



Roj: **SJM GC 92/2011 - ECLI: ES:JMGC:2011:92**

Id Cendoj: **35016470012011100006**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2011**

Nº de Recurso: **21/2006**

Nº de Resolución: **136/2011**

Procedimiento: **Otros**

Ponente: **JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

2 Vanyera 3, S.L. (en Liquidación)

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA**

Sentencia núm.: **136/2011**

Procedimiento: **Concurso nº 21/2006 - Sección 6ª**

Objeto del juicio: **Calificación. Incumplimiento de convenio. Deber de liquidar**

Concurzada: **Vanyera 3, S.L. (en liquidación)**

Procurador: D.ª María del Carmen Benítez López

Parte necesaria: **Administración concursal**

Parte necesaria: **Ministerio Fiscal**

Oponente: D. Artemio

Procurador: D. Gerardo Pérez Almeida

Letrado: D. Rafael Monsalve del Castillo

Oponente: D.ª Raimunda

Procurador: D. Gerardo Pérez Almeida

Letrado: D. José-Ignacio Nestares Pleguezuelo

Oponente: **Vanyera, S.A.**

Procurador: D. Gerardo Pérez Almeida

Letrado: D. Salvador Cuyás Jorge

Interviniente: **Agrupapas, S.L.**

Procurador: D. Francisco Neyra Cruz

Letrado: D. Antonio Montesdeoca Navarro

Interviniente: **Hotel Escuela Canarias, S.A.**

Procurador: D.ª María-Trinidad Leyva Jiménez

Letrado: D. José-Antonio Rodríguez Peregrina

Interviniente: **Canarias de Alimentos, S.A.**

Procurador: D.ª María del Carmen Marrero García



Letrado: D. Pedro Casado Reboiro

Interviniente: **Alimentario Argal, S.A.**

Procurador: D. Matías Trujillo Perdomo

Letrado: D. Pedro Casado Reboiro

Interviniente: **Ahumados Canarios, S.A.**

Procurador: D.^a María del Carmen Marrero García

Letrado: D. Pedro Casado Reboiro

Interviniente: **Martín Valerón, S.L.**

Procurador: D.^a Juana-Delia Hernández Déniz

Letrado: D. Javier Valentín Peñate

Interviniente: **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**

Procurador: D. Francisco de Bethencourt y Manrique de Lara

Letrado: D. César García Bravo

Intervinientes: **Gesgroup Outsourcing, S.L. ; Personal 7, E.T.T., S.A. y C.S.R. de Comercialización y Servicios, S.L.**

Procurador: D. Francisco de Bethencourt y Manrique de Lara

Letrado: D. José Mateo Faura

Interviniente: **Banco Español de Crédito, S.A.**

Procurador: D. Armando Curbelo Ortega

Letrado: D. Antonio Marrero de Armas

Interviniente: **Aldem, S.A.**

Procurador: D.^a Beatriz Cambreleng Roca

Letrado: D. Alberto González Rodríguez

Intervinientes: **Corporación de Alquileres y Ventas de Canarias, S.L. y Alimentación y Tecnología de Canarias, S.L.**

Procurador: D. Alejandro Valido Farray

Letrado: D. Francisco de Borja Rodríguez-Batllori Laffitte

Interviniente: **Comisiones Obreras de Canarias**

Sin procurador

Letrado: D. Héctor Valdivia González

Interviniente: **Asesoría Fiscal Noda y Asociados, S.L. y Caja Rural de Canarias, S. Coop. de crédito**

Procurador: D. Armando Curbelo Ortega

Letrado: D. Miguel Méndez Itarte

Interviniente: **Antonio Sánchez Romero, S.A. y Dislimp Canarias, S.L.**

Procurador: D. Ana Teresa Kozlowski

Letrado: Firma ilegible

Interviniente: **Logística de Consumo Canario, S.L.**

Procurador: D. Tomás Ramírez Hernández

Letrado: Firma ilegible

En nombre del Rey, el Magistrado Ilmo. Sr. D. **JesúsAlemanyEguidazu**

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a dieciocho de julio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

ANTECEDENTES PROCESALES

I. Formación de la sección sexta.- Por Sentencia 160/2007, de 26 de octubre se dispuso la formación de la sección de calificación en este concurso, conforme al artículo 167.1 de la Ley Concursal .

II. Archivo de la sección de calificación.- Atendiendo al artículo 170 de la Ley Concursal , dado que el informe de la administración concursal y el dictamen que emitió el Ministerio Fiscal coincidieron en calificar el concurso como fortuito, por Auto de 4 de abril de 2008, sin más trámites, se ordenó el archivo de las actuaciones.

III. Reapertura de la sección de calificación.- Mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2009, el deudor pidió la liquidación porque, durante la vigencia del convenio, conoció la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (art. 142.3 LC). La fase de liquidación fue abierta por Auto de 26 de marzo de 2009, con reapertura de la sección de calificación (art. 167.2-1º LC).

IV. Personación.- Se personaron los acreedores o personas que acreditaron *interés legítimo* (art. 168 LC), que figuran en el encabezamiento. No obstante, respecto al *sindicato de trabajadores* , no consta que se hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, ni se defienden en esta sección derechos individuales derivados del contrato de trabajo por lo que, la admisión de su personación fue indebida, lo que se deja señalado en este momento procesal a mayor abundamiento, dado el sentido del fallo.

V.- Informe de la administración concursal.- Conforme al artículo 169.1 de la Ley Concursal , el 31 de marzo de 2010, la administración concursal presentó un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de calificación del concurso como *culpable* . El informe expresaba la identidad de las personas a las que debía afectar la calificación, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieran causado por las personas anteriores.

VI. Informe del Ministerio Fiscal.- Siguiendo el artículo 169.2 de la Ley Concursal , una vez unido el informe de la administración concursal, se dio traslado del contenido de la sección sexta reabierta al Ministerio Fiscal para que emitiera dictamen. El Ministerio Fiscal emitió dictamen con entrada en este Juzgado el 28 de junio de 2010, solicitando la calificación como *culpable* y remitiéndose *in totum* a los motivos esgrimidos por la administración concursal.

VII. Tramitación de la sección.- Por el artículo 170 de la Ley Concursal , dado que el informe de la administración concursal y el dictamen que emitió el Ministerio Fiscal no coincidieron en calificar el concurso como fortuito, por providencia de 22 de julio de 2010, el tribunal dio audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenó emplazar a todas las personas que, según resultaba de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que comparecieran en la sección por no haberlo hecho con anterioridad. Habiendo comparecido en plazo los anteriores, se les dio vista del contenido de la sección para que alegaran cuanto conviniera a su derecho.

VIII. Oposición a la calificación.- El comparecido D. Artemio formuló oposición el 20 de abril de 2011, D.ª Raimunda el 20 de abril de 2011 y Vanyera, S.A. el 4 de octubre de 2010; por lo que, a tenor del artículo 171.1 de la Ley Concursal , la oposición se sustanció por los trámites del mismo incidente concursal, citando a la vista.

IX. Vista.- La vista se ha celebrado el 30 de junio (en sesión de mañana y tarde) y 1 de julio de 2010, con la *asistencia* de todas las partes necesarias, mas no de las voluntarias, lo que tiene el valor de *desistimiento* (art. 171.1 en relación con el 194.4 LC y disp. final Quinta LC en relación con el art. 442.1 LEC). El **Ministerio Fiscal** se ausentó al término de la sesión matinal inicial, tras haberse ratificado en su dictamen. La *prueba* propuesta y admitida fue la *documental* , el *interrogatorio* de D. Artemio y el de Vanyera, S.A. en la persona de D. Artemio (administrador único de Vanyera, S.A.); las *testificales* de D. Celestino (responsable de administración de la concursada), D. Florian (jefe de personal de la concursada), D. Luciano (socio de la firma Ernst & Young, auditora del deudor), Satocán, S.A. en la persona de D. Severiano , D. Juan Pedro , Construcciones Hermanos Suárez Canarias, S.L. en la persona de D.ª Esther , Café Ortega, S.A. en la persona de D. Luis Andrés , Capital Partners Global Services, S.L. en la persona de D. Daniel , Panrico Donuts Canarias, S.A.U. en la persona de D. Heraclio , y las *periciales* de D. Miguel (economista y censor jurado de cuentas, designado por D. Artemio) y de D. Cirilo (economista y censor jurado de cuentas, designado por Vanyera, S.A.); con el resultado que obra en autos y en el correspondiente soporte audiovisual. Se inadmitió el *dictamen jurídico* de los profesores Olivencia e Hidalgo, presentado por los oponentes, al estimarse el recurso de reposición



interpuesto por la administración concursal contra la admisión como prueba documental (v. SSTs 1ª 110/2002, 18-2; 886/2008, 8-10 y 103/2009, 23-2); si bien debe aclararse que el dictamen ha sido integrado parcialmente en las alegaciones que forman el cuerpo de los escritos de oposición, por lo que, aunque decaiga el dictamen, se mantiene la alegación. Tras la práctica de la prueba y previo a las conclusiones, la administración concursal **desistió** de la imputación frente a D.ª Raimunda . Las partes formularon sus **conclusiones** , quedando el pleito visto para sentencia.

X. Siglario de esta sentencia: " **CC** ", Código Civil; " **CCom** ", Código de Comercio; " **LC** ", Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; " **LSA** ", Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; " **LSC** ", Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; " **LSL** ", Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; " **LEC** ", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; " **SAP** ", Sentencia de la Audiencia Provincial, sección; " **SJM** ", Sentencia del Juzgado de lo Mercantil; y " **STS 1ª** ", sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera.

XI. En la **sustanciación** del incidente se tienen por observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE JUICIO

Los antecedentes procesales responden al artículo 167.2 de la Ley Concursal , que establece: «Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un **convenio** con el contenido previsto en el número 1.º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare **incumplido** , se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar».

En efecto, la Ley Concursal configura un **juicio de calificación sumario** porque reduce la **cognición** judicial a las *causas del incumplimiento* del convenio y a las *responsabilidades* por tal incumplimiento, al tiempo que limita las **alegaciones** de las partes: «En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado» (art. 168.2 LC). En el mismo sentido, «en los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable » (art. 169.3 LC).

En **interpretación literal** del artículo 169.3, la conjunción "y" es copulativa, no disyuntiva, luego este inciso no abre paso a que la administración concursal o el Ministerio público aduzcan supuestos de culpabilidad distintos al incumplimiento imputable del convenio. La interpretación literal se refuerza con la **sistemática** (art. 3.1 CC) porque el artículo 169.3 no amplía el juicio de calificación sumario delimitado en los artículos 167.2 y 168.2 de la Ley Concursal . También por el contexto normativo, la copulativa "y" no solo significa adición sino también **causalidad** entre «las causas del incumplimiento» y «si el concurso debe ser calificado como culpable», esto es, que el concurso solo puede ser declarado culpable puesto en relación con el incumplimiento imputable del convenio (sobre el significado copulativo-causal v. RAE, *Nueva gramática de la lengua española* , 2009, §31.2l y §31.2m; y Camacho, en Bosque/Demonte, *Gramática descriptiva de la Lengua española* , 1999, §41.2).

