>6-</sup> **D. FERNANDO SENÉN CARRERA CORREA** se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 15.10.2012 del Procurador Sr. Martínez Espinar en representación de <sup>9-</sup> **D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ**, sucedido universalmente por causa de muerte por sus hijas y herederas **DÑA. BEATRIZ PALACIOS DIEZ** y **DÑA. MÓNICA PALACIOS DIEZ**, se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 26.10.2012 del Procurador Sr. Cabezas Llamas en representación de <sup>1-</sup> **D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO** se personó en las actuaciones, sin formular oposición a la calificación culpable solicitada por las legitimadas.

Asimismo por escrito de 19.2.2013 de la Procuradora Sra. Romero González en representación de <sup>7-</sup> **D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ** se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Por escrito de 19.7.2013 de la Procuradora Sra. DE la Fuente Bravo en representación de <sup>4-</sup> **D. ANDRÉS MACHO HENARES** se formuló oposición a la propuesta de calificación como culpable en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

No comparecieron las demás partes demandadas<sup>2-</sup> **D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ** y <sup>3-</sup> **DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO**, pese a estar emplazados en debida forma.

**SÉPTIMO.-** Ordenada la continuación de las actuaciones por el cauce del incidente concursal, previa subsanación de defectos procesales, y no estimando éste Tribunal la necesidad de convocatoria de vista, por Providencia de 19.9.2013 se acordó quedarán los autos conclusos para resolver; que devino firme.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.**

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal.

### **SEGUNDO.- Calificación del concurso.**

**A.-** Con carácter previo a entrar en el examen de la valoración de las propuestas de calificación formuladas por la Administración concursal y Ministerio Fiscal –en su caso-, debe significarse que la finalidad de la sección 6ª es la de calificar el concurso como fortuito o culpable y en este último supuesto determinar las personas afectadas por la calificación y, en su caso, cómplices, estableciendo una serie de pronunciamientos sobre los efectos personales y patrimoniales que la declaración culpable del concurso conlleva.

Frente al Derecho histórico –Art. 886 y Art. 887 del Código de Comercio- donde se recogía una definición legal de la quiebra fraudulenta, la legislación concursal vigente no

define el concurso fortuito, limitándose a afirmar en el Art. 163.2 L.Co. que *"...el concurso se calificará como fortuito o como culpable..."*, por lo que debe concluirse que deben incluirse dentro de su ámbito todos aquellos no calificables de culpables; concurso culpable que sí define la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

B.- Al concurso culpable se refiere el artículo 164.1 de la LC, que señala que *"...el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho..."*.

Ello implica que el legislador no atribuye a la previa y necesaria situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria de la Ley Concursal; resultando que tal régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta [desvalor de la acción] del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado [desvalor del resultado] consistente en el agravamiento o causación de tal estado de insolvencia.

C.- De ello resulta, como conclusión, que el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia que dio lugar al proceso y definida en el Art. 2 de la L.Co., sino en la conducta activa u omisiva del deudor, dolosa o culposa grave, respecto a la producción o agravación de aquella insolvencia, no la insolvencia misma. En tal sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 9.4.2012 [ROJ: SAP CC 345/2012] que *"...señala la SAP. de Pontevedra -sección 1ª-, nº 49/12, de 6 de Febrero (recaída en el recurso nº 675/11) que, a su vez, invoca la SJM. nº 5 de Madrid de 2 de Febrero de 2010 y que recoge que "al concurso culpable se refiere el artículo 164.1 de la Ley Concursal, que señala que "...el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho". Ello implica que el legislador ha tenido en cuenta, como presupuesto básico para la calificación, la situación de insolvencia del deudor, para luego examinar si su conducta ha tenido incidencia en la causación o agravamiento de la insolvencia; de esta manera, sólo estaremos en presencia del concurso culpable si el deudor ha participado en la causación o agravación del estado de insolvencia. Sin embargo, se requiere un requisito adicional para que el concurso pueda ser calificado como culpable, requisito que afecta a la conducta, ya que es necesario que el deudor común haya actuado de forma dolosa o con culpa grave. Por lo tanto, si el deudor común, con su actuar doloso o culposo (culpa grave), ha causado o agravado la situación de insolvencia, el concurso debe ser calificado como culpable. De lo anterior podemos concluir señalando que el legislador ha optado por esclarecer un criterio de atribución de responsabilidad que recae, no en la situación de insolvencia, sino en la valoración de la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce o agrava. Estamos, por tanto, en presencia de un elemento subjetivo en la actuación del deudor común, que implica la infracción de los deberes más elementales que pesan sobre él y que tienden a evitar la causación o agravamiento del estado de insolvencia..."*.

### **TERCERO.- Presupuestos de la calificación concursal culpable.**

El citado Art. 164.1 L.Co. exige que la indicada causación o agravación de la insolvencia lo sea por dolo o culpa grave del deudor; elementos subjetivo o intencional de la conducta activa u omisiva que debe concurrir para la declaración del concurso como

culpable; debiendo entender por dolo la malicia, voluntariedad y mala fe en el resultado de causación o agravación de la insolvencia, siendo culpa grave aquel comportamiento no voluntaria en la infracción de la norma de conducta ni en el resultado producido, pero integrada por una vulneración de la diligencia exigible en cuanto impuesta por normas jurídicas que contienen normas de comportamiento básico en cuanto exigibles de cualquier persona, para distinguir tal comportamiento de la culpa leve o levisima.

Resulta de ello que, como conclusión inicial y de todo lo indicado, podemos señalar que son tres los presupuestos o elementos de la declaración culpable del concurso, cuales son: **1.-** presupuesto fáctico u objetivo, consistente en la conducta o actuación activa u omisiva del deudor común, representante legal y si es persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o hecho; **2.-** elemento causal, en cuanto aquellas conductas han de estar unidas causalmente a la causación o agravación del estado de insolvencia; y **3.-** la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o personas a quienes se atribuya aquella conducta y a que se refiere el Art. 164.1 L.Co. y en el resultado producido.

#### **CUARTO.- Alcance de las presunciones.**

**A.-** Ahora bien, consciente el legislador de la dificultad probatoria de tales presupuestos en el ámbito del concurso, especialmente el elemento o presupuesto subjetivo o intencional, establece la Ley distintas presunciones y de diversa naturaleza. Así, las presunciones del Art. 164.2 L.Co. son presunciones "*iuris et de iure*" en cuanto no admiten prueba en contrario, resultando que la mera acreditación del "*hecho base*" conllevará necesariamente la calificación del concurso como culpable como "*hecho consecuencia*", como se deduce de la expresión "*...en todo caso...*" incluida en la Ley. Sin embargo, las presunciones del Art. 165 L.Co. son "*iuris tantum*", admitiendo prueba en contrario, presumiendo la concurrencia del presupuesto o elemento subjetivo (dolo o culpa grave) en la causación o agravación de la insolvencia, sin que sea necesario acreditar la relación de causalidad.

**B.-** En interpretación de tales preceptos señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 7.5.2012 [ROJ: SAP M 13211/2012] que "*...Conforme al artículo 164.1 de la Ley Concursal: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho». Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexos causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia. A la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. La primera y más compleja exige la cumplida prueba de todos y cada uno de los requisitos antes enumerados, siendo facilitada la prueba del elemento subjetivo a través de las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 de la Ley Concursal, que admiten prueba en contrario y sólo cubren el elemento del dolo o culpa grave. La dificultad de acreditar los requisitos antes reseñados y de alcanzar la declaración de concurso culpable a través de la transcrita cláusula general, incluso favorecida por las presunciones de dolo o culpa grave, se evidencia por la inclusión en la*

*Ley de un catálogo de presunciones iuris et de iure, las del artículo 164 .2 de la Ley Concursal, que permiten o, con mayor precisión, imponen, de concurrir, que "en todo caso" el concurso se declare culpable. Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164 .2 , el concurso inexorablemente, en todo caso, debe calificarse como culpable y si se alcanza dicha calificación es porque en la generación o agravación del estado de insolvencia ha 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 o de derecho, y una vez así declarado ya es irrelevante que a dicha calificación se haya llegado por la vía de la prueba de los requisitos de la cláusula general o mediante la prueba de los hechos base de una presunción iuris et de iure. Por ello, no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal , ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y el resultado, la generación o agravación de la insolvencia, puesto que se trata de "supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación , por su intrínseca naturaleza", tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, con tal de que sean imputables al deudor, o a sus representantes legales, o los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la persona jurídica. Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso cuando concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la referida a la propia conducta tipificada en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable. Por el contrario, cuando concurre una presunción iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal , ésta solo permite tener por acreditado, salvo prueba en contrario, el elemento subjetivo -la concurrencia de dolo o culpa grave- por lo que resulta necesario para calificar como culpable el concurso que , además, se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (sentencias de este tribunal de 24 de septiembre de 2007, 5 de febrero de 2008, 17 de julio de 2008, 10 de septiembre de 2010, 3 de diciembre de 2010 y 16 de septiembre de 2011, entre otras)..."*

Añade la citada Resolución, con cita de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de calificación, que "...Como establecen en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 y 16 de enero de 2012 , la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable y, conforme al segundo, previsto en el apartado 2 del artículo 164 , la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma, de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad..."