En consecuencia, visto especialmente el contenido de los escritos acusatorios de los intervinientes desistidos, es oportuno precisar que todas las alegaciones al margen del objeto delimitado por la Ley para la sección reabierta son extravagantes y no pueden conformar el objeto de este juicio de calificación especial. Lo anterior no impide valorar **hechos anteriores** a la aprobación del convenio siempre que fueren relevantes para determinar las causas de su incumplimiento (así, García-Cruces, en Rojo/Beltrán, *ComLC* , 2004, p. 2550 y García Martínez, en AA.VV., *Tratado Práctico Concursal* , IV, 2009, pp. 142-145). Lo que no cabe es obviar el principio de **preclusión** como institución general del proceso civil -«la preclusión es la pérdida de la facultad para proponer alegaciones, de la facultad de contender» (Chiovenda, *Instituciones* , §116)-, del que la reapertura de la sección es una manifestación legal, y exhumar tales hechos anteriores para sustentar directamente en ellos una calificación de culpabilidad con independencia del incumplimiento imputable del convenio.

Así, en la **calificación inicial** el concurso se declaró **fortuito** porque en este sentido se informó por la administración concursal (informe de 10 de enero de 2008) y por el Ministerio Fiscal (dictamen de 27 de



enero de 2008), quedando vinculado el tribunal por la coincidencia de pareceres (art. 170.1 LC). Bien distintamente y con doble rasero para los motivos imputados que luego especificaremos, que entonces no se entendieron suficientemente relevantes para sostener un informe de culpabilidad del socio mayoritario y de la administración social salientes, ahora la administración concursal reputa el concurso culpable por las razones expuestas en el informe de calificación. El Ministerio Fiscal en sus dictámenes se remitió entonces y ahora al informe de la administración concursal, sin haber llegado a valorar la prueba practicada en la vista celebrada recientemente.

II

RÉGIMEN APLICABLE A LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN REABIERTA

A) Normas aplicables.- En el supuesto que juzgamos, la liquidación por incumplimiento del convenio no se abrió de oficio (art. 143 LC), lo que hubiera llevado a una calificación *ipso iure* de culpabilidad (art. 164.2-3º LC); sino a **petición del deudor** (art. 142.3 LC), eludiéndose la anterior regla indefectible de calificación culpable.

Cuando la liquidación se produce a petición del deudor que conoce de la imposibilidad de cumplir el convenio, propugnamos que **los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal no son aplicables**, sino que deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 167.2 y 169.3 y, con mayor precisión todavía, en el artículo 168.2 que nos da la razón clave de una eventual culpabilidad en las secciones de calificación reabiertas: «si el concurso debe ser calificado como culpable **en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado** ». Los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 son suficientemente claros, unívocos y reiterados.

En el mismo sentido, sin conexión con los supuestos generales de concurso culpable, el Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983 prescribía que «si el incumplimiento se debiera a culpa del deudor, el concurso será calificado como culpable» y, a diferencia del silencio de la Ley Concursal, establecía una presunción específica y absoluta de incumplimiento por culpa: «En todo caso, se considerará incumplido con culpa cuando el deudor inhabilitado haya asumido de hecho la administración y gestión de su patrimonio» (art. 239 II). Igualmente, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se declaraba que «en caso de incumplimiento del convenio, el concurso se calificará como culpable cuando en ese incumplimiento hubiera existido dolo o culpa del deudor» (art. 216.1) y, con claridad se disponía que «los escritos de los interesados que se personen, el informe de los síndicos y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable por concurrir la circunstancia a que se refiere el apartado anterior» (art. 216.2), pero no por otras circunstancias. En cuanto a los trabajos preparatorios, el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de noviembre de 2000 y el de 7 de septiembre de 2001, así como el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, no contenían diferencias en esta materia con el texto definitivamente aprobado, salvo que ahora se aclara la condición de "parte" de los personados voluntariamente.

Desde luego, no cabe descartar la aplicación de los supuestos y presunciones generales de calificación en casos patológicos como el del **convenio fraudulento** para evitar la apertura de la calificación. No obstante, por las circunstancias que luego exponemos, si es que hubiera habido algún fraude de ley, tendría que imputarse al socio mayoritario y a la administración social salientes que, con la oposición de D. Artemio, promovieron y aprobaron el convenio luego incumplido.

B) Interpretación del supuesto de hecho.- El **convenio** es un *negocio jurídico* entre el concursado y la colectividad de los acreedores ordinarios. Cuando los efectos del concurso han cesado (art. 133.2 LC), luego también las presunciones concursales, el juicio de **incumplimiento** del convenio debe atenerse al Derecho de contratos. Decimos que "paga" o cumple el que hizo lo que prometió hacer (Ulpiano, D. 50, 16, 176). El incumplimiento es la contravención «de cualquier modo» del tenor de la obligación (art. 1101 CC), en otras palabras, cualquier "falta de conformidad" con lo comprometido (cf. STS 1ª 18/2008, 17-1). En el *Borrador del Marco Común de Referencia* de 2009, de los *Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo*, el incumplimiento (*non-performance*), en relación con una obligación, significa cualquier fallo en el cumplimiento de la obligación, sea o no excusable [art. III.- 1:102:(3) pr. del Borrador].

Ahora bien, por exigencia de la Ley Concursal, el incumplimiento del convenio que puede llevar a calificar un concurso como culpable es el incumplimiento « **imputable al concursado** » (art. 168.2 *in fine* LC, también requiere «causa imputable» el incumplimiento del convenio declarado de oficio ex art. 164.2-3º LC).

El incumplimiento imputable del convenio se configura como un supuesto **especial** y autónomo de culpabilidad del concurso, sin que proceda añadirle requisitos putativos para achicar el *factum* suficiente para generar responsabilidad. Así, no compartimos la tesis de los oponentes de que, trasladando aquí el artículo 164.1 de la Ley Concursal, al incumplimiento del convenio deba acumularse necesariamente una generación o agravación de la insolvencia (elemento objetivo), dolosa o gravemente culposa (elemento



subjetivo cualificado), esto es, discrepamos de que el incumplimiento será relevante si y solo si estuviera causado por insolvencia generada o agravada por dolo o culpa grave del concursado.

Desde luego, la **insolvencia** generada o agravada podrá, en su caso, ocasionar el incumplimiento o una liquidación en condiciones menos ventajosas para los acreedores. Los oponentes dan por supuesta la aplicación del artículo 164.1 de la Ley Concursal y, al menos, hay dos argumentos que abonarían esta primera impresión: (a) el artículo 163.1-2º ordena formar la sección de calificación «en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación»; y (b) el artículo 169.3 podría interpretarse como presuponiendo un doble contenido de los informes de calificación: «[1º] causas del incumplimiento [del convenio] y [2º] si el concurso debe ser calificado como culpable». Sin embargo, tales argumentos son refutables fácilmente por lo siguiente: (a) el artículo 163.1-2º de la Ley Concursal no es aplicable porque queda abducido por el apartado 1 del artículo 167, siendo el apartado 2 del artículo 167 el que establece un subsistema especial para el caso de incumplimiento del convenio; y (b) el artículo 169.3 tiene sentido causal y no puramente conjuntivo, como se explica el Fundamento antecedente. En materia de calificación por incumplimiento del convenio lo determinante solo es la existencia de un incumplimiento imputable, derivado o no de una situación de insolvencia (v. gr. igualmente imputable es el incumplimiento del deudor de economía solvente pero rebelde al cumplimiento).

Asimismo, en el plano fáctico, los hechos que detonan las **presunciones** absolutas de concurso culpable (art. 164.2 LC) o las presunciones relativas de dolo o culpa grave (art. 165 LC) podrían constituir, además, las causas del incumplimiento del convenio. Sin embargo, para los juicios de causalidad e imputación del incumplimiento del convenio el intérprete no puede valerse de estas presunciones porque tal proceder no encuentra amparo legal. Por el contrario, la Ley Concursal es clara en que deben analizarse las causas y la imputación del incumplimiento, sin que establezca presunciones de incumplimiento de convenio o de responsabilidad por su incumplimiento.

Tampoco exige el texto de la Ley que medie **dolo o culpa grave** del deudor. No obstante, se deduce del contexto normativo y de la propia expresión «concurso culpable» que el sistema de responsabilidad por incumplimiento del convenio es *subjetivista*, conforme al patrón del ordenado empresario (art. 225 LSC) y no de responsabilidad objetiva o por el simple incumplimiento. Ciertamente, en las infracciones de deberes de lealtad normalmente (no necesariamente) acompañará el dolo. Además, en el ámbito empresarial convendría reconocer una cierta discrecionalidad comercial al administrador. Con todo, cabe imaginar incumplimientos del convenio que no vengan causados por deslealtades o por decisiones de negocio erróneas, para los que bastará la inadecuación al patrón general de diligencia del ordenado empresario, aunque la culpa no sea grave.

III

CUMPLIMIENTO RETRASADO DEL DEBER DE PEDIR LA LIQUIDACIÓN

Por su relevancia, analizamos antes que otras la cuestión de si la **petición de liquidación tardía** puede considerarse *per se* un incumplimiento imputable del convenio y si en el caso concreto el retraso fue jurídicamente relevante.

A) Responsabilidad por no solicitar la liquidación en tiempo oportuno.- En general, cuando una compañía es **claramente solvente** los administradores no están obligados a anteponer o considerar el interés de los acreedores. Se asume que el giro o tráfico generará suficientes fondos para que la compañía haga frente a todas sus responsabilidades. Por el contrario, cuando una compañía es **claramente insolvente**, los administradores deben anteponer los intereses de los acreedores a los de los socios.

En torno al fenómeno de la responsabilidad por comercio desordenado (**wrongful trading**), se advierte el conflicto de intereses entre los socios y los acreedores en momentos próximos a la insolvencia y dentro ya del propio concurso, con riesgo de prolongación indebida de empresas cuyo mejor destino es la liquidación. Los socios, acorralados, tienen poco que perder si la sociedad quiebra o se liquida definitivamente y mucho que ganar si la sociedad se recupera, con lo que se ven incentivados a conductas que exceden el riesgo empresarial razonable ("de perdidos, al río"). Además, a veces y especialmente en grupos societarios, la sociedad dominante abusa de la prestación de servicios por la sociedad dominada o percibe de ella rentas en condiciones más favorables a las de mercado. El deseo de los socios será prolongar al máximo esta situación. La doctrina del **wrongful trading** hace responsables a los administradores sociales que continúan con la explotación de la empresa cuando la insolvencia era previsible y, posteriormente, se liquida la sociedad en el marco de un procedimiento concursal sin que haya patrimonio suficiente para pagar a los acreedores.

Para evitar la prolongación indebida de la actividad societaria, como **sistemas de protección de los acreedores**, el Derecho de sociedades (art. 367 LSC) y el concursal (arts. 165-1º LC) sancionan a los administradores que incumplen el deber de disolución o de solicitud de concurso. La forma en que el Derecho concursal protege a los acreedores pasa, habitualmente, por asumir que los administradores sociales tienen deberes



de lealtad frente a los acreedores sociales y responden personalmente por las deudas sociales en caso de incumplimiento de tales deberes que les obligan a abrir el procedimiento de liquidación en lugar de continuar con la explotación de la empresa social. Así, hallamos sanciones parecidas en el Derecho comparado, bien bajo reglas de mantenimiento del capital o, con un enfoque más funcional, mediante la imposición de deberes de conducta a los administradores en situaciones de insolvencia: doctrina del *wrongful trading* de la sección 214 Insolvency Act (1986) inglesa, siendo esta una regla recomendada en el *Informe Winter*, 2002, pp. 68-69 y 86-88; la *Insolvenzverschleppungshaftung*, basada en la infracción del deber de solicitar el concurso del §64(1) GmbHG y §92(2) AktG, incluso con responsabilidad penal según §15a Insolvenzordnung alemana; la *responsabilité pour insuffisance d'actif* del artículo L-651 Code de Commerce francés, etc. Otras soluciones que habilita el Derecho concursal son la posibilidad de instar el concurso necesario, la de rescindir operaciones perjudiciales para la masa, etcétera.

De lege ferenda, quizá convendría prever las consecuencias de la **infracción del deber de solicitar la liquidación en tiempo oportuno**, es decir, establecer la responsabilidad por causar una "liquidación insolvente" o una liquidación sobre activos imprudentemente disminuidos y, en concreto, imponer al concursado un deber de liquidación anticipada. Lo anterior con todos los matices que pueden encontrarse en el Derecho comparado, porque entre una situación de clara solvencia o clara insolvencia media una zona gris y porque tampoco es misión del Derecho concursal, en lo que tiene de Derecho privado (la mayor parte), sobreproteger a acreedores que no cuidan de sí mismos y, en concreto, que no piden la liquidación cuando puedan hacerlo (caso del art. 142.4 LC).

B) Regulación concursal.- El artículo 142.3 de la Ley Concursal establece: «El deudor **deberá pedir la liquidación** cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél». Se trata de un supuesto intermedio entre la liquidación voluntaria (art. 142.1 y 2) y la liquidación necesaria (art. 143 LC).

a) Liquidación de oficio.- Es culpable el concurso «cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado» (arts. 143.1-5º y 164.2-3º LC).

b) Liquidación a solicitud del acreedor.- También, en opinión de autorizada doctrina, es culpable el concurso si se abriera la liquidación a consecuencia del incumplimiento del deber de instar la liquidación, a *solicitud del acreedor* (art. 142.4 LC ; Beltrán, en Rojo/Beltrán, *ComLC*, 2004, p. 2310, admitiendo la contraprueba del dolo o culpa grave, con fundamento en el incumplimiento del deber de colaboración del art. 165-2º LC y la «sustancial identidad» con el incumplimiento del deber de instar el concurso del art. 165-1º LC). No obstante, *obiter dicta*, vemos difícil cohonestar la defensa de una supuesta naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal con su extensión a supuestos no previstos expresamente.

c) Apertura de la liquidación a solicitud del deudor .- En el supuesto que juzgamos (art. 142.3 LC), si la petición de la liquidación fuera tardía o, dicho de otro modo, si se apreciara el cumplimiento retrasado del deber de instar la liquidación, podría alcanzarse una calificación de *culpabilidad*. El retraso en la petición de liquidación es susceptible de menguar el dividendo concursal de los acreedores, reduciendo la satisfacción de sus créditos y, en definitiva, ocasionando el incumplimiento (parcial o total) e imputable del convenio.

Ahora bien, en la predicación de esta responsabilidad no puede prescindirse del juicio de causalidad e imputación del incumplimiento. Las vías para establecer el nexo causal y para imputar responsabilidad son, en su caso, las normas de la *responsabilidad contractual*. No son los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal por los siguientes cánones hermenéuticos:

(a) Literalmente, los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal son inaplicables porque no afrontan la cuestión del incumplimiento imputable del convenio (v. Fundamento II antecedente), salvo en el caso distinto al presente de la liquidación necesaria (art. 164.2-3º LC).

(b) Aunque se considerara que tales normas son aplicables (*quod non*), la apertura de la liquidación a petición del deudor quedaría en el espacio jurídico vacío - *ubi lex voluit dixit, ubi noluit lacuit* (SSTS 10-3-1877 , 30-10-1976 , 840/1994 , 30-9; 901/2005 , 18-11 y 666/2007 , 4-6)-. Es más, la extensión de las normas del régimen general de calificación queda desfavorecida por el argumento *a contrario*, dada la proximidad lógica y semántica que convierte las reglas sobre la culpabilidad por liquidación *ex officio* (art. 164.2-3º LC) o por no solicitar el concurso (art. 165-1º LC) en bicondicionales por interpretación, es decir, no aplicables a otras liquidaciones o a otros deberes, máxime cuando no se ha impuesto un deber de solicitar la liquidación anticipada (art. 142 bis LC).

(c) Además, los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal deben interpretarse restrictivamente, según la regla bonifaciana *odiosa restringenda* (recibida, entre otras, en SSTS 1ª 126/1989, 15-2 , 79/1991, 6-2 , 416/1991,



31-5 y 25-1-2008) o, al menos, lo que está claramente proscrito es la interpretación extensiva, por aplicación misma del artículo 4.2 del Código Civil (STS 1ª 444/1995, 11-5 en interpretación aquí sí extensiva de la expresión «leyes penales»; implícitamente, STS 1ª 15-7-1997; *a contrario* , STS 1ª Pleno 1231/2009, 21-1).

C) Sobre la infracción del deber de solicitar la liquidación.- En la *tesisde la administración concursal* , existió incumplimiento del deber de solicitar la apertura de la liquidación porque la concursada debió pedirla dentro de los dos meses siguientes a noviembre de 2008, fecha de impago de las obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Tributaria. Adicionalmente, la administración concursal afirma que, en el ínterin que medió entre la conclusión del citado plazo de dos meses y la solicitud de la apertura de la liquidación (poco más de dos meses, según los hitos temporales manejados por la administración concursal), se produjo un agravamiento de la insolvencia de Vanyera 3, S.L. como consecuencia de que ésta « *anticipó el pago a algunos acreedores en detrimento de otros* ».

No obstante, juzgamos que **el deudor no infringió el deber de pedir la liquidación** por las siguientes razones:

(a) A diferencia del artículo 5 de la Ley Concursal , que fija el *dies aquo* en dos meses desde el conocimiento del estado de insolvencia o desde que sea «debido conocer»; el artículo 142.3 es menos riguroso pues *no impone el deber de conocimiento* . En la fecha señalada por la administración concursal, el deudor presumiblemente conoció el impago pero no «la imposibilidad de cumplir».

(b) Además, el *wrongful trading test* es objetivo-subjetivo y, por esto, también debe valorarse la escasa formación técnica de D. Artemio , cocinero antes que empresario, de suerte que sus capacidades y sus reflejos para la interpretación de la información económica, financiera o jurídica no pueden equipararse a los de una administración concursal o a los de algunos de los acreedores más cualificados.

(c) El *plazo bimensual* para solicitar el concurso no es trasladable acriticamente al deber de solicitar la liquidación. Si bien los esfuerzos de reflotamiento ante la solicitud de concurso están limitados al plazo de dos meses (*breathing period*), cabría argüir que la Ley Concursal no fija plazo para el deber de solicitar la liquidación y que interpretar que el deber es de cumplimiento inmediato supondría un defecto axiológico ya que la Ley sería más paciente ante el concurso que ante el final más grave de la liquidación.

En cualquier caso, el deudor estaba inmerso en *negociaciones* para obtener una refinanciación que pudiera haber permitido la continuidad de la actividad empresarial y quizá, en definitiva, el cumplimiento de los pagos comprometidos en el convenio y de las obligaciones contraídas con posterioridad. Si el deudor hubiera asumido en el fuero interno la inviabilidad de su empresa, a buen seguro que hubiera claudicado sin iniciar un acreditado peregrinaje ante el empresariado y la clase política canarios para lograr salvar la empresa.

No incumple su deber de pedir la liquidación o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable quien despliega esfuerzos razonables para la supervivencia de la compañía . Tanto en el momento preconcurso como en el previo a la liquidación, el reproche o la sanción debe hacerse depender de que no existieran posibilidades razonables de recuperación de la empresa social de acuerdo con el juicio de un administrador diligente, de forma que hay una suerte de "**business judgment rule**" a favor de los administradores sociales respecto a las perspectivas de reflotamiento. En la doctrina de los tribunales provinciales, la conducción de negociaciones es una exigencia decisiva en la SAP Guipúzcoa 12-11-2007 , *Lanen Urbanizaciones* . La SAP Madrid 28ª 279/2008, 18-11 , *MQM* , considera levemente culposa la conducta de aguardar un tiempo prudencial para conocer el desenlace de determinadas operaciones, luego sin posible subsunción en el artículo 164.1 de la Ley Concursal . Si la administración de una compañía insolvente, actuando con la diligencia debida por un ordenado empresario y de buena fe, sigue una estrategia comercial que cree que incrementará el valor de la compañía, aunque también implique incurrir en una deuda adicional, la administración no se convierte en garante del éxito de tal estrategia ni origina responsabilidad [en Reino Unido, *Re Sherbone* , [1995] BCC 40, 53-54 o *Re Continental Assurance* , [2001] BPIR 733, 66-68; o, en Estados Unidos, *Trenwig America Litig Trust v Ernst & Young LLP* , 906 A2d 168 (Del Ch 2006), p. 205].

(d) Además, en la imputación de responsabilidad al deudor por incumplir el deber de pedir la liquidación interfiere (*novus actus interveniens*) la propia pasividad de los acreedores que no instaron la liquidación (art. 142.4 LC), por lo que juega el criterio de prohibición de regreso (*Regreßverbot*) o puede considerarse que no es razonable imponer al deudor un deber de liquidar más intenso que el correlativo derecho a liquidar de los acreedores.

D) Inoponibilidad de la petición temporánea de la liquidación.- Finalmente, en apreciación que no beneficia a los oponentes, la solicitud de la liquidación en tiempo oportuno tampoco constituye una defensa legal frente a la imputación por el incumplimiento del convenio, de forma que los administradores sociales del deudor que solicitara tempestivamente la liquidación nunca responderían. Si el incumplimiento del convenio es imputable habrá responsabilidad, con independencia de si la petición de liquidación fue tempestiva o no.



IV

IMPUTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

En general, para predicar la **responsabilidad por incumplimiento del convenio** (atribución o imputación del incumplimiento), deben concitarse los siguientes elementos: (i) una conducta o circunstancia de las personas afectadas por la calificación; (ii) el incumplimiento del convenio; (iii) un nexo causal entre conducta/circunstancia e incumplimiento del convenio; seguidos de (iv) la subsunción del *factum* complejo anterior en la norma (arts. 167.2 , 168.2 y 169.3 LC) que es un juicio normativo que permite graduar (ampliación, limitación o neutralización) la responsabilidad por el incumplimiento.

En efecto, ninguna de las partes discute el incumplimiento del convenio, luego procede analizar, para cada una de las conductas alegadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, si causan el incumplimiento y permiten atribuírselo a las personas afectadas por la calificación.

A) Conductas alegadas por la administración concursal.- A grandes rasgos, el informe y el dictamen de calificación no producen prueba suficiente para alcanzar certeza razonable sobre la realidad de alguna de las conductas imputadas o no dan razón del nexo entre todas las conductas y el incumplimiento del convenio.

(1) Transferencias fraudulentas.- En la sección de calificación general uno de los supuestos de concurso culpable se produce «cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos» (art. 164.2-5º LC). La salida fraudulenta de activos, comúnmente, se obtiene por maquinaciones fiduciarias, por no recibir una adecuada contraprestación y, en concreto, por operaciones intragrupo con precios de transferencia inadecuados.

En cuanto a las *operaciones matriz-filial* , la administración concursal precipita la conclusión de que las operaciones intragrupo han perjudicado a la filial (Vanyera 3, S.L.) en beneficio de su matriz (Vanyera, S.A.). La queja principal de la administración concursal es un supuesto reintegro de los créditos de la matriz en perjuicio de otros acreedores. Ahora bien, la propia administración concursal se excusa por no haber podido verificar completamente los saldos por el gran volumen de operaciones entre las sociedades. Contrariamente, el Sr. Miguel arguye razonablemente que esta verificación está al alcance de cualquier profesional.