**QUINTO.- Incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad [art. 164.2.1ª L.Co.].**

**A.-** La primera de las causas de culpabilidad invocadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, con cita expresa de la presunción "iuris et de iure" del art. 164.2.1ª

L.Co. es la relativa al incumplimiento sustancial de la concursada de su deber legal de llevanza de la exigible contabilidad, señalando que tal como consta en el informe provisional la concursada incumplió los deberes dispuestos en los art. 25 y 27 C.Comercio en cuanto no consta que presentara para su legalización en el Registro Mercantil los libros correspondientes a los ejercicios 2004 y 2005 en lo relativo a Libro Diario, Inventarios y Cuentas Anuales, siendo que éstas tampoco fueron presentadas para su depósito en el Registro Mercantil las cuentas del ejercicio 2005; y requeridos por la administración concursal tales documentos y libros contables para su examen, no les fueron exhibidos ni entregados para su estudio y análisis.

B.- En interpretación de dicha causa de culpabilidad concursal señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6.3.2013 [ROJ: SAP B 5752/2013] que *"...El artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad 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 de la que llevara..., añadiendo que "...no podemos admitir que la concursada haya acreditado que llevara el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. De acuerdo con el artículo 28, el Libro se abre con el balance inicial detallado de la empresa, transcribiéndose, al menos trimestralmente, con sumas y saldos los balances de comprobación. Se transcriben también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. Al haber afirmado la administración concursal que ese Libro nunca estuvo a su disposición, la concursada venía obligada, por mor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a acreditar su existencia. Al margen de no haberse exhibido como tal en el curso de este incidente, no podemos deducir que efectivamente se llevara de la expresión "sumas y saldos del ejercicio 2007" recogida en el memorando sobre contabilidad elaborado por la administración concursal. Y la ausencia total del Libro de Inventarios y Cuentas Anuales sí constituye un incumplimiento sustancial que, junto con la falta de legalización del Libro Diario, determina per se la calificación del concurso como culpable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164.2º.1º de la Ley Concursal. No es necesario, por otro lado, entrar a analizar si la documentación contable analizada -el Libro Diario y los otros documentos con información trimestral o mensual de sumas y saldos- es o no fiable, dado que, aunque sí lo fuera, en ningún caso se excluiría la culpabilidad del concurso..."*

En igual interpretación de esta causa culpable del concurso, tras el examen de la cuestión bajo la legislación concursal derogada y tras la cita de las relevantes Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9.10.1976 y de 27.3.1987, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 5.2.2013 [ROJ: SAP SE 659/2013] que *"...Estas consideraciones jurisprudenciales son sostenibles y aplicables, dada la redacción de la citada norma, que, entre otras cuestiones no exige que sea intencional, simplemente que se produzca el incumplimiento de las obligaciones que a todo comerciante impone los artículos 25 y 26 del Código de Comercio . En definitiva, no se exige por la jurisprudencia un comportamiento intencional y deliberado de los administradores, de quienes se debe pregonar esa obligación en cuanto gestores de la persona jurídica, porque, como nos dice la Sentencia de Sentencia de 4 de febrero de 2.009 , legalmente el auténtico gestor y el responsable de la marcha de la sociedad es el administrador y todavía más si es único..."*, para añadir que *"...El término sustancial que refiere la citada causa, en cuanto referida a esencial, fundamental o de gran relevancia no hemos de entenderla referida a las consecuencias de ese déficit o escasez documental, es decir, a la dificultad para conocer el estado real de la concursada, sino al mero y exclusivo incumplimiento de esa obligación que en el caso de las personas jurídicas es responsabilidad de sus gestores, de los administradores. Bastará que ese irregular comportamiento de los responsables de la*



*Administración no sea insignificante o secundario para que concurra dicha causa. El cumplimiento de la normativa sobre contabilidad es crucial y relevante, desde luego para tener una información fiable y adecuada sobre la situación patrimonial de la persona jurídica, en su actividad comercial, y la previsible evolución negocial. Consecuencia de ello, es que el artículo 25 del Código de Comercio disponga que: "Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario". Desde luego, esa falta de diligencia necesariamente va a incidir en ese conocimiento que se ha de obtener sobre la situación patrimonial en el devenir del proceso concursal, pese a que se realice un denodado esfuerzo por parte de la Administración Concursal, siempre quedara la duda de si se ha conseguido un conocimiento real de su estado patrimonial, y sobre este extremo se hace especial énfasis por la Administración concursal. En conclusión, contrastada esa ausencia casi absoluta de documentación contables, ha de ratificarse la concurrencia de dicha causa y consiguientemente rechazarse dicho motivo de disconformidad de los recurrentes..."*

C.- Resulta de tal doctrina, tal como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 24.10.2012 [ROJ: SAP A 2961/2012] que el cumplimiento de la normativa sobre contabilidad es de particular relevancia puesto que las disposiciones que ordenan contabilidad tienen como finalidad esencial aportar una información fiable de la situación patrimonial de la empresa y de la evolución del negocio a los socios y terceros que se relacionan con la sociedad y también a los propios administradores; añadiendo la Audiencia de Pontevedra, Sección 1ª, en Sentencia de 25.10.2012 [ROJ: SAP PO 2612/2012] que este concreta presunción afectan a la faceta funcional de los derechos de crédito, que se ve negativamente afectada cuando se incumplen los deberes de contabilidad, pues el incumplimiento de estos deberes que recaen sobre los empresarios, son el paradigma de la gestión desordenada y agrava la insolvencia; y en igual sentido puede hacerse cita de la

Ahora bien, el incumplimiento de la obligación solo conllevará la calificación culpable del concurso cuando aquel sea sustancial, esto es importante y significativo; en este sentido razona la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, Sección 15ª, de 27.3.2014 [ROJ: SAP B 2918/2014], que por tal habrá que entender aquellos supuestos en los que el incumplimiento tenga cierta relevancia, esto es, que impidan que la contabilidad cumpla con la finalidad que le es propia, esto es, ofrecer la imagen fiel de las cuentas sociales; y añade que si la finalidad del art. 164.2.1.º LC es sancionar la conducta consistente en el resultado de privar a los órganos del concurso de la información precisa para poder conocer y valorar la conducta del deudor y las razones que han determinado la generación o el agravamiento de la insolvencia, parece razonable aplicar la norma siempre que el incumplimiento que se haya producido haya sido objetivamente apto para producir ese resultado.

D.- Pues bien, haciendo aplicación de la presente doctrina al presente caso resulta que las omisiones contables apreciadas en los libros de llevanza obligatoria y en la contabilidad de la concursada deben calificarse –en su conjunto– de graves, relevantes y esenciales para la comprensión por terceros y por la administración concursal, de la real situación económica, contable y financiera de la concursada.

En efecto, del examen de los libros y documentos contables resulta:

(i) que la concursada disponía de un sistema mecanizado informático para la llevanza de la contabilidad, de cuya información podía imprimirse los libros oficiales [Diario, Inventarios y Cuentas Anuales];

(ii) que la concursada no elaboró ni puso a disposición de la administración concursal los libros obligatorios correspondientes a los ejercicios contables 2004 y 2005; especialmente relevantes dada la declaración concursal en diciembre de 2006;

(iii) que no consta ni se ha acreditado por la concursada que tales libros fueran legalizados de modo previo por el Registro Mercantil; siendo presentados tardíamente para su legalización los ejercicios 2001, 2002 y 2003, incumpléndose el deber de legalización en los libros de los ejercicios 2004 y 2005;

(iv) los libros de Inventarios y Cuentas Anuales de los años 1997, 2000, 2002 y 2003 no se inician con el balance inicial detallado de la empresa [art. 28 C.Comercio], desvirtuando así la imagen inicial de dichos libros y anotaciones;

(v) no consta ni se ha acreditado por la demandada concursada la conservación y custodia de los libros obligatorios de los ejercicios 2004 y 2005, que ni han sido presentados ni puestos a disposición de la administración concursal;

(vi) que la concursada no presentó a depósito las cuentas anuales del ejercicio 2005 en legal plazo;

(vii) que la llevanza contable carecía de controles internos en lo relativo a los saldos de caja de las delegaciones [que no eran reportados periódicamente a la central], no existiendo constancia documental de haberse realizado en alguna ocasión un recuento físico del inventario;

(viii) las entradas de tesorería en la central y delegaciones se realizaba de forma manual al margen del programa informático, no conciliándose las mismas ni los pagos a los autores con los datos contables de la aplicación informática

E.- Resulta de todo ello, de modo acumulado, que la imagen ofrecida por el sistema informático contable de la concursada, así como la exteriorizada a través de la incompleta publicidad registral, resultaba parcial, fragmentaria, carente de controles internos de verificación en sus balances inicial y final, en los inventarios de apertura y cierre, lo que impedía obtener una imagen fiel de la situación económico-patrimonial de la concursada, tanto antes de la declaración de concurso como posteriormente una vez declarado.