Justamente, lo que evidencian los informes de auditoría de 2007 y 2008 es la presencia de saldos cruzados y la imposibilidad de conciliar las cuentas de ambas sociedades, sin de que los mismos se desprenda un perjuicio indebido para la filial. En su dictamen pericial, convincentemente ratificado en juicio (art. 348 LEC), el Sr. Miguel concluye que *« en cuanto a los saldos existentes entre Vanyera 3, S.L. y Vanyera, S.A., no existe reintegro de la deuda concursal a favor de esta última tal y como afirma la administración concursal, sino que los apuntes contables obedecen a operaciones comerciales y financiación que tienen sustento, de un lado, en las relaciones ordinarias con Vanyera 3, S.L. y, de otro lado, en el acuerdo suscrito en 14 de diciembre de 2005. En todo caso, son operaciones bien anteriores al concurso, bien que vinieron desarrollándose en idénticos términos durante el mismo con la supervisión y consentimiento de los administradores concursales »*. Y en el dictamen del Sr. Cirilo hallamos suficiente desglose y explicación pormenorizada de la eliminación del saldo de 3,5 millones de euros a favor de Vanyera, S.A., explicando, entre otras cuestiones que (1) existen saldos por cuentas corrientes que arrojan un saldo neto global de la matriz de solo 662 626 € (v. pág. 5 del informe del Sr. Cirilo), que para el Sr. Miguel coincide aproximadamente con el importe del apunte omitido en la filial a raíz del acuerdo de accionistas de 2005 (esta omisión del apunte también ha sido explicada por D. Artemio y el Sr. Luciano). (2) A ello debe añadirse que la administración concursal ha incluido indebidamente en el saldo por operaciones comerciales, operaciones con terceros. (3) Por otra parte, el Sr. Cirilo efectúa un estudio de los mayores cuenta a cuenta, concluyendo la inexistencia de reintegros sino que las diferencias se deben a ajustes o reclasificaciones entre cuentas, no objetadas por los auditores (véanse las págs. 5 a 10 del informe). (4) Además, según escrito de 14 de junio de 2007 (doc. nº 16 de la oposición de Vanyera, S.A.), la matriz habría renunciado a 3 478 552,38 € que ostentaba contra la filial, por exigencia previa del Gobierno de Canarias para la concesión del aval. (5) En la vista, la administración concursal no pide explicaciones ni critica el dictamen del Sr. Cirilo ni, salvo por una pregunta, el del Sr. Miguel ; por lo que el tribunal debe asumir las conclusiones de estos informes con arreglo a las «reglas de la sana crítica» (art. 348 LEC). (6) Por último, las operaciones intragrupo y la operativa, que se inició por una administración social anterior a D. Artemio , mereció un informe fortuito por la administración concursal, seguido por el Ministerio Fiscal, sin que los ahora informantes expliquen la razón del cambio de criterio (v. SAP Barcelona 15ª 47/2009, 29-1 , *Rius Acon*).

Rechazamos la fraudulencia de las operaciones intragrupo por la prueba pericial practicada, sin que admitamos el argumento de los *actos propios* o del "doble rasero" ya que la calificación del concurso no es de la exclusiva disposición de la administración concursal (a lo sumo, es de la administración concursal junto con el Ministerio Fiscal ex art. 170.1 LC) y porque los informes de la sección de calificación general no causan estado en este juicio especial de calificación. Tampoco pensamos que las conductas de concurso culpable



se purifiquen por que sean similares a otras intervenidas por la administración concursal (no obstante, v. SAP Barcelona 15ª 47/2009, 29-1 , *Rius Acon*).

Respecto a D. Artemio , el informe de la administración concursal sólo recela de las operaciones matriz-filial. Los administradores concursales indican que « *en la revisión de las operaciones con el Administrador Único -D. Artemio -, esta administración concursal ha detectado que este mecanismo -el del cobro "anticipado"- no ocurre con la relación que se mantenía a nivel de [sic] contabilidad con el administrador único inscrito en el R.M.* ». Además, la conclusión tercera de la pericial del Sr. Miguel , en absoluto contraprobada, es que « *en relación con los saldos existentes entre Vanyera 3, S.L. y D. Artemio , se concluye que los apuntes contables analizados tienen origen en las operaciones comerciales realizadas por ambas partes, que ya se venían produciendo con anterioridad a la declaración del concurso y durante éste, dándose la circunstancia de que Vanyera 3, S.L. procede a cancelar el saldo adeudado a consecuencia de la renuncia al cobro de su crédito por parte de Don Artemio . Esto, unido a la financiación de tipo comercial, que supone la existencia de un saldo acreedor de 47.272 a favor de Don Artemio , se traduce en un claro aumento de la tesorería disponible para Vanyera 3, S.L.* ».

En definitiva, el fraude no se presume y ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal allegan prueba suficiente que permita alcanzar una certeza razonable sobre una salida fraudulenta de activos que, además, contradice el resultado de la prueba practicada.

(2) Confusión de esferas y de patrimonios.- En abstracto, la *confusión de esferas* (hacia afuera), con abundancia de "pagos por cuenta de", o la *confusión de patrimonios* (hacia adentro) en la imputación de las deudas, podría haber favorecido la descapitalización de la mercantil filial. Al margen del Derecho concursal, la *doctrina del levantamiento del velo* tiene su principal ámbito de aplicación, precisamente, en la protección de acreedores sociales frente a conductas fraudulentas de los socios en el marco de transferencias de recursos entre la sociedad y sus socios aprovechando la confusión de esferas y de patrimonios.

Sin embargo, según los escritos de oposición y la declaración de D. Artemio , aseverados por los dictámenes del Sr. Miguel y del Sr. Cirilo , la sociedad matriz asumió el apoyo financiero de la filial, dada la dificultad que esta tenía de acceder a financiación ajena. D. Artemio manifiesta haber puesto en riesgo su patrimonio, invocando reiteradamente la existencia de unas actas de las reuniones con la administración concursal que, no habiendo sido entregadas, acreditarían su alegato.

En concreto, la prueba practicada demuestra: (1) el descuento de pagarés por Vanyera, S.A. en nombre de la concursada, ante la desconfianza de los bancos originada por numerosos impagos (doc. 18 de la contestación de Vanyera, S.A.). El Sr. Cirilo constata en su informe dicho extremo, sobre el que concluye que « *Vanyera, S.A. ha asumido un riesgo financiero por la negociación de efectos a favor de Vanyera 3, S.L. por cuantía de 2.173.923,57 euros del que se aportan justificantes como Documento nº 3. Incluso se ha comprobado que efectos a cobrar por Vanyera 3, S.L. y negociados por la línea de descuento de Vanyera, S.A. pese a haberle anticipado a la primera el importe del pagaré una vez negociado, a su vencimiento no ha sido atendido, asumiendo Vanyera, S.A. el pago del importe que se anticipó por la entidad de crédito más los gastos correspondientes (Documento nº 4)* ». (2) La importación de materias primas -carne y otros alimentos- por cuenta y en interés de la mercantil participada (doc. 19 de la contestación de Vanyera, S.A.). (3) La cesión de contratos derivados de concesiones públicas, como sucedió en el caso de la Residencia Taliarte o en el del Ayuntamiento de Las Palmas (docs. 20 y 23 de la contestación de Vanyera, S.A.). Lo corrobora el Sr. Cirilo , señalando que Vanyera, S.A. « *ha facilitado la participación de Vanyera 3, S.L. en tales operaciones como consecuencia de haber ganado determinados concursos públicos, que estaban vetados para Vanyera 3, S.L. por su situación concursal. Gracias a ello, Vanyera 3, S.L. ha podido obtener rentabilidades por intervenir como proveedor de los establecimientos en los que Vanyera, S.A. prestaba los servicios concertados, ascendiendo el importe facturado por Vanyera 3, S.L. a unos 3.171.108,02 euros, tal y como se resume en el Documento nº 4* ». (4) La concesión de avales por la matriz para la continuidad en la prestación del servicio en el Auditorio de Las Palmas (doc. 21 de la contestación de Vanyera, S.A.). (5) La subcontratación a la filial de los servicios integrales prestados a colegios por Vanyera, S.A., pagando a la filial de forma puntual. La contratación de estos servicios de catering fue, además, pactada en el Acuerdo de Compraventa y Compromisos Complementarios de 14 de diciembre de 2005. Así consta en los apuntes contables registrados y en la documentación de soporte, entre otras, las facturas emitidas por Vanyera 3, S.L. y las correlativas emitidas por Vanyera, S.A. al cliente final. (6) Finalmente, Vanyera, S.A. asumió la titularidad en la contratación del suministro eléctrico, adelantando los pagos a Unelco-Endesa, ante la amenaza de suspensión de dicho servicio (doc. 22 de la contestación de Vanyera, S.A.). El auditor Sr. Miguel se pronuncia sobre este hecho en su informe, indicando al respecto que el impago de las facturas por parte de Vanyera 3, S.L. hubiera provocado « *el corte del suministro, por lo que se hizo necesario que varias facturas de este acreedor fueran satisfechas directamente por Vanyera, S.A. en pro del mantenimiento y continuidad de la actividad de Vanyera 3, S.L.* ».



En resumen, la prueba practicada indica que la confusión de esferas y de patrimonios habría beneficiado a la filial -"injerencia externa positiva"-, por lo que no puede haber causado el incumplimiento del convenio.

(3) Pagos discriminatorios.- El informe evacuado por la administración concursal invoca la vulneración del principio de *par condicio creditorum* en el pago selectivo a determinados acreedores comerciales.

Al respecto, debemos rechazar el argumento de los oponentes de que la propia administración concursal solicitó, en el Plan de Liquidación, « atender determinados pagos de créditos contra la masa, sin necesidad de respetar obligatoriamente el orden de vencimiento, concretamente los necesarios por la urgencia de obtener suministros de acreedores, prioritarios para mantener en marcha la actividad y lograr la enajenación de la unidad productiva ». El argumento puede convenir a las obligaciones de la masa, pero no al incumplimiento en cualquier forma de los créditos concursales afectados por el convenio.

Además, los oponentes alegan, asistiéndoles la razón, que la *par condicio* no opera en fase de convenio ni estamos en un juicio de reintegración. El cese de los efectos de la declaración del concurso desde la eficacia del convenio (art. 133.2 LC) conllevaría la inaplicación del principio de paridad de trato y de la prelación de los créditos, pues son normas propias del ámbito concursal. Una vez aprobado el convenio, la satisfacción de los créditos posteriores obedecería al criterio general del vencimiento o exigibilidad de la deuda. Según los oponentes, todos los pagos obedecían a créditos exigibles, luego no habría pago anticipado de créditos no exigibles, en detrimento de créditos exigibles en virtud del convenio.

Si hubiera habido *pagos anticipados* , para cuantificar el incumplimiento derivado de estos pagos ilícitos, habría que comparar el dividendo hipotético que habrían recibido los acreedores sujetos al convenio de no haber sido postergados por el pago anticipado a los acreedores extraconcursales, y el dividendo efectivamente recibido, siendo la diferencia un incumplimiento frente a los acreedores convenidos (sobre este enfoque de las *Quotenschaden* , BGH 9-7-1979, II ZR 118/77 ó 30- 3-1998, II ZR 146/96).