Procede, por ello, estimar dicha causa de culpabilidad y que no admite prueba en contrario.

#### **SEXTO.- Doble contabilidad [art. 164.2.1ª L.Co.].**

A.- La segunda de las causas amparadas por presunción "iuris et de iure" es la relativa a la doble contabilidad del art. 164.2.1ª L.Co., sosteniendo tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal que al menos desde el ejercicio 2004 [-que se inició el 1.1.2004] la concursada ha realizado registros contables auxiliares no reflejados en los libros oficiales, para lo cual se utilizaba una aplicación informática distinta de la que llevaba la oficial, al tiempo que otros asientos se llevaban en hoja "Excel" no gestionada por aplicación informática.

B.- Tal presunción de culpabilidad exige la prueba de la llevanza por el deudor obligado a la realización de asientos contables duplicados, lo que comporta de modo implícito una voluntad de engaño y ocultación; habiendo apreciado dicho supuesto de culpabilidad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26.6.2009 [ROJ: SAP M

10757/2009] en la constatación por Juzgado de lo Social de que el concursado abonada parte de los salarios de trabajadores en dinero negro; siendo que la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 19.1.2012 [ROJ: SAP AB 20/2012] apreció esta causa de culpabilidad en el uso de una cuenta de socios para equilibrar las tensiones de tesorería y que realmente reflejaban ventas opacas.

Igualmente Se ha apreciado culpa en la acreditada presencia de cobro parcial a clientes en dinero negro, aun cuando ello sea necesario para no perder el pedido o encargo [Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 21.9.2012], así como en el cobro a clientes en dinero negro a través de cuenta corriente de la madre del administrador para no devengar IVA [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 5.2.2014 (ROJ: SAP B 3127/2014)], afirmando esta Resolución que a los efectos de determinar el daño indemnizable a la sociedad y a los acreedores, es carga probatoria del administrador social el acreditar qué parte de dinero negro se introdujo en la actividad societaria.

Por el contrario otros pronunciamientos han rechazado la existencia de doble contabilidad [-Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 13.4.2012-] argumentando que la apreciación de ésta causa de culpabilidad requiere la acreditación de libros oficiales [-en los que no se anotan todas las operaciones comerciales-] y otros libros extraoficiales [-en los que sí se anotan dichas operaciones opacas-]; por lo que si lo que falta es la contabilidad oficial podrá acudir a la primera de las causas analizadas, pero no a la duplicidad.

C.- Pues, atendiendo a tal doctrina y haciendo aplicación de la misma al presente caso, del examen de los libros contables oficiales, de las distintas aplicaciones informáticas que gestionaban los datos contables y demás documentos, resulta:

(i) que junto al programa "Navision" utilizado por la concursada desde el ejercicio 2004 para la llevanza de la contabilidad oficial generadora de los libros contables de llevanza obligatoria, la deudora hizo uso de otra aplicación informática "Contaplus" para la ordenada llevanza de asientos contables que no se reflejaban en los libros oficiales;

(ii) que junto a ello, la concursada añadió la llevanza de otros documentos contables gestionados de modo manual a través de programas de hojas de cálculo ("excel"), tales como los pagos a los artistas y adquisición de obras por clientes, sin formato normalizado, y no reflejados en la contabilidad "oficial"; hasta el punto de que en el ejercicio 2004 la cantidad oficial recoge entradas de numerario por clientes en la cantidad de 359.387.682,00.-€, la cuenta 561 de "Depósitos a corto plazo" en la cantidad de 354.817.046,00.-€ y las entradas de tales cantidades en los archivos auxiliares en la cantidad de 369.157.108,00.-€;

(iii) que, tal como afirma el informe pericial contable [-doc. nº 5 del informe de la administración concursal-], de dicha doble contabilidad o "contabilidad B" resulta:

a.- que la concursada en el periodo 2002 a 2004 obtuvo ingresos provenientes de sociedades del grupo por importe de 186.202,16.-€ y realizó pagos a dichas sociedades por importe de 734.453,69.-€, sin que ello se anotara en la contabilidad oficial;

b.- que se anotó en la cuenta de socios y administradores pagos por importe de 3.592.027,50.-€, sin que se diera cuenta de ello en la contabilidad oficial luego depositada y publicitada;

c.- se adquirieron inmuebles por importe de 694.616,61.-€, sin constancia oficial en la contabilidad; así como se pagaron importes a proveedores de obra gráfica (1.923.530,78.-€) y acreedores (1.006.235,32.-€) y compras de obra religiosa- iconos (9.461.403,00.-€) sin que tales movimientos se reflejen en la contabilidad oficial;

d.- se anotó de modo extraoficial el pago de comisiones comerciales a agentes (36.138.170,37.-€) y anticipos de comisiones (1.161.546,38.-€).

D.- Resulta de todo ello que la llevanza intencionada por la concursada de una segunda aplicación informática (SP CONTAPLUS) junto a la primera generadora de la contabilidad oficial (NAVISON) estaba dirigida a la ordenación y control de operaciones y negocios jurídicos relevantes contablemente que se deseaba excluir de la contabilidad oficial, hasta el punto de que sólo un ordenador gestionaba esta segunda aplicación, no estando conectado en red.

Del mismo modo la relevancia cuantitativa y cualitativa de los asientos, de las partidas ocultas y de sus consecuencias sobre la llevanza de la contabilidad y la imagen fiel de la contabilidad, determina la gravedad de la conducta y la consciente llevanza de una doble contabilidad por la deudora; lo que justifica la calificación culpable del concurso.

#### **SÉPTIMO.- Irregularidad contable relevante [art. Art. 164.2.1º L.Co.].**

A.- La tercera de las conductas alegadas [-tanto por la Administración concursal como por el Ministerio Fiscal como fundamento de la declaración culpable del concurso-] supone la invocación de irregularidad contable grave del art. 164.2.1ª L.Co., sosteniendo que la contabilización por la concursada de los "contratos de promesa", de compra y de venta de obras de arte, se realizaba en la contabilidad "B" o no oficial y con infracción de las normas tanto en el activo como pasivo contable se realizaron por la concursada omisiones de partidas que distorsionaron la imagen fiel derivada de la contabilidad.

Sostienen tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal que sin alterar la titularidad de las obras adjudicadas en cada contrato [-que continuaba siendo titularidad de la concursada sin modificación alguna por su adjudicación contractual-], en la contabilidad e inventario de la deudora seguían constando los bienes adjudicados contractualmente a los clientes, sin que se procediera a contabilizar correctamente el compromiso futuro de recompra de dichas obras de arte a un precio superior [-en un porcentaje fijo y ya liquidado previamente al tiempo de la venta al cliente-] por parte de la concursada.

B.- Respecto a tal cuestión señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 16.5.2014 [ROJ: SAP M 11717/2014] al afirmar que "...*TERCERO. Valoración del Tribunal. Los contratos suscritos por los clientes de AyN. 10. Contrato CPA. Su objeto era la creación de un patrimonio artístico, mediante la adquisición de obras de arte de los fondos de AyN, a cambio de una cantidad de dinero entregada por el comprador. Se preveía la entrega de una aportación inicial, que se iría incrementando anualmente respecto de la anterior en un porcentaje establecido. Con la suscripción de este contrato, la sociedad se obligaba, si ése fuera el deseo del comprador, transcurrido un periodo de tiempo recogido en el contrato, a volver a comprar las obras del mismo por el precio de adquisición incrementado en un porcentaje anual determinado en el contrato. Según el informe de la AC el documento contractual firmado por el cliente incluye en su anexo un detalle de las obras adjudicadas, si bien éstas no están debidamente concretadas. Hemos de advertir que ello no altera la naturaleza del contrato, al margen de que, en cada caso, y a efecto de la reivindicación o separación de obras concretas, quedara o no determinado el objeto adquirido. Es más, lo que se pone de manifiesto en el informe no es que no exista adjudicación, sino la forma poco rigurosa en la que las obras se adjudicaban (pg. 133 del Informe AC: " Tomando como límite el importe de los fondos captados, al cliente se le iban asignando de manera manual, sin previo criterio*