Sin embargo, aunque no hubiera pagos anticipados, de ello no se sigue (*non sequitur*) que el convenio fuera cumplido. A estos efectos, la perspectiva relevante no es la de la sociedad deudora sino la de los acreedores por convenio. No excluye el incumplimiento que la actuación de la sociedad deudora hubiera sido diligente y que los pagos fueran útiles para la reducción del pasivo *in genere* . Los pagos selectivos, de hecho, detrajeron recursos para cumplir el convenio.

El fenómeno del incumplimiento adquiere diferentes perfiles si se contempla desde la perspectiva del deudor o desde la del acreedor. Al contemplar el incumplimiento desde la *perspectiva del deudor* se produce un entrecruce con criterios valorativos de la conducta del deudor -incumplimiento como infracción de deberes contractuales-, construyéndose una *concepción subjetiva del incumplimiento* inspirada en la idea *favor debitoris* y en concepciones pietistas que no se justifican en las economías desarrolladas (Ihering), al menos frente a grandes empresas solventes y no personas desvalidas. La concepción subjetiva concibe el incumplimiento como una *infracción de deberes contractuales* que incluye como elementos la culpa y el daño. También se postuló una teoría del incumplimiento como un *ilícito civil* que precisa antijuridicidad y culpabilidad (como sucede en el ilícito aquiliano). La concepción subjetiva termina reduciendo la obligación a un *deber de diligencia* , de manera que el deudor que actúa con la diligencia requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, sin sufrir ningún tipo de consecuencias.

En la actualidad, predomina una *concepción objetiva del incumplimiento* . La mejor doctrina se sitúa en la perspectiva del acreedor y considera si se ha producido la *satisfacción del derecho de crédito* y en qué medida los hechos se han ajustado al programa de prestación, lo que es independiente de la valoración que deba atribuirse al comportamiento del deudor. Así, la doctrina maneja los conceptos de "contravención del derecho de crédito" (Enneccerus), "infracción del crédito" (Larenz) o "lesión del derecho de crédito" (Díez-Picazo). La obligación no se reduce a un deber de diligencia y el Ordenamiento reacciona frente a los incumplimientos por razones de política jurídica y no por la existencia de una supuesta antijuridicidad. No es preciso una valoración o juicio de imputación subjetiva (dolo o culpa) para desencadenar los remedios jurídicos frente al incumplimiento. Lo decisivo es un juicio de comparación entre el proyecto o programa de prestación y la ejecución de la obligación tal y como ha tenido lugar (así, Díez-Picazo y Pantaleón). En este línea, el Alto Tribunal proclama: «Esta Sala no puede aceptar que se reduzca el contenido de la prestación convenida a un mero esfuerzo diligente del deudor» (STS 1ª 1026/2006, 3-1).

Ahora bien, aunque se mantiene incólume la existencia de un incumplimiento, no juzgamos que los pagos selectivos, sean anticipados o no, hayan causado un daño indemnizable ni un incumplimiento imputable objetivamente al deudor.

Verdaderamente, esos pagos selectivos eran de estricta necesidad para la continuidad de la actividad del deudor cuando se produjeron. No hay *daño indemnizable* porque el pago selectivo benefició más que perjudicó



a los acreedores postergados pues de paralizarse la actividad en tal momento habrían recibido después menos. El criterio económico de Kaldor-Hicks subyacía ya en la "teoría de la diferencia", por la que no debemos fijarnos en la lesión del concreto crédito sino atender a la situación patrimonial del supuesto perjudicado antes y después del pago selectivo (v. SSTs 1ª 10-1-1979 y 6-10-1982); o en la doctrina de la computación de beneficios (*compensatio lucri cum damno*) que obliga a considerar los efectos ventajosos que provienen del pago selectivo de determinados créditos urgentes (v. SSTs 1ª 15-12-1981 y 301/2008 , 8-5; en la doctrina, Díez-Picazo, *Fundamentos* , V, 2011, pp. 341-344). El dictamen del Sr. Miguel afirma (conclusión 4ª) que « *el pago a determinados acreedores comerciales con anterioridad a la fecha de solicitud de apertura de la fase de liquidación se refiere a créditos vencidos y derivados de la actividad ordinaria de Vanyera 3, S.L., cuyo suministro era además esencial para mantener la actividad comercial de la concursada, sin que ello suponga el pago doloso en perjuicio de otros acreedores* ». En efecto, D. Artemio explica el pago prioritario a proveedores porque condicionaron la continuidad de los suministros a este pago (pp. 37-38, 88 del escrito de oposición, versión reiterada en su interrogatorio y testimoniada por el proveedor de café quien "puso [a D. Artemio] entre la espada y la pared"). Además, la cuantía de los créditos cuyo pago se habría anticipado (en la tesis de la administración concursal) ascendería a solo 95 418 €, lo que representaría aproximadamente un diez por ciento de la deuda total vencida y exigible que se abonó en la misma fecha (1 058 057 €), es decir, una parte pequeña en relación con el conjunto de los créditos, de lo que se infiere que los pagos selectivos no fueron una estrategia para eludir deliberadamente el cumplimiento del convenio sino una solución puntual y de urgencia ante las exigencias de los proveedores. Y comparada esta cifra con el conjunto del pasivo resulta de todo punto insignificante.

Desde el prisma de la *imputación del incumplimiento* , se trató de decisiones de negocio que, en su conjunto, tienden a favorecer más que a perjudicar el cumplimiento del convenio. Aunque pueda apreciarse un nexo causal entre la conducta y un incumplimiento (muy limitado) del convenio, no puede imputarse el incumplimiento a una conducta que, suprimida idealmente, no hubiera evitado el incumplimiento de un convenio inviable (criterio de la conducta alternativa correcta) o, el menos, debe reconocerse que los pagos selectivos no empeoraron la posición de la sociedad para hacer frente al convenio (excepción de no empeoramiento, *no-worse-off limitation* , o criterio de la evitación), lo que impide la imputación objetiva del incumplimiento.

(4) Incumplimiento inicial de determinados créditos.- El informe de calificación antepone los efectos a las causas. Y si por causa se hubiera tomado un supuesto incumplimiento doloso, el dolo no puede presumirse razonablemente (art. 386 LEC) dado que el impago de créditos del primer trimestre es de menor cuantía en relación con el pasivo exigible (55 783,83 €). El Sr. Miguel razona que el 74% de los créditos son de importe inferior a 200 € y D. Artemio declara que se realizó el ofrecimiento de pago a todos los acreedores mediante burofax, que no atendieron ni consta que hubieran reclamado, lo que se explica en la escasa cuantía de los créditos, ingresándose el dinero en una cuenta a disposición de los acreedores. Frente a esta manifestación y la corroboración periférica por el testigo Sr. Luis Andrés del abandono de su crédito, la administración concursal no acierta a presentar incumplimientos significativos (p. ej. el alegado sobre el Instituto Tecnológico de Canarias se dice pagado por Vanyera, S.A.). En estas circunstancias, la lesión del derecho de estos pequeños créditos debe imputarse a los propios acreedores por inobservancia de las cargas de cooperación al no haber acudido al cobro.

(5) Alzamientos.- El informe de la administración concursal vierte alegaciones de supuestos alzamientos escasamente circunstanciados y, básicamente, se remite a las conductas anteriormente enumeradas. En la vista, la administración concursal apenas reincide en esta imputación.

Sirven los mismos argumentos expuestos en párrafos anteriores y, en cualquier caso, el pago de créditos extraconcursales debidos no constituye alzamiento de bienes.

(6) Incumplimiento de la finalidad del aval del Gobierno de Canarias.- Según solicitud inicial a la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias de 23 de abril de 2007, la finalidad del aval era garantizar un préstamo que « *aporte la liquidez necesaria para afianzar la confianza de los proveedores y permita financiar el circulante de la sociedad* ». Sin embargo, tras la preceptiva tramitación del expediente en el marco nacional y europeo (por constituir una ayuda pública para la reestructuración de empresas), la ulterior utilización de la financiación obtenida gracias al aval en satisfacer necesidades a corto plazo, quebraba las bases para las que fue concedido. En este sentido, la Comisión Europea en la Decisión C(2008)317, de 30.I.2008 asume en el apartado 38 que « *los créditos cubiertos por el aval se utilizarán para la financiación de las necesidades de capital a largo plazo y por lo tanto no darán lugar a una liquidez excedentaria* ». Esto permite a la Comisión apreciar conformidad con los puntos 43 a 45 de las Directrices de 2004. En la misma línea, el artículo Primero del Decreto del Gobierno de Canarias 53/2008, de 25 de marzo declara que « *en los términos establecidos para las ayudas de reestructuración en las Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de*

reestructuración de empresas en crisis, se concede aval de la Comunidad Autónoma de Canarias a la empresa Vanyera3, S.L., por un importe máximo de cinco millones doscientos mil (5.200.000) euros, y por un plazo máximo de 5 años, con el fin de garantizar operaciones de préstamo o crédito a concertar con entidades financieras con objeto de aplicar las medidas que se proponen en el plan de reestructuración destinado a restablecer la viabilidad a largo plazo de la empresa ». La aplicación de los fondos obtenidos por el aval a satisfacer el pasivo circulante suponía financiar deudas a corto plazo con recursos a largo plazo. Desde luego, esta conducta puede haber infringido las condiciones de la garantía.

Con todo, en lo que coincidimos plenamente con la pericia del Sr. Miguel (conclusión 7ª) es que la aplicación del aval fue « una forma de continuar la actividad y la generación de liquidez y solvencia para la concursada ». La financiación del corto plazo con recursos a largo plazo es una conducta que no empeora sino que mejora la solvencia, por lo que no puede relacionarse razonablemente con el incumplimiento del convenio.

(7) Incumplimiento del deber de información semestral (art. 138 LC).- La administración concursal conjetura que este incumplimiento « pudo agravar la insolvencia ».

No obstante, con independencia de que pudiera haberse informado verbalmente al juez del concurso del cumplimiento del convenio (según declara D. Artemio), la norma carece de consecuencias prácticas una vez cerrada la sección de calificación y no alcanzamos a ver la conexión con el incumplimiento del convenio porque no está en la mano del juez del concurso, por muy informado que esté, pagar a los acreedores, como tampoco puede declarar de oficio la liquidación por el solo hecho de estar desinformado.

(8) Limitaciones al alcance de las auditorías.- La ignorancia del auditor sobre un hecho no puede convertirse en certeza razonable del tribunal sobre el propio hecho. De nuevo, no se expone la relación entre estas limitaciones al alcance y el incumplimiento del convenio.

(9) Irregularidades relevantes en la contabilidad.- Uno de los supuestos de concurso culpable se produce cuando el deudor «hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera» (art. 164.2-1º LC). Salvo por dos aspectos [vide infra (10) y (11)], las irregularidades no superan (o dudosamente lo hacen) el umbral de la importancia relativa (*materiality*). En cualquier caso, la carencia de documentos mercantiles no obligatorios (albaranes) o las irregularidades contables, como la pura reclasificación de partidas que no afecte a la liquidez de la compañía, no son susceptibles de afectar al cumplimiento del convenio, máxime teniendo en cuenta la compensación de efectos entre el menor gasto por infradotar las provisiones para créditos de dudoso cobro y el exceso de dotación de los fondos de amortización.

Y aunque la manipulación o el error contable fuera significativo, por muy censurable que sea, en el caso concreto habrían favorecido más que perjudicado el cumplimiento del convenio (contracausa del incumplimiento) porque más bien habrían servido para diferir la aplicación del principio de prudencia valorativa [art. 38 c) CCom], beneficiando a los antiguos acreedores (como los concursales y afectados por el convenio) en detrimento de los futuros (como los postconcursoales y no sujetos al convenio).

(10) Aportación de nave industrial.- En 20 de abril de 2007, Vanyera 3, S.L. amplió su capital social en 4 902 000 €, mediante la aportación no dineraria por su socio mayoritario Vanyera, S.A. de la nave industrial en la que aquella tenía sus instalaciones y desarrollaba su actividad empresarial. El importe del aumento de capital se correspondió con la valoración de la citada nave industrial (9 955 490,42 €), una vez deducidas las cargas que gravaban la finca (5 053 490,42 €), consistentes en las garantías hipotecarias que habían sido constituidas por Vanyera, S.A. La operación fue comunicada a la administración concursal, quien la autorizó mediante « conformidad tácita » por escrito de 19 de junio de 2007 (en expresión del Auto de este Juzgado de 23 de julio de 2007). Además, tal operación no fue censurada en el primer informe de calificación.

Por su parte, el auditor de la sociedad -Ernst & Young- aprecia irregularidad contable, según se describe en el apartado 7 del informe de auditoría del ejercicio 2008 (la misma circunstancia fue puesta de manifiesto en el apartado 9 del informe de auditoría de 2007); puesto que la nave se aporta por un valor (9 955 490,42) superior en 3 329 000 euros al valor de tasación en el momento de la ampliación de capital, sin haberse registrado el correspondiente deterioro por dicho importe.

En realidad, a nuestro juicio, habría que haber contabilizado la aportación por el *valor razonable* o de tasación (incluyendo las mejoras), dando de baja las mejoras que, en su caso, hubiera realizado el arrendatario (por otro lado, no disponemos de información suficiente sobre la procedencia y correcta contabilización de tales mejoras). A diferencia de la regulación contenida en el nuevo Plan General de Contabilidad, el anterior Plan de 1990 no contenía unas reglas específicas para valorar las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), emitió una Resolución de fecha 30 de julio de 1991, donde al tratar la valoración del inmovilizado material recibido por una sociedad receptora en una operación de aportación no dineraria, se aceptaba el valor otorgado en escritura por basarse en lo dispuesto en



el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas . Sin embargo, las garantías que la Ley de Sociedades impone a estas operaciones no evitaron que, bajo la unidad de decisión característica de los grupos y la ausencia de intereses contrapuestos, se abusara de esta mecánica para obtener revalorizaciones no justificadas. Por esto, el ICAC emitió una Nota de 27 de abril de 2005 tratando de clarificar el tratamiento contable que la aportación no dineraria merecía para la empresa receptora en una operación entre compañías del mismo grupo, admitiendo el precio escriturado pero si este difiriera del valor de mercado fiable habría de estarse a este último criterio, atendiendo en todo caso y como criterio finalmente prevalente al fondo económico de la operación.

Estas pautas se han visto ratificadas por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

- «Los bienes de inmovilizado recibidos en concepto de aportación no dineraria de capital serán valorados por su valor razonable en el momento de la aportación conforme a lo señalado en la norma sobre transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, pues en este caso se presume que siempre se puede estimar con fiabilidad el valor razonable de dichos bienes» (Norma de valoración 2ª.1.4 I).

- «Aquellas transacciones liquidadas con instrumentos de patrimonio que tengan como contrapartida bienes o servicios distintos de los prestados por los empleados se valorarán, si se puede estimar con fiabilidad, por el valor razonable de los bienes o servicios en la fecha en que se reciben» (Norma de valoración 17ª.2 II).

- «La presente norma será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo, tal y como éstas quedan definidas en la norma 13.ª de elaboración de las cuentas anuales. Las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales. En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación» (Norma de valoración 21ª.1).

Pues bien, los oponentes no justifican que la "realidad económica de la operación" justificara el exceso contabilizado sobre el valor razonable. La conducta descrita afecta a la función de garantía del capital social y tiene una apariencia antijurídica (expresamente sancionada en el art. 21 LSL , hoy 73 LSC). La aportación de activos sobrevalorados, si estuviéramos en el régimen general de calificación, podría constituir un «acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia» (art. 164.2-6º LC).

La *disciplina del capital social* contiene entre sus principios ordenadores el de correspondencia mínima que condensa «el fundamento de todas aquellas disposiciones que están destinadas a asegurar la efectividad patrimonial del capital o, en otras palabras, la presencia de un efectivo contravalor patrimonial permanentemente vinculado a la propia cifra de capital» [Menéndez/Vaquerizo, en Uría/Menéndez/Olivencia (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III, vol. 1º A), 2007, p. 75]. Si el orden público societario se integra por los principios configuradores de la sociedad, la falta de prestación del contravalor de las participaciones emitidas vulnera el principio de correspondencia, efectividad o realidad del capital social, que es fundamental en nuestro orden público societario (no así en otros, como los anglosajones), pese a verse sometido a severas y fundadas críticas económicas, especialmente en situaciones próximas o de insolvencia.

No obstante, desde la perspectiva del cumplimiento del convenio, la operación ni estaba preordenada ni tuvo por efecto perjudicar a la filial Vanyera 3, S.L., sino más bien a favorecerla. El dictamen del Sr. Miguel aprueba los argumentos del escrito de oposición y lo declarado por D. Artemio en el juicio ya que « con esta ampliación de capital Vanyera 3, S.L. ha conseguido, entre otros, ahorrarse el pago del alquiler de la nave que poseía como arrendataria a favor de Vanyera, S.A., cantidad que ascendía a 55.311,24 euros mensuales y que afectaba a las pérdidas de la empresa por una cuantía anual de 663.734,88 euros y lo que pagan en su lugar por intereses de los préstamos hipotecarios que asumió tras la ampliación de capital ascendía, aproximadamente, a un importe de 23.000 euros mensuales, lo que supone un total de 276.000 euros anuales, por lo que, de una parte, la ampliación hace que se disminuyan las pérdidas anuales en una cuantía cercana a los 400.000 euros anuales y, de otra parte, se incrementa el patrimonio inmobiliario a costa de la emisión de participaciones de una entidad que no deja de estar en concurso. A posteriori, gracias a poseer la nave se ha producido la venta del negocio ». La matriz Vanyera, S.A., que hasta entonces percibía rentas por arrendamiento, no tenía incentivo alguno para aportar el inmueble a cambio de participaciones de una sociedad de valor muy dudoso. Precisamente, es la situación contraria, la de la sociedad dominante que arrienda a la dominada insolvente (situación que se daba antes de la aportación), la que es más sospechosa de *wrongful trading* (en la doctrina, Fischer, ZIP, 2004, p. 1483). En definitiva, la aportación se realizó en interés de la concursada.



Por otra parte, no se demuestra en absoluto que la diferencia entre el valor contable de la nave y el de los préstamos fuera utilizada « *presuntamente para fines particulares* ». Los préstamos fueron solicitados para financiar la construcción de la nave (el de la Caja Rural de Canarias, de 3 de agosto de 2005) y para el pago y liquidación de la compra de las participaciones de Vanyera 3, S.L. cuya titularidad ostentaban otros socios (préstamo de la Caja Insular de Ahorros, de 21 de diciembre de 2006), lo que se hizo con el conocimiento de la administración concursal.

En todo caso, tratándose de aportaciones no dinerarias, no vemos conexión con el incumplimiento del convenio porque no afectan, al menos a corto plazo, a los flujos de efectivo (*cash flow*) de la sociedad, pues Vanyera, S.A. solo recibió participaciones como contraprestación.

Ciertamente, en su conjunto, la estructura de financiación por el socio Vanyera, S.A. de la filial concursada podría haber infringido los *principios de la correcta financiación por los socios* . Sin embargo, la inquisición debe atenerse al objeto especial de este juicio, sin que la administración concursal presente a los adversarios o al tribunal la relación entre una supuesta infracapitalización y el incumplimiento del convenio, relación que no es inmediata porque el dinero es un bien fungible y medio de pago con independencia de tener origen en aportaciones sociales o en financiación externa. En cualquier caso, esta cuestión jurídica no ha sido suscitada en los escritos rectores y una sentencia congruente no puede apartarse de la fundamentación desplegada por las partes (art. 218.1 II LEC). Las conclusiones no sirven para ampliar el objeto del proceso a cuestiones no advertidas o no suscitadas previamente (art. 412 LEC), de modo que se ha producido la preclusión de las alegaciones que no se hicieron valer en el momento inicial de la litis (art. 400.1 LEC), lo que tiene su fundamento último en la salvaguarda del principio de defensa (art. 24.1 CE).

Finalmente, la ampliación de capital se formalizó en abril de 2007, con anterioridad a la aprobación del convenio, habiendo sido contemplada la operación en el informe de la administración concursal que consideró entonces fortuito el concurso. En consecuencia, a esta aportación dineraria le afecta plenamente el principio de preclusión y nunca podría sustentar la culpabilidad en esta sección reabierta.

(11) Activación indebida de créditos fiscales. - El informe de auditoría del ejercicio 2007 expone en su apartado 7: « *Tal y como se indica en las Notas 8 y 14 de la memoria adjunta, al 31 de diciembre de 2006 la Sociedad tiene activado un importe total de 9.588.178 euros en concepto de impuestos anticipados y créditos impositivos derivados de bases imponibles negativas y deducciones por inversiones en activos fijos nuevos pendientes de aplicar, generados en los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007, al considerar el Administrador Único que se han generado como consecuencia del inicio de actividades de la Sociedad y que serán recuperados en el futuro cuando la misma alcance los beneficios esperados. El mencionado importe se encuentra registrado dentro del epígrafe "Inmovilizaciones financieras - otros créditos" del activo del balance de situación de 31 de diciembre de 2007 adjunto. En nuestra opinión, la evolución del negocio de la Sociedad, así como su situación financiero-patrimonial, condicionan negativamente la recuperabilidad del importe anteriormente indicado y, en última instancia, de acuerdo con el principio de prudencia valorativa* ».

Esta irregularidad contable (actualmente, v. Norma de Valoración 13ª del RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad) es censurable desde el punto de vista societario (arts. 25.1 CCom y 254 LSC) y concursal (art. 164.2-1º LC) pero, desde la perspectiva del cumplimiento del convenio, su efecto es neutro o irrelevante ya que no toca las cuentas de realizable o disponible (véase el movimiento de la cuenta 4745).

B) Determinación de las causas de incumplimiento del Convenio. - Coincidimos con la pericial del Sr. Miguel en que « *la situación de insolvencia de Vanyera 3, S.L. tiene origen en la concurrencia de **diversas circunstancias** , en esencia: (i) la aprobación de un convenio de imposible cumplimiento; (ii) la dificultad de obtener financiación suficiente para sostener dicho convenio, y (iii) el empeoramiento con la crisis generalizada y del sector, que conllevaron también el impago de numerosos créditos a favor de la concursada* ». El testimonio de Capital Partners y Satocán igualmente corrobora la inviabilidad del Convenio.

Ahora bien, de entre todas ellas, la causa fundamental del incumplimiento es que se aprobó un convenio inviable o, al menos, sobre bases de muy difícil cumplimiento. La **recesión económica** es una condición sobrevenida acompañante pero no decisiva. Es razonable pensar que, sin crisis económica, el convenio se habría incumplido igualmente porque Vanyera 3, S.L. venía evolucionando de forma muy desfavorable desde finales de 2004, como consta en la solicitud de concurso voluntario presentada por el anterior administrador social Sr. Luciano Pisón y en el informe de la administración concursal de 21 de noviembre de 2006. Además, siendo los contratos un sistema de distribución de riesgos, en principio y salvo supuestos especiales, para la exoneración del deudor por el incumplimiento no basta oponer el argumento de crisis.