establecido, distintas obras [...] dependiendo del tipo de cliente, grado de amistad, etc., se podían asignar unas obras u otras, en principio, de las que estuvieran libres, las que decidía el administrativo en ese momento"). Señala también el Informe AC (pg. 132) que el proceso de adjudicación suponía un cambio en la calificación de la obra, de manera que de "obra disponible" se pasaba finalmente a la calificación de "obra no disponible" una vez firmado el contrato. El Departamento de Ventas era el encargado de dar de alta los contratos en el sistema informático y en función del tipo de contrato de que se tratara se utilizaba un módulo informático específico: "Listado CPA" o "Listado de Mandato". Lo expuesto, en definitiva, es aplicable a los Contratos de Mandato. Las obras adquiridas quedaban, pues, en depósito de la concursada, sin que ello suponga que la entrega fuera inexistente. De hecho, el propio Informe AC (pg. 133) señala que a la finalización de los contratos, la obra volvía a quedar libre y, por tanto, con posibilidad de ser adjudicada ante nuevas captaciones de fondos. 11. Contratos de Mandato. Por medio de dichas figuras jurídicas, en el mandato de compra, el mandatario recibía como encargo el adquirir a su libre criterio una o varias obras de arte por una determinada cantidad. En el mandato de venta, el mandatario se comprometía a vender las obras adquiridas por el cliente por un precio mínimo determinado en el contrato, adquiriendo además el compromiso para el caso de que no se encontraran adquirentes en una determinada fecha, de adquirir estas obras pagando una cantidad también previamente fijada en el contrato. El mandato es gratuito, salvo que la obra se vendiera a un tercero, percibiéndose en este caso por la gestión el 2% del precio. Debemos reiterar además que se efectuaba adjudicación de las obras, que después eran objeto de venta, como ya hemos señalado al referirnos al contrato CPA. Por ello, tras señalar que las obras proceden del stock de la concursada, el Informe de la AC destaca (pg. 50), que en el Anexo 1 del mandato de venta, las obras de arte propiedad del mandante aparecen ya con la referencia del inventario de AyN, por lo que se trata de obras que formaban parte del inventario de la concursada. Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la forma de adjudicación...".

C.- Añade la citada Resolución de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid que "...12. Es evidente la similitud de los contratos examinados con los referidos a otros bienes tangibles, como los que afectan a los concursos de FORUM o AFINSA, sobre los que ya nos hemos pronunciado. Esta similitud ha sido puesta de manifiesto en el recurso. Baste reproducir los contratos de mandato suscritos por las citadas entidades tal y como se describen en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso- Administrativo, de fecha 31 de enero de 2012: El inversor suscribía un contrato de "mandato de compra" con Forum y Afinsa (la sociedad), para que ésta procediera a comprar un lote de valores filatélicos por un cierto importe; el contrato podía o no precisar qué sellos debían componer tal lote, si bien estipulaba que la adquisición realizada por la sociedad quedaba subordinada a su aceptación expresa por el mandante. Una vez adquiridos, los valores filatélicos eran puestos a disposición del mandante en un plazo máximo de 15 días; transcurrido dicho plazo sin que la sociedad pudiera materializar en el mercado la compra encomendada, el mandato quedaba resuelto y la sociedad procedía a vender al cliente los correspondientes valores filatélicos de sus propios "stocks". En la misma fecha el mandante recibía, en concepto de anticipo a cuenta de la cantidad pactada en el mandato de venta a suscribir pocos días después, una serie de pagarés. En dicho contrato de mandato de venta, la sociedad entregaba al mandante el lote de valores filatélicos adquiridos y éste encargaba a la sociedad la gestión de venta de dicho lote en la fecha que se determinaba en el propio documento y por la cantidad mínima que igualmente se establecía. Se estipulaba a continuación que si la sociedad mandataria no encontraba adquirentes en el mercado en la fecha y por la cantidad antes indicada, se consideraba resuelto el mandato y la sociedad se comprometía a comprar, en su propio nombre, el lote de valores filatélicos por el importe mencionado; en ambos casos, debían descontarse de

la cantidad a entregar al mandante, los anticipos a cuenta que el mismo hubiera percibido con anterioridad...”, para concluir que “...Lo que resulta de los mismos es que el cliente emplea su dinero en adquirir obras de arte y que, tras esa adquisición y en determinadas condiciones, AYN se compromete a vender lo adquirido por el cliente, o en su caso a comprarlo para sí, garantizándole la obtención de un precio más alto que el de adquisición establecido según diversas fórmulas. 30.- Por otro lado, la efectiva adquisición de la propiedad de las obras objeto de los contratos por parte del cliente no debe suscitar cuestión por el solo hecho de que aquellas no se le entregasen materialmente. El artículo 438 del Código Civil permite adquirir la posesión no sólo mediante la ocupación material de la cosa o derecho poseído, sino también por el hecho de que queden sujetos a la acción de voluntad del poseedor o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho. En este sentido, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, entre otras muchas, «Junto a la tradición real, se encuentra la fingida, "traditio ficta", donde no se produce el traspaso o entrega efectiva de la cosa, sino un signo que la represente, como ficción de entrega, para alcanzar idénticos efectos que ésta; entre los casos de tradición fingida en nuestro Derecho se hallan las denominadas instrumental, por simple acuerdo, "brevi manu", "longa manu" y "constitutum possessorium"». Esta última entraña que el transmitente continúe en la posesión de la cosa, pero en concepto distinto; se opera un cambio en la causa possessionis y el vendedor pasa de poseer pro suo a poseer pro alieno...”.

Afirmada por distintas jurisdicciones y órganos judiciales [junto a las citadas, también referidas por la Resolución antes invocada, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 31.1.2012; Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 7.7.2011; Sentencias de 13 de diciembre de 2010, de 9 de diciembre de 2010, de 27 de junio de 2011 y de 25 de enero de 2012, que la actividad esencial de la concursada se realizaba a través de la asunción de mandatos de compra y de venta con los clientes interesados en la compra-venta mercantil de obras de arte [-estuviera o no determinada en los contratos-], es ésta la perspectiva y naturaleza jurídica que debe primar en la fijación de la relevancia contable de aquellas operaciones.

D.- Partiendo de tales conclusiones la cuestión a resolver en la presente sede calificatoria es la correcta y exigible contabilización de los mandatos de compra, de venta y de intermediación, como paso previo a examinar si la contabilización de las mismas por la concursada era la adecuada o no.

Aunque no con la claridad terminológica y conceptual recogida en el Plan General Contable vigente [-aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre-], que luego se referirá, señala la Exposición de Motivos del Plan General Contable de 1990 [-aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, aplicable y vigente en los dos años anteriores a la declaración concursal-] que “...El Plan incluye en el subgrupo 14 una nueva modalidad de provisiones destinadas a cubrir ciertos riesgos y gastos. Su definición, coincide con la establecida en el artículo 188 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, estableciéndose que las provisiones para riesgos y gastos tendrán por objeto «cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas que estén claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del balance, sean probables o ciertos pero indeterminados en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que se producirán»...”. Añade dicha Exposición de Motivos que “...Con las nuevas provisiones se profundiza en el principio de prudencia, contribuyendo así a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Este Plan modifica, en algunos casos, las relaciones contables de las provisiones tal y como se contemplaban en el texto de 1.973. En los casos de provisiones que corrigen valores de inmovilizado o de activos del grupo

*cinco, se establece la aplicación directa de las mismas a los activos por las pérdidas realizadas y se regulan las dotaciones por diferencias. En las provisiones por operaciones de tráfico, el tratamiento es diferente al señalado en el párrafo anterior, ya que a final de ejercicio se deberá anular la provisión inicial, con abono a cuentas de ingreso, y se dotará la provisión por el importe estimado a esa fecha. No obstante en la provisión para insolvencias de tráfico se admite también un tratamiento individualizado, pero con resultados análogos al anterior...".*

Añade la Parte Primera del Plan, dentro de los "Principios Contables", al regular el de prudencia, que "*...Únicamente se contabilizarán los beneficios realizados a la fecha de cierre del ejercicio. Por el contrario, los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior, deberán contabilizarse tan pronto sean conocidas; a estos efectos se distinguirán las reversibles o potenciales de las realizadas o irreversibles. En consecuencia, al realizar dicho cierre se tendrán presentes todos los riesgos y pérdidas previsibles, cualquiera que sea su origen. Cuando tales riesgos y pérdidas fuesen conocidos entre la fecha de cierre del ejercicio y aquella en que se establecen las cuentas anuales, sin perjuicio de su reflejo en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias, deberá facilitarse cumplida información de todos ellos en la memoria...*", así como que "*...el principio de prudencia tendrá carácter preferencial sobre los demás principios...*".