Efectivamente, decimos que **el convenio era de cumplimiento imposible** (o de dificultad equiparable) por las siguientes razones:



(a) Tan pronto como el 16 de marzo de 2009, la concursada presentó ante el Juzgado la solicitud de apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplir el convenio acordado, al no poder costear el primer trimestre del ejercicio 2009 ni haber podido hacer frente a diferentes pagos devengados de proveedores, Seguridad Social y Hacienda Pública. Por lo tanto, el convenio solo pudo cumplirse apenas el primer año tras su aprobación.

(b) El plan de viabilidad en que se sustentaba el convenio de acreedores (22 de septiembre de 2006), aun sin la crisis que sobrevino, era ilusorio o, al menos, de un optimismo negligente, al partir de ratios que no coinciden con los históricos y asumiendo « *crecimientos medios anuales de la cifra de negocios de un 16%* » durante siete años consecutivos (2006-2012; v. pág. 36 del plan), más que doblando la facturación de la compañía en este período, pese a que esto suponía invertir la evolución de los años inmediatamente anteriores.

(c) Por exigencias del Derecho comunitario y de política empresarial, el importe del aval se redujo sustancialmente a la cuarta parte, quedando la sociedad replegada en un mercado predominantemente insular (con limitación del negocio especialmente tinerfeño), susceptible de ser colmado con rapidez.

(d) El convenio aparece todavía más irreal si se considera que el plan de viabilidad no contemplaba específicamente el aval público del Gobierno de Canarias.

(e) Lo anterior unido a previsibles dificultades de financiación de toda empresa con el estigma concursal.

Pues bien, esta inviabilidad del convenio no parece ser imputable a D. Artemio si atendemos a la nula implicación e incluso oposición a su aprobación. Así, en la fecha de presentación de la propuesta anticipada de convenio (22 de septiembre de 2006), Vanyera, S.A. no tenía el poder de administrar la concursada, siendo el administrador Prokontos Asesoramiento e Inversiones, S.L. Es más, mediante escrito de 31 de julio de 2007, la administración concursal comunicó al Juzgado que resultaron « *adhesiones de acreedores ordinarios más un privilegiado (Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias) en un 50.20% del total de créditos ordinario más el privilegiado adherido a la propuesta* ». Entre las adhesiones no se encontraba la del administrador único D. Artemio ni la del socio Vanyera, S.A., ambos acreedores de la concursada, que se opusieron a la aprobación del convenio, tal y como consta en el acta de la Junta General de Vanyera 3, S.L., celebrada en 18 de septiembre de 2006, al no « *creer en el proyecto actual porque le es indispensable una aportación importante de fondos por parte de los socios o de un tercero y a esto último se ha opuesto 3i Group y además porque es necesario que los socios actuales y directivos lleven a efecto los acuerdos elevados a público el 14 de diciembre de 2005.* »

Si se elaboró un plan de viabilidad imprudentemente optimista, habrá que preguntar a su autor -la consultora KPMG- y a la administración social que lo presentó - Prokontos-, designada por el socio 3i Group Plc que, por razón de su actividad de inversión de capital-riesgo, tenía presumiblemente un enorme interés económico en que el concurso no le afectara porque una inhabilitación habría cercenado el negocio en otras muchas empresas.

Por otra parte, siguiendo la **doctrina de la imputación objetiva** (v. una aplicación en STS 1ª 115/2009, 5-3 ; en los autores patrios, por todos, Pantaleón, *Causalidad e imputación objetiva*, en AA.VV., *Centenario del CC*, 1990, II, p. 1561 y Díez-Picazo, *Fundamentos*, V, 2011, pp. 366-375), la conducta de D. Artemio *no incrementó el riesgo de incumplimiento* del convenio, ni se identifica qué *conducta alternativa correcta* de D. Artemio hubiera posibilitado el cumplimiento (criterio de la evitación), o qué actos de D. Artemio perjudicaron el cumplimiento (actos de empeoramiento). Antes bien, desde que D. Artemio reasumió la administración en diciembre de 2006, consta la realización de actos que innegablemente estuvieron dirigidos a la conservación de la actividad y la recuperación económica de Vanyera 3, S.L., como son la ampliación de capital mediante la aportación de la nave industrial en que la concursada desarrollaba su actividad, la renuncia al crédito concursal por parte de Vanyera, S.A. (también controlada por D. Artemio) y la renuncia de su propio crédito, la solicitud y obtención del aval al Gobierno de Canarias para la obtención de una póliza de crédito, las negociaciones con entidades bancarias y proveedores para la obtención de financiación o para la capitalización de créditos y el directo apoyo financiero y comercial recibido de Vanyera, S.A. Tras la aprobación del convenio en octubre de 2007, consta igualmente la continuación de la relación comercial y apoyo financiero de Vanyera, S.A. (que incluso contrató en su nombre el suministro eléctrico para Vanyera 3, S.L. y adelantaba el pago de las facturas) y la negociación con posibles inversores y entidades bancarias, cuya frustración motivó finalmente la necesidad de solicitar la apertura de la fase de liquidación ante la imposibilidad de dar cumplimiento al convenio aprobado con la expresa oposición de D. Artemio, dada su constatada inviabilidad. La propia administración concursal reconoce en sus conclusiones el esfuerzo de D. Artemio por salvar la empresa.

Por lo expuesto, considerando que en esta sección se trata de determinar las causas del incumplimiento del convenio y a quién sería atribuible el incumplimiento, el ámbito de las **personas afectadas por la calificación** ha quedado reducido indebidamente a quienes tuvieron que hacerse cargo de un convenio elaborado, evaluado y



aprobado por terceros, con la oposición de D. Artemio , terceros que no han sido señalados en el informe de la administración concursal ni en el dictamen-párrafo del Ministerio Fiscal. No obstante, el juez del concurso no puede ampliar el ámbito de las personas afectadas por la calificación si ninguna de las partes intervinientes (art. 168 LC), ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal (art. 169 LC) instan su llamada forzosa, ni resultaba de lo actuado hasta los propios informes de calificación (art. 170.2 LC). Solo hemos podido alcanzar esta convicción tras la lectura de los escritos de oposición y la celebración de la vista.

V

PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN

La administración concursal extiende la calificación al administrador único D. Artemio y a las que considera administradoras de hecho: la apoderada D.^a Raimunda y la sociedad dominante Vanyera, S.A.

Puede **desestimarse** la pretensión de calificación culpable frente a las supuestas **administradoras de hecho** por las siguientes razones:

- (a) Las mismas que llevan a rechazar la imputación del incumplimiento del convenio a D. Artemio .
- (b) De todos modos, asumiendo *arguendo* que se hubiera atribuido el incumplimiento del convenio a D. Artemio , no habríamos hallado razones para coimPLICAR a las demás personas afectadas por la insuficiencia de prueba sobre la cuestión. Examinado el informe de la administración concursal, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, se contiene la doctrina jurídica general sobre la figura del administrador de hecho pero la premisa menor del razonamiento no se encuentra mínimamente circunstanciada o justificada.
- (c) Diversamente, la documental aportada junto con los escritos de oposición da cuenta de la ausencia de la figura.
- (d) Por último, venimos reiterando que en esta sección reabierta no son aplicables las normas de la calificación general sino las de la responsabilidad contractual, luego lo decisivo no sería la condición de administrador de hecho sino si D.^a Raimunda y Vanyera, S.A. contribuyeron o participaron en el incumplimiento del convenio. Con este fin, la dogmática más adecuada hubiera sido la de la **lesión del derecho de crédito por tercero** , es decir, razonar según la llamada obligación (*rectius* , deber) pasiva universal de no lesionar sin causa justificada los pactos *inter alios* , porque el deber general de respeto de las situaciones jurídicas no es privativo de los derechos absolutos (cf. De Castro, *Derecho Civil de España* , t. I, 2^a ed., 1949, pp. 590 y 592) y también puede afirmarse un deber de terceros de respetar del convenio. Por ejemplo, frente a quienes hubieran recibido pagos anticipados o discriminatorios, o frente a la sociedad matriz en relación con transferencias fraudulentas o con una aportación no dineraria sobrevalorada, pensamos que el enfoque jurídico más apropiado hubiera sido el de la imputación de responsabilidad cuando «la lesión del derecho del acreedor se produce mediante una disminución de las garantías patrimoniales o de la solvencia del deudor, llevada a cabo con la complicidad de un tercero» (Díez-Picazo, *Fundamentos* , II, 6^a ed., 2008, p. 741). No obstante, las partes han marginado el Derecho de contratos, situando el debate en las cuestiones de la administración de hecho y de la complicidad, por lo que nos atenderemos a ello para no causar indefensión y reforzar la respuesta.

A) Doctrina general.- La fenomenología del administrador de hecho es variada, pero todos los supuestos presentan una nota común pues el sujeto actúa como administrador pese a carecer de un título formal y vigente que le permita tal proceder, tanto si se manifiesta como tal administrador de hecho frente a terceros (**administrador notorio**) como si pretende que esa cualidad de administrador de hecho quede al margen del conocimiento de los terceros (**administrador oculto** ; la *figura del shadow director* es una variante expresamente tipificada en otros ordenamientos, cf. sec. 251 Insolvency Act 1986 y sec. 251 Companies Act 2006). En este sentido, Perdices, *Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran* , RdS nº 18, 2002, p. 277 y ss.

«La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los **apoderados** , siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues 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 condición» (STS 1^a 240/2009, 14-4).

No obstante, el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, antes de enmiendas, no llega a comprender la distinción pues incluye en el artículo 172.2-1^o a los «apoderados generales» y admite la extraña figura de los apoderados generales "de hecho", cuando lo relevante es la actuación de la condición de administrador. La enmienda nº 135 del Grupo Popular se justifica en que «no hay apoderados de hecho: todo apoderado lo es de derecho, aunque el poder se haya conferido tácitamente o por hechos concluyentes. De otro lado, se considera preferible incluir a los «directores generales» en lugar de a los apoderados porque lo



relevante es el ejercicio del poder de dirección y no la mera existencia del poder de representación voluntaria, que -como enseña la experiencia- puede no existir».

La doctrina del administrador de hecho «debe quedar reservada para los supuestos en que la prueba acredite tal condición en el apoderado, como puede ocurrir cuando se advierte un *uso fraudulento de la facultad de apoderamiento* en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Si no concurre una situación de idéntica o análoga naturaleza, los sujetos responsables [...] son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho» (STS 1ª 261/2007, 14-3 , citando otras). La consideración del apoderado o factor mercantil como administrador de hecho dependerá de lo que la prueba acredite (SSTS 1ª 79/2009, 4-2 y 240/2009, 14-4), como puede ocurrir cuando el administrador de hecho retiene poderes generales y hace nombrar en el cargo de administrador un hombre de paja insolvente (v. Juste, *En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad* , RdS nº 14, 2000, pp. 444-445). También se acreditó la administración en un caso de mercantil concursada, con el *administrador de hecho oculto* tras un administrador aparente de derecho (STS 1ª 56/2011, 23-2).

«Es preciso además, y no parece que deba fundamentarse en exceso, que el cargo se ejerza *efectivamente* , no derivando sin más tal condición del hecho de ser el socio de control, o de contar con un apoderamiento» (SAP Barcelona 15ª 159/2008, 5-5 ; lo aprecia en un caso de concurso, la SAP Alicante 8ª 196/2009, 7-5 , *Alpidesa Ingeniería y Servicios*).