E.- En el desarrollo del plan contable de 1990 [-junto a otras cuentas destinadas a provisiones y su dotación que no vienen al caso-] dentro del subgrupo 4 de cuentas, bajo el ordinal 49 se regulan la cuenta de provisiones por operaciones de tráfico, siendo la subcuenta 499 la destinada a dejar constancia de las provisiones por operaciones de tráfico y la subcuenta 695 la correlativa dotación de dichas provisiones, siendo la subcuenta 795 la destinada a articular la aplicación de tales provisiones.

En efecto, señala la subcuenta 499 que "*...Provisión para otras operaciones de tráfico. Provisiones para cobertura de gastos por devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otros conceptos análogos. Figurará en el pasivo del balance. Su movimiento es el siguiente: a) Se abonará, al cierre del ejercicio, por el importe de la estimación realizada, con cargo a la cuenta 695. b) Se cargará, al cierre del ejercicio, por la dotación efectuada en el año anterior, con abono a la cuenta 795...*".

En cuanto a la subcuenta 695 se dice que "*..Dotación a la provisión para otras operaciones de tráfico. Dotación, realizada al cierre del ejercicio, para riesgos y gastos derivados de devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otras operaciones de tráfico. Se cargará por el importe de la depreciación estimada, con abono a la cuenta 499...*".

Finalmente, dentro del subgrupo 14 del grupo I de las cuentas anuales, se regula la subcuenta 142 destinada a "*...Provisión para responsabilidades. Importe estimado para hacer frente a responsabilidades probables o ciertas, procedentes de litigios en curso, indemnizaciones u obligaciones pendientes de cuantía indeterminada, como es el caso de avales u otras garantías similares a cargo de la empresa. Su movimiento es el siguiente: a) Se abonará al nacimiento de la responsabilidad o de la obligación que determina la indemnización o pago, con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 62 ó 67. b) Se cargará: b1) A la sentencia firme del litigio o cuando se conozca el importe definitivo de la indemnización o el pago, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57. b2) Por el exceso de provisión, con abono a la cuenta 790...*".

F.- Así expuesta la mecánica mercantil de la concursada en sus distintas modalidades contractuales, y enfrentando la misma a la transcrita normativa contable, debe llegarse a la conclusión de que los compromisos contractuales a futuro de la concursada para con

sus clientes [-representados por el expreso, futuro y cierto mandato de venta a tercero y obligada adquisición para sí mismo en caso de no encontrar o buscar adquirente, todo ello sobre precio estipulado inicialmente entre las partes-] debía tener reflejo contable en el pasivo de la concursada; circunstancia omitida en la contabilidad analizada y unida a autos.

En efecto, debe recordarse aquí que en la actividad empresarial desarrollada por la concursada durante más de 25 años y de la contabilidad en que se plasma, no resulta contabilizado ingresos relevantes y esenciales por comisiones de venta a terceros de las obras de arte antes vendidos a los clientes, resultando una global, sistemática, mecánica y automatizada recompra de los lotes por Arte y Naturaleza Gespart, S.L. [-que pasaban a integrar su inventario [-mejor dicho, continuaban "sine die" en su patrimonio, con la consiguiente minoración del importe de caja o tesorería-]; esta sí documentada en contabilidad.

G.- En efecto, de un modo mucho más claro y expresivo, el Plan General Contable de 2007, dentro de su Parte Primera "Marco Conceptual de la Contabilidad" [-que pese a su dicción es norma jurídica plenamente exigible e imperativa-] y apartado 5º relativo a los "criterios de registro o reconocimiento contable de los elementos de las cuentas anuales" señala que *"...los pasivos deben reconocerse en el balance cuando sea probable que, a su vencimiento y para liquidar la obligación, deban entregarse o cederse recursos que incorporen beneficios o rendimientos económicos futuros, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un pasivo implica el reconocimiento simultáneo de un activo, la disminución de otro pasivo o el reconocimiento de un gasto y otros decrementos en el patrimonio neto..."*.

Dentro de la Parte Segunda del Plan de 2007, destinado a las "Normas de Registro y Valoración" dispone la Norma 14ª, regla 2ª "Ingresos por ventas" que *"...Sólo se contabilizarán los ingresos procedentes de la venta de bienes cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: a) la empresa ha transferido al comprador los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad de los bienes, con independencia de su transmisión jurídica. Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia, cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa, y ésta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista..."*.

Resulta de tal redacción, que tanto bajo la vigencia del Plan General Contable de 1990 como el de 2007, era necesario, obligado y exigible que los compromisos económicos por la ejecución futura de mandatos de venta de los lotes de obras de arte a terceros -y constante, automática y masivamente recomprados por Arte y Naturaleza Gespart, S.L. tuvieran reflejo en el pasivo contable de las cuentas anuales, tanto en las operaciones ejecutadas al finalizar los contratos, como los compromisos asumidos a futuro en dicha anualidad contable; y además expreso y necesario reflejo en la Memoria contable de aquellos compromisos a futuro que excedieran de la anualidad contabilizada.

Tal conclusión debe entenderse apoyada igualmente en la Consulta nº 7 del I.C.A.C. de 1991, al señalar que *"...La adquisición temporal de activos o adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional, es una operación que se entiende que nace el día de su desembolso y vence el día en que se resuelve el citado pacto, por la recompra por el cedente de los mismos valores cedidos u otros de la misma clase..."*; y en el mismo sentido el Documento nº 13 [-relativo a contabilización y principios contables en materia de ingresos, de julio de 1992-], elaborado y publicado por A.E.C.A. señalaba que *"...No debe contabilizarse el ingreso cuando el vendedor al efectuar la venta se comprometa a readquirir el producto en una fecha posterior. Tales transacciones suelen suponer*



*acuerdos de financiación con garantía real de las mercancías vendidas, y deben contabilizarse, en consecuencia, de conformidad con su naturaleza financiera...”.*

H.- En efecto, como ponen de manifiesto las citadas Resoluciones judiciales, la concatenación en unidad de distintos contratos de mandatos de compra y venta, unido a un opcional [-pero absolutamente generalizado-] depósito, determina un bloque negocial dirigido a ofertar en el mercado un servicio de intermediación en la compra-venta de obras de arte, como cauce para que los clientes aprovechen la revaloración de dichos bienes en el libre mercado; de tal modo que la concesión de los clientes de un futuro compromiso [-a fecha cierta y por precio cierto-] de venta a un tercero o de su re-compra por la concursada, colocaba el riesgo del mayor o menor del bien en el mercado en el patrimonio de Arte y Naturaleza Gespart, S.L., en cuanto con independencia del real valor de las obras de arte en el mercado la recompraba automáticamente a todo cliente por el precio fijado en los contratos.

Resulta de ello que la contabilización del precio de la inicial venta por Arte y Naturaleza Gespart, S.L. al cliente infringe normas contables básicas, principios contables de obligada e imperativa exigencia y las reguladoras de la dotación de provisiones por riesgos de las operaciones, en cuanto previsibles a fecha cierta y por importe cierto.

Nótese que con este modo de contabilización, el bien enajenado con pacto o promesa de recompra [-y si riesgo de mayor o menor valor a futuro-] no sale del patrimonio de la vendedora, siendo anotado mero ingreso de caja o tesorería que revertirá definitivo si el mandato de recompra no se ejercita, o revertirá en una ganancia o pérdida si se ejercita, pero todo ello en el patrimonio de la vendedora.

Puede, por ello afirmarse, que Arte y Naturaleza Gespart, S.L. conocía y sabía de sus compromisos de compra adquiridos con terceros, de sus fechas de vencimiento y de sus importes, manteniendo constante vigencia de los contratos con clientes, el riesgo y ventura de la operación en su patrimonio; circunstancias contablemente relevantes que carecían de constancia en sus cuentas anuales, especialmente en balance y en memoria.

I.- Y tal irregularidad contable debe calificarse de relevante y grave. Es doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 24.10.2012 [ROJ: SAP A 2961/2012] que dentro del concepto de relevante irregularidad *“...deben destacarse los siguientes elementos: a.-) material: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; b) cuantitativo: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; c) cualitativo : debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; d) subjetivo: debe revelar la irregularidad cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado...”.*

En el caso que nos ocupa, tanto por el número de asientos y partidas contables [cientos de miles] no registradas, personas afectadas, enorme importe de tales asientos y compromisos de recompra, resulta la relevancia de la irregularidad, hasta el punto de dar una imagen económico-financiera de la concursada plenamente distorsionada; sin que impida tal conclusión la simple referencia a los compromisos de recompra en la memoria, pues ello desdibuja gravemente el balance.

## **OCTAVO.- Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Órgano de administración social.**

**A.-** Declarada la calificación culpable del concurso, procede, de conformidad con el Art. 172 de la L.Co. establecer el alcance subjetivo de tal declaración y las personas afectadas por la misma.

Tanto por la Administración concursal como por el Ministerio Fiscal se interesa, al amparo del nº 1 del apartado 2º del Art. 172 de la L.Co. [en la redacción anterior a la Ley 38/2011, en cuanto vigente al tiempo de formular la calificación-] la extensión de los efectos de la declaración culpable del concurso, determinando como personas afectadas por la calificación, respecto:

**(i)** a D. Juan Antonio Cano Cuevas (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal);

**(ii)** a D. Albertino de Figueiredo Nascimento (administrador de hecho de la concursada);

**(iii)** a D. Vicente Martín Peña (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal);

y **(iv)** a D. Carlos de Figueiredo (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal).

**B.-** Pues bien, atendiendo a los hechos justificativos de la calificación culpable procede extender los efectos de la calificación a las personas de sus administradores **(i)** D. Juan Antonio Cano Cuevas (presidente del consejo de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), **(iii)** D. Vicente Martín Peña (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), y **(iv)** D. Carlos de Figueiredo (consejero de la concursada en los dos años anteriores a la declaración concursal), al deber concluirse que los actos o hechos contenidos en las presunciones estimadas [art. 164.2.1ª L.Co. y art. 165.1 L.Co.] eran y son responsabilidad del órgano colegiado de administrador social.

En efecto, del examen los hechos y conductas activas u omisivas recogidas en los arts. 164 y 165 L.Co. resulta que mientras algunas de ellas hacen referencia a elementos o actividades propias de la esfera jurídica del administrador social [-cuentas anuales, contabilidad, solicitud de concurso y documentos que la acompañan, deber de colaboración con el administrador concursal, entre otras-], otras conductas no presentan una específica atribución competencial al administrador de derecho o de hecho pudiendo ser realizadas por los apoderados generales a que se refiere el art. 164.1 L.Co. [-actos de simulación, salida fraudulenta, alzamiento o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, entre otras-].

Siendo ello así no cabe duda que los graves, prolongados y constantes actos contables generadores de graves irregularidades afectantes a la imagen fiel de la concursada, deben imputarse a los tres miembros del órgano de administración en cuanto ellos participaron de modo directo y voluntario en la elaboración de las mismas, acordando someter esas específicas cuentas a la junta de socios para su aprobación; y todo ello a sabiendas de que no expresaban la imagen fiel económico-financiera de la concursada, o al menos, con la grave omisión de la diligencia exigible para hacer coincidir tal contabilidad con la real situación patrimonial y financiera de la concursada [-recuérdese que la falta de expresión contable de los compromisos de recompra a corto y largo plazo permitió tanto generar beneficios ficticios, como destinar las cantidades abonadas por adquirentes de obras de arte a ampliaciones de capital con cargo a reservas, a la adquisición de mayores

volúmenes de obras y su venta en el mercado, y a realizar inversiones inmobiliarias y financieras en otras sociedades del grupo, en menor medida-], permitiendo ocultar una situación de desbalance determinante de causa de disolución por pérdidas al menos desde el 31.12.2004; lo que otorga a dicha irregularidad una gravedad relevante, imputable a todos los partícipes por igual grado. Y en igual grado de imputación subjetiva debe estarse respecto al retraso en el deber de solicitar la declaración concursal.

#### **NOVENO.- Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Administrador de hecho.**

**A.-** Tanto por la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitan la extensión de los efectos de la calificación culpable respecto a <sup>1.-</sup> D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO, a <sup>2.-</sup> D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ, a <sup>3.-</sup> DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO y a <sup>4.-</sup> D. ANDRÉS MACHO HENARES en calidad de autores, sosteniendo que si la administración de derecho única corresponde a D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO, la responsabilidad concursal debe extenderse a <sup>2.-</sup> D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ en cuanto director general de Arte y Naturaleza Gespart, S.L., así como a <sup>3.-</sup> DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO en cuanto directora del departamento artístico y responsable de la adquisición de la obra, así como a <sup>4.-</sup> D. ANDRÉS MACHO HENARES en su calidad de director comercial y responsable de adquisición de iconos hasta el año 2006.

**B.-** Limitando el art. 164.1 L.Co, así como el art. 172.1 L.Co. la responsabilidad por actos propios, causales y directos, determinantes de la causación de la insolvencia o su agravación, o de alguna de las conductas de las presunciones del art. 164.2 o del art. 165, ambos L.Co., resulta de lo actuado que la apreciada la cualidad de administrador de derecho en la persona de 1.- D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO en modo alguno puede atribuirse a los demás demandados la cualidad de administradores de hecho de la concursada; y si bien es cierto que alguno de ellos ostentó la cualidad de apoderado general en los dos años anteriores a la declaración concursal, las causas de culpabilidad apreciadas [art. 164.2.1ª L.Co.] aparecen unidas legal y funcionalmente al desempeño de la administración de derecho y al desarrollo de las funciones de elaboración, aprobación y sometimiento a la junta general de las cuentas anuales; por lo que en modo alguno puede extenderse a aquellos dicha responsabilidad, máxime cuando no ha resultado acreditado que los mismos intervinieran personalmente en la elaboración de dichas cuentas y en los criterios tenidos en cuenta para la formulación de las cuentas.

**C.-** A mayor abundamiento, baste indicar que la siempre compleja delimitación del concepto de administrador de hecho en el ámbito de los grupos de sociedades señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 8.4.2013 [ROJ: SAP M 6910/2013] que *"...El Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2008 señala que la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal... (sic). Lo que caracteriza al administrador de hecho es que ejerza un poder de dirección y gestión similar al que corresponde a los administradores de derecho y, además, que tal poder se ejerza de manera independiente y, en general, de forma constante, sin subordinación al administrador de derecho, en caso de que esté designado..., añadiendo la citada Resolución que "...Especialmente delicada es la cuestión en el seno del grupo de sociedades sin que exista base alguna para atribuir a la entidad dominante o sus administradores, por el mero hecho de serlo, la condición de administrador de hecho de la dominada, sin que tampoco se haya hecho esfuerzo alguno para justificar por qué se*

*atribuye dicha condición a la sociedad dominante y no directamente a los administradores de ésta...”, afirmando que “...Que el socio mayoritario o el minoritario de control proponga y con su voto se nombre en la junta general a la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad dominada no atribuye a la dominante la condición de administrador de hecho de la dominada...” y sostener que “...tampoco puede asentarse la calificación de administrador de hecho de la sociedad dominante en el mero control que ésta ostente o puede ostentar, directa o indirectamente, sobre la dominada pues éste es, precisamente, el concepto sobre el que gira actualmente el propio concepto de grupo ( artículo 42 del Código de Comercio , artículo 18 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 4 de la Ley del Mercado de Valores ). De igual forma, tampoco puede confundirse la dirección unitaria en el seno de un grupo de sociedades con la gestión directa de la dominada por la dominante de modo que por ejercer la dominante la dirección unitaria del grupo pueda atribuirse a ésta la condición de administrador de hecho de aquella, siendo exigible, al menos, que la dominante ejerza directamente la gestión de la dominada impartiendo orgánicamente instrucciones imperativas a los administradores de la dominada o, en su caso, que en el curso de la gestión de la dominante decida sobre los asuntos de la dominada, imponiendo tales decisiones a los administradores de la dominada...”.*

D.- Resulta de tal doctrina que la imputación de la cualidad de administrador de hecho a <sup>2.-</sup> D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ, a <sup>3.-</sup> DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO y a <sup>4.-</sup> D. ANDRÉS MACHO HENARES se pretende justificar únicamente en las condiciones objetivas de directivos y apoderados generales que caracterizan a las sociedades de capital en relación, pero sin referencias en el escrito de calificación a decisiones y actuaciones concretas que pudieran justificar la adopción de decisiones de administrador y el desempeño de labores de dirección, planificación y gestión similar al que ejercería su administrador de derecho; y lo que es más importante, que tales decisiones o acuerdos están unidos a las causas y hechos que han justificado la calificación culpable del concurso.

#### **DÉCIMO.- Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Cómplices.**

A.- Por el Ministerio Fiscal y por la administración concursal, por el cauce del art. 166 L.Co. se solicita la extensión de la calificación culpable del concurso a <sup>5.-</sup> D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ, <sup>6.-</sup> D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA, <sup>7.-</sup> D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ, <sup>8.-</sup> D. MARIO MARINA DIMAS y <sup>9.-</sup> D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ, en quienes no concurren ninguna de las cualidades del art. 164.1 L.Co; y cuyos actos en los dos años anteriores a la declaración concursal fueron necesarios o cooperadores en la comisión de los hechos justificativos de la calificación culpable.

Se afirma por las demandantes que <sup>5.-</sup> D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ ostento la dirección del departamento artístico en los dos años anteriores a la declaración concursal, siendo que <sup>6.-</sup> D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA ejerció en igual periodo las labores de Director Financiero de la concursada, y que <sup>7.-</sup> D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ fue director de ventas desde 1999 hasta 2006 y apoderado de la concursada, que <sup>8.-</sup> D. MARIO MARINA DIMAS fue en igual plazo temporal director de proyectos y expansión de la concursada y apoderado general, y que <sup>9.-</sup> D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ fue abogado de la concursada en igual plazo.

B.- Es doctrina reiterada, recogida entre otras, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 19.12.2007 [ROJ: SAP MA 2957/2007] que “...El artículo 166 de

*la Ley Concursal define a los cómplices como "aquellas 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"; es decir, requiere el precepto la existencia de dolo o culpa grave, que han de resultar cumplidamente acreditados, pues en el campo jurídico, la buena fe se presume siempre, si bien esta presunción puede desvirtuarse mediante prueba en contrario y una indudable relación de causalidad entre la actuación del cómplice y la situación de insolvencia...".*

Añade la citada Resolución que "...Así las cosas, el artículo 166 de la LC exige para la declaración de complicidad dos requisitos, a saber, que la persona cuya complicidad se postula haya cooperado con el deudor, con dolo o culpa grave, y, en segundo lugar, que lo haya sido en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable...".

C.- Atendiendo a tal doctrina resulta que la pretendida calificación como cómplices de la calificación culpable concursal por las causas del nº 1 del apartado 2º del art. 164 [- (i) irregularidad contable grave, (ii) incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad y (iii) doble contabilidad-] exige acreditar la realización por las sociedades del grupo o vinculadas y de sus órganos de administración, de actos necesarios, colaboradores e imprescindibles para completar aquellas conductas culpables; siendo exigido igualmente la plena acreditación de que tales conductas lo han sido con dolo o culpa grave derivada de la infracción de normas de conductas exigidas legalmente o por la más vulgar prudencia; y finalmente, la unión causal entre dichas conductas y la causación o agravación de la insolvencia; conductas, imputación subjetiva y relación causal que no resulta probada ni de los miembros de los órganos de las filiales ni de éstas; en cuanto, como se ha dicho, respecto a los cómplices es exigible la acreditación de todos los elementos del art. 164.1 L.Co. y no aplicables las presunciones de los apartados 2º de igual precepto y del art. 165 L.Co.

Ello hace innecesario entrar a examinar las distintas conductas invocadas por la administración concursal Ministerio Fiscal a cada directivo de la concursada en la facilitación de elementos para la masiva captación de ahorro, en la verificación de la contabilidad [-conducta posterior a las culpables señaladas en el art. 164.2 L.Co., que podrá encontrar sanción en otros ámbitos, pero no en el concursal-] y en la verificación de real valor de la obra de arte, fijado libremente por los clientes dentro de un lícito contrato de compra de obras de arte con compromiso de venta por Arte y Naturaleza, S.L. o, en su defecto, recompra por ésta.

#### **UNDÉCIMO.- Alcance objetivo de la declaración culpable.**

A.- Por todo ello, procede fijar el alcance objetivo de la declaración de culpabilidad y de conformidad con lo dispuesto en el nº 2 del art. 172.2 L.Co. es preciso ordenar la inhabilitación de 1º D. Guillermo García del Toro para administrar bienes ajenos durante el periodo de 15 años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo; y ello dada la gravedad de los hechos, el enorme número de personas afectadas y el volumen de pasivo no provisionado excluido de la contabilidad, la importancia de los mismos en relación con el evidente perjuicio patrimonial causado a los acreedores, a la íntima relación causal entre las conductas de los consejeros y la causación y agravación de la insolvencia.

B.- Del mismo modo y de conformidad con el nº 3 del art. 172.2 L.Co. es necesario declarar la pérdida por <sup>1.-</sup> D. Guillermo García del Toro, de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio.

C.- No solicitada cuantía indemnizatoria por el cauce del art. 172.2.3ª L.Co., nada procede acordar.

D.- Procede, por ello, la absolución de los demás codemandados.

**DUODÉCIMO.- Responsabilidad concursal [art. 172.bis L.Co.; anterior art. 172.3 L.Co.].**

A.- Solicita tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal la condena de los demandados a la cobertura del déficit concursal, de tal modo que respondan con sus bienes propios del pago de créditos concursales y contra la masa cuya satisfacción no se alcance dentro del concurso.

B.- Siguiendo en este punto a la doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 1S.4.2013 [ROJ: SAP B 4377/2013], en exposición ordenada de los elementos fundamentales de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad por déficit, puede afirmarse:

1.- que la condena de los administradores sociales a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos de acreedores concursales y contra la masa no es una consecuencia necesaria de la culpabilidad concursal, sino que ello requiere una *"justificación añadida"*;

2.- que la exigibilidad de dicha responsabilidad requiere ostentar la condición de administrador o liquidador o apoderado, que el concurso sea calificado como culpable; que se abra la fase de liquidación, y que existan créditos fallidos o déficit concursal, cualquiera que sea la fecha de su devengo;

3.- que la responsabilidad por déficit presenta una naturaleza resarcitoria por daño [-STS 56/2011, de 23 de febrero, y 615/2011, de 12 de septiembre-] derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave; tratándose de un supuesto de responsabilidad personal, subsidiaria y por deuda ajena, en cuanto se extienden al administrador social las deudas sociales por el daño causado indirectamente a los acreedores en la parte del crédito no satisfecho en el concurso;

4.- que la *"justificación añadida"* necesita apreciar en los administradores sociales una especial reprochabilidad en su comportamiento, de tal modo que la condena al déficit exige que el Juez valore, conforme a "criterios normativos" los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la conducta que fundamenta la culpabilidad;

5.- que como tales causas lo son de resultado [art. 164.1 L.Co.] y de mera actividad [art.164.2 L.Co. y art. 165 L.Co.] la valoración de los elementos subjetivos y objetivos de la conducta de cada administrador tendrá distinto alcance según la causa apreciada; por ello no será precisa la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso de los supuestos del art. 164.2 L.Co. y art. 165 L.Co. [SSTS de 21 de mayo -ROJ: STS 4441/2012 - y 29 de junio de 2012 -ROJ: STS 4589/2012]; en este sentido señala la citada Sentencia de la Audiencia

Provincial que “...a estructura de imputación del art. 165 LC únicamente atiende a la realización del acto y al establecer una presunción de dolo o culpa grave la misma alcanza tanto a la culpabilidad como al agravamiento de la insolvencia, de manera que no es necesario, para que opere la presunción, que las conductas contempladas en cada uno de sus ordinales hayan generado o agravado la insolvencia...”;

6.- que la apreciación de esta especial responsabilidad en sede concursal presenta una amplia discrecionalidad judicial, tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo, lo que exige determinar qué factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador y no determinados por el Legislador;

y 7.- que entre los factores que modulan dicha discrecionalidad debe tenerse en cuenta tanto la gravedad objetiva de la conducta como el grado de participación del condenado en los hechos que determinen la culpabilidad concursal, a los que pueden añadirse otros criterios; y entre estos el Tribunal Supremo excluye la relación causal entre la conducta y la causación de la insolvencia, criterio sí valorado por la Audiencia de Barcelona si el tipo de culpabilidad apreciado exige tal resultado.

C.- Así expuesto telegráficamente el régimen de la responsabilidad por déficit resulta, a los efectos que nos ocupan, que siendo imputable al órgano unipersonal de la sociedad concursada los actos y omisiones de sus administradores que determinan la calificación culpable [en cuanto todos ellos relacionados con la llevanza, aprobación y formulación de la contabilidad y cuentas anuales-], la condena individual de éstos por déficit ajeno exige la apreciación en el comportamiento de cada administrador social o apoderado de cierto grado de ilicitud, la cual debe valorarse acudiendo a “*criterios normativos*”, esto es, establecidos en normas jurídicas, acudiendo la reciente jurisprudencia a la configuración legal de los deberes de administradores recogida en los arts. 225 y ss de la Ley de Sociedades de Capital; señalando la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 22.4.2014 [ROJ: SAP IB 907/2014], tras recordar la vinculación orgánica de la sociedad por los actos que los administradores lleven a cabo en el ejercicio de sus competencias y que guarden una relación objetiva con el desarrollo del objeto social, y tras recordar que los administradores se encuentran sometidos a un peculiar régimen de responsabilidad por daños causados por actos ilícitos por contrarios a la Ley o a los estatutos o por actos negligentes, procede a razonar y poner el acento tanto en los supuestos de responsabilidad por actos realizados “...*incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo...*” [-como son los de diligencia y cuidado a valorar según el estándar del “*ordenado empresario*” y al rigor y profesionalidad que debe regir su labor-], como a examinar la exigible actuación como “*representante leal*” de la que derivan los deberes de lealtad o fidelidad; de tal modo que el incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad y la realización de actos de salida fraudulenta de bienes del patrimonio con conductas contrarias a un actuar profesional, riguroso y diligente.

Siendo ello así, no puede sino concluirse que la omisión de la debida llevanza de la contabilidad, la existencia de doble contabilidad y la presencia de irregularidades relevantes en la misma, supone una desatención negligente de los deberes esenciales del administrador social; por lo que puede y debe apreciarse en la conducta del administrador único, valorada conforme a Derecho, la justificación añadida exigida por la jurisprudencia.

De igual modo resulta que limitadas la conductas culpables a las indicadas, las conductas imputadas a los demás codemandados –sea a título de autoría, sea a título de complicidad- no resultan relevantes para la causación o agravación de la insolvencia.

Limitado por las partes acusadoras la cobertura del déficit al 70% del mismo, a ello debe condenarse al administrador concursal único.

#### **DECIMOTERCERO.- Costas.**

En materia de costas, conforme a lo previsto en el art. 394 y concordantes de L.E.C en relación con el artículo 196 de la LC, no procede hacer imposición de las costas al concurrir serias dudas de hecho y de Derecho, al aparecer fundada la extensión de responsabilidad en hechos y circunstancias que convierten la acción de responsabilidad de la Administración concursal en legítimo ejercicio de los intereses de la masa activa.

Respecto del Ministerio Fiscal, de conformidad con el Art. 394 de la L.E.Civil y ss, no procede hacer imposición de las costas.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que estimando parcialmente la demanda de calificación, actuando:

● Como demandantes de calificación culpable:

- la **ADMINISTRACION CONCURSAL**, representada por el Letrado administrador D. José María de la Cruz Bertolo;
- el **MINISTERIO FISCAL**;

● Como coadyuvantes de la calificación culpable del concurso:

- 1.- **D. MANUEL GUTIÉRREZ ALFONSO Y OTROS**, representada por la Procuradora Sra. Gutiérrez Acebes y asistidos del Letrado D. Raúl Núñez Oyarzabal;
- 2.- **D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN LÓPEZ y OTROS**, representadas por el Procurador Sr. Vázquez Guillén;
- 3.- **DÑA FELIPA BONILLA GRANDE Y OTROS**, representadas por el Procurador Sr. Lorente Zurdo y asistidas de la Letrado Dña. María de los Ángeles García García;
- 4.- **D. JOAQUÍN JURDADO CASADO**, representado por la Procuradora Sra. Herrada Martín y asistido del Letrado D. Armando Palmerín Amieis;
- 5.- **DÑA. ALICIA GARCÍA FERNÁNDEZ**, representada de la Procuradora Sra. Leiva Cavero y asistida de Letrado desconocido;
- 6.- **DÑA. MARGARITA GISELA GONZÁLEZ BARATAS y OTROS**, representados por la Procuradora Sra. De Donesteve y Velázquez-Gaztelu y asistidos de la Letrado Dña. Clara Serrano Nebrera;
- 7.- **D. JUAN JOSÉ DE BLAS HERRÁEZ y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Calvo Ruiz y asistidos del Letrado D. Avelino Alonso Mate;
- 8.- **ORGANIZACIÓN DE CONSUMODIRES Y USUARIOS (O.C.U.)**, representada por la Procuradora Sra. De Zulueta Luschingeringer y asistida del Letrado D. Ricardo Ibáñez Castresana;

● Como demandados y personas afectadas por la calificación:



- contra la concursada **ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.**, declarada en concurso en proceso nº 505/06 de éste Juzgado, representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida del Letrado D. Pedro L. Elvira Martínez;

- contra <sup>1.º</sup> **D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO**, representado por el Procurador Sr. Cabezas Llamas y asistido del Letrado D. Sergio A. Hidalgo Alonso;

- contra <sup>2.º</sup> **D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ**, no comparecido;

- contra <sup>3.º</sup> **DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO**, no comparecida;

- contra <sup>4.º</sup> **D. ANDRÉS MACHO HENARES**, representado por la Procuradora Sra. De la Fuente Bravo y asistido del Letrado D. Antonio Pardinás Sanz;

- contra <sup>5.º</sup> **D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ**, representada por la Procuradora Sra. Ruiz de Luna González y asistida del Letrado D. José Luis Vallejo Fernández,

- contra <sup>6.º</sup> **D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA**, representado por la Procuradora Sra. Sánchez Vera y asistido del Letrado desconocido y no identificado;

- contra <sup>7.º</sup> **D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ**, representado por la Procuradora Sra. Romero González y asistido del Letrado D. Iván Francisco Pérez Taiján;

- contra <sup>8.º</sup> **D. MARIO MARINA DIMAS**, representado por el Procurador Sr. Fernández Castro y asistido del Letrado D. Nicolás González-Cuéllar Serrano;

- contra <sup>9.º</sup> **D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ**, sucedido universalmente por causa de muerte por sus hijas y herederas **DÑA. BEATRIZ PALACIOS DIEZ** y **DÑA. MÓNICA PALACIOS DIEZ**, representadas por el Procurador Sr. Martínez Espinar y asistidas del Letrado D. José Ignacio Zaera Blanco;

; y calificando como **CULPABLE** el concurso de **ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.**, debo acordar en consecuencia:

a) **desestimar** las pretensiones formuladas contra:

- contra <sup>2.º</sup> **D. RAÚL GARCÍA LÓPEZ**, no comparecido;

- contra <sup>3.º</sup> **DÑA. ALBA MARÍA GARCÍA DE SANTIAGO**, no comparecida;

- contra <sup>4.º</sup> **D. ANDRÉS MACHO HENARES**, representado por la Procuradora Sra. De la Fuente Bravo y asistido del Letrado D. Antonio Pardinás Sanz;

- contra <sup>5.º</sup> **D. FRANCISCO MIGUEL CANO LÓPEZ**, representada por la Procuradora Sra. Ruiz de Luna González y asistida del Letrado D. José Luis Vallejo Fernández,

- contra <sup>6.º</sup> **D. FERNANDO SENEN CARRERA CORREA**, representado por la Procuradora Sra. Sánchez Vera y asistido del Letrado desconocido y no identificado;

- contra <sup>7.º</sup> **D. CARLOS MARTÍN GUTIÉRREZ**, representado por la Procuradora Sra. Romero González y asistido del Letrado D. Iván Francisco Pérez Taiján;

- contra <sup>8.º</sup> **D. MARIO MARINA DIMAS**, representado por el Procurador Sr. Fernández Castro y asistido del Letrado D. Nicolás González-Cuéllar Serrano;

- contra <sup>9.º</sup> **D. MIGUEL PALACIOS MASSÓ**, sucedido universalmente por causa de muerte por sus hijas y herederas **DÑA. BEATRIZ PALACIOS DIEZ** y **DÑA. MÓNICA PALACIOS DIEZ**, representadas por el Procurador Sr. Martínez Espinar y asistidas del Letrado D. José Ignacio Zaera Blanco;

sin hacer imposición de las costas;

b) **determinar** como **persona afectada** como persona afectada por la calificación del concurso a <sup>1.º</sup> **D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO**;

c) **inhabilitar** a <sup>1.º</sup> **D. JGUILLERMO GARCÍA DEL TORO** por el plazo de quince años (15) años desde la firmeza de ésta Resolución, para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención

administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; y siendo firme la presente Resolución, librese mandamiento al Registro Mercantil y exhorto al Registro Civil donde conste el nacimiento del inhabilitado para hacer constar tales limitaciones a la capacidad civil.

**d) condenar a 1- D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio;**

**e) condenar a 1- D. GUILLERMO GARCÍA DEL TORO a que pague a los acreedores concursales y contra la masa, en concepto de **déficit patrimonial**, el 70,00% de la cantidad que se precise para satisfacer el total de los créditos concursales y contra la masa [-estos con los intereses ejecutorios del art. 576 L.E.Civil-] que no resulten satisfechos con ocasión de la liquidación de la masa activa, valorados prudencialmente en la cantidad de 283.013.032,42.-€, y que se determinará definitivamente por el cauce del art. 152.2 L.Co.;**

**f) no se hace especial condena en costas.**

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, es susceptible de **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, a preparar en el plazo de **VEINTE DIAS** a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución; y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), la interposición del recurso de apelación, **será precisa la consignación como depósito** de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-00-0137\_0125\_12] en la entidad Banesto y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito **no deberá consignarse** cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

**No se admitirá a trámite** ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera **simultáneamente** más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

E\

## PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.