En cuanto al **socio único o mayoritario** , sólo en aquellos supuestos en que, al margen de los cauces dispuestos para el ejercicio de sus derechos como socio, venga a incidir de forma relevante en la gestión social, adoptando decisiones administrativas de forma autónoma respecto de quien tenga un nombramiento vigente como tal administrador, podremos calificar su proceder como el propio de un administrador de hecho. En este sentido, debe advertirse que el desempeño de una dirección unitaria del grupo no es equiparable *per se* a una "administración" de la filial; pero también puede suceder que el ejercicio de la dirección unitaria del grupo, en ocasiones (especialmente en los grupos jerárquicos de carácter centralizado), se lleve a cabo de forma tan *intrusiva* respecto de las filiales, que el órgano que ejerce la dirección unitaria (habitualmente, el órgano de administración de la matriz), además de llevar a cabo esa tarea, acabe suplantando por completo la voluntad de los administradores de la sociedad filial, ocupando *de facto* la posición jurídica que éstos han asumido por derecho, actuando, entonces sí, como administradores de hecho de dicha sociedad. Conformes con esta precisión, luego contrarios a la atribución automática de responsabilidad a la sociedad matriz, entre otros, Embid, *Grupos de sociedades y Derecho concursal* , en *Estudios Olivencia* , II, 2002, pp. 1906-1907; Duque, *El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal* , en García Villaverde/Alonso/Pulgar, *Derecho concursal* , 2003, p. 156; Sánchez-Calero Guilarte, *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades* , AdCo, 2005, p. 59; Alonso Ureba/Pulgar, *Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo* , RdS nº 29, 2007, p. 22; Sánchez Calero, *Los administradores en las sociedades de capital* , 2ª ed., 2007, p. 316; Sarazá Jimena, *Responsabilidad concursal y grupo de sociedades* , ADCo, 10, 2007, pp. 257-258; y Pulgar, *El concurso de acreedores. La declaración* , 2009, pp. 290-295.

Debe matizarse más. El grupo Vanyera es un *grupo fáctico de base societaria* (o dominical o por participación) y *jerárquico* (o vertical o por subordinación). En esta tipología, «puede entenderse, a efectos de la sección de calificación, que el administrador de hecho de la sociedad filial concursada ha sido la propia sociedad dominante, pese a que la misma, como tal persona jurídica, ha de actuar a través de una persona física, su administrador o administradores de derecho o de hecho, cuando éstos hayan actuado *como representantes de la sociedad dominante* , es decir, en defensa de los intereses de dicha sociedad dominante o del interés de grupo, y cuando la actuación de la sociedad concursada determinante de la provocación o agravación de la insolvencia se haya realizado *en cumplimiento de las órdenes o directrices emanadas de la sociedad dominante* . La sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter "orgánico" pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas, y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada. Y si la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable ha sido adoptado por el órgano de administración de la sociedad concursada dentro de su ámbito de autonomía de decisión, no afectado por su inserción en el grupo, no puede realizarse extensión de responsabilidad alguna



fuera de los órganos de administración "de derecho" de la sociedad concursada» (II Congreso de Derecho mercantil, Valencia, 1 y 2 dic. 2005, pp. 76-77; también, Sarazá, cit., 2007 y García-Cruces, *Administradores sociales y administradores de hecho*, en *Estudios Sánchez Andrés*, 2010, p. 560).

Más concretamente, pensamos que, por regla general, la figura del administrador de hecho del socio único o mayoritario no conviene a los casos de interdependencia personal (*personelle Verflechtungen*) cuando la sociedad matriz tenga por socio único o mayoritario a la misma persona que ejerce el cargo de administrador único en la filial, pues, en principio, las decisiones se adoptarán en su interés personal, no pudiendo identificarse un interés autónomo de la matriz, y se cumplirán como instrucciones (entendido el término en sentido amplio, *Veranglassung* de §311 AktG) emanadas del administrador de derecho, sin ser expresión de la voluntad social de la matriz sino del propio administrador de derecho de la filial.

Ello quizá no excluiría que, en su caso, la sociedad matriz pudiera considerarse cómplice en sentido concursal (art. 166 LC), porque la condición de cómplice no atiende al criterio de la dirección sino de la cooperación, interpretando que el «dolo o culpa grave» se refiere a la actuación de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho (arg. art. 164.1 LC).

Por reducción al **absurdo**, la figura del administrador de derecho quedaría capitidismínuida y se multiplicarían las administraciones de hecho si, *sic et simpliciter*, bastaran unos *poderes generales*, que en alguna forma deben ejercerse, o la condición de *hija* del administrador único (circunstancias insuficientes para la SAP Tarragona 1ª 7-2-2008, *Peixos Sisquet*); o si la única razón para considerar a la sociedad matriz como administradora de hecho fuera el *dominio societario* o el *apoyo financiero* a la filial.

B) Aplicación al caso.- La cuestión no es relevante una vez que hemos desestimado la presencia de un incumplimiento imputable del convenio, pero debemos agotar la respuesta, lo que puede tener incidencia en la condena en costas.

D.ª Raimunda fue contratada el 3 de enero de 2007, con la conformidad de la administración concursal (doc. nº 1 de la oposición), siendo el poder de D.ª Raimunda especial de administración por su denominación, aunque general por su contenido (doc. nº 6 del informe de calificación). No obstante, la prueba practicada (testimonio del Sr. Celestino) demuestra que D. Artemio dirigía también de hecho las tareas de gestión (interna) y representación (externa) o, al menos, que tenía la última palabra en las negociaciones, lo que desdice la autonomía de la supuesta administradora de hecho. Si ya es infrecuente apreciar la figura del administrador de hecho cuando hay un administrador de derecho (STS 1ª 240/2009, 14-4 a contrario), más lo es todavía cuando el administrador de derecho ejerce de hecho como tal y no es un simple testafarro. A lo sumo, podría haber una administración de hecho solidaria, pero en Vanyera 3, S.L. no se aprecia una participación tan relevante de D.ª Raimunda, como se colige (art. 386 LEC) de la escasa trascendencia cualitativa y cuantitativa de su intervención (v. pp. 7 y 8 del escrito de oposición), de la asistencia de D. Artemio a consejos y juntas, y de los recortes de prensa en relación con los acontecimientos más relevantes para la vida social en los que no figura D.ª Raimunda y solo su padre (aval del Gobierno de Canarias, ampliación de capital con aportación dineraria de nave industrial, intentos de refinanciación con entrada de nuevos inversores). D.ª Raimunda actúa a título de gerente y no de administradora. *In omnem eventum*, no hallamos en las intervenciones gerenciales de D.ª Raimunda, una relación causal con el incumplimiento del convenio, siendo este aspecto esencial para declarar la culpabilidad de la persona afectada y sobre el que la administración concursal omite todo análisis.

En cuanto a **Vanyera, S.A.**, la confusión de esferas y patrimonios en la actividad externa podría llevar a apreciar que la dirección unitaria del grupo no se ha limitado a la simple intercesión de la matriz por la filial frente a terceros, sino que ha llegado a inmiscuirse en su actividad hasta el punto de administrar la filial. Ahora bien, hasta el incumplimiento del convenio y por la prueba practicada, la actuación de la dominante fue altruista con la dominada. Tampoco parece que las intromisiones sean producto de voluntad social u orgánica de Vanyera, S.A. sino que provendrían directamente de decisiones personales del coadministrador D. Artemio. Además, externamente (medios de comunicación, posibles financiadores e inversores) se identifica a D. Artemio como administrador de las sociedades del grupo y no a Vanyera, S.A., luego no hay administración de hecho notoria de la dominante. Vanyera, S.A. no constituye un poder autónomo de decisión que permita atribuirle la condición de administrador de hecho de Vanyera 3, S.L.

C) Complicidad.- Respecto a la declaración de complicidad de D.ª Raimunda, que la administración concursal y el Ministerio Fiscal pretendían subsidiariamente a la condición de administradora de hecho (petición lógicamente correcta, precisamente por ser subsidiaria), se suplica «*la condena por su evidente cooperación con las personas relacionadas en el artículo 166 de la LC*».

Si bien a la administración concursal, por su inmediatez al concurso, le podía parecer evidente la complicidad, el tribunal carece de esa inmediatez y no ha podido alcanzar tal grado de conciencia preclara que, por otra parte, la afectada no comparte. No es necesario mayor esfuerzo argumentativo para desestimar la pretensión



subsidiaria ni es procedente, porque el tribunal estaría supliendo la inactividad de los informantes causando indefensión a la persona afectada por la calificación.

Por último, la condición de cómplice de Vanyera, S.A. no se ha sostenido.

VI

COSTAS

Conforme al artículo 196.2 de la Ley Concursal en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, opera el **principio del vencimiento objetivo**, que no es absoluto sino que permite apreciar al tribunal que el caso presenta **serias dudas de derecho** en cuanto al objeto del presente juicio, considerando la ausencia de jurisprudencia sobre culpabilidad del concurso por incumplimiento del convenio, las divergencias doctrinales sobre las consecuencias del cumplimiento retrasado del deber de pedir la liquidación, así como la interpretación particular y divergente que las partes han mantenido sobre la extensión de la *cognitio* judicial, propiciada por el Auto de reapertura de la liquidación que contiene defectos de expresión que han podido llevar a confusión sobre el objeto del incidente. La modulación del vencimiento objetivo favorece a todos los intervinientes voluntarios.

Distintamente, las costas de D.^a Raimunda y de **Vanyera, S.A.** deben imponerse con cargo a la masa (SJM Barcelona nº 3 18-2-2008, *Red Elite de Electrodomésticos*) por el principio del vencimiento objetivo y porque el tribunal no alberga serias dudas de hecho o de derecho para excluir la condición de administradoras de hecho y, en el caso de D.^a Raimunda, de cómplice. Sobre la imposición al concursado de las costas y no a la administración concursal, declara la sentencia precitada que «tampoco parece procesalmente adecuado que la administración concursal haya de pechar con las costas del procedimiento dado que ni ella ni el Ministerio Fiscal han sido en realidad vencidos. Ambos actuaban y actúan en interés del concurso y es ese interés del concurso el que ha de llevarles en sus decisiones y actuaciones, no actúan en defensa de sus intereses personales, sino en defensa de un interés colectivo que trasciende incluso del interés particular de los acreedores».

Ahora bien, la pretensión de calificación se reputa **inestimable** luego sujeta a la limitación del artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (v. SSJM Barcelona nº 3 18-2-2008, *Red Elite de Electrodomésticos* y Las Palmas nº 1 19-2-2009, confirmada por SAP Las Palmas 4ª 147/2010, 19-3, *Sociedad Anónima Canaria de Obras*). Además, en la cuestión de si se es o no administrador de hecho o cómplice, no apreciamos una «*complejidad del asunto*» que nos lleve a disponer la inoperancia del límite del artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El **Ministerio Fiscal** interviene como parte, luego queda exento de las costas por disposición legal (art. 394.4 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y **DESESTIMO** la pretensión de calificación del concurso como culpable en razón de incumplimiento del convenio imputable a la concursada o a las personas afectadas por la calificación, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- **Absolver** a Artemio, a Raimunda y a **Vanyera, S.A.** de todos los pedimentos deducidos en su contra.

Segundo.- Condenar al pago de las **costas** de D.^a Raimunda y de **Vanyera, S.A.** a la concursada, debiendo satisfacerse con cargo a la masa, reputándose la pretensión inestimable; sin que haya lugar a condena en costas en cuanto a la pretensión frente a D. Artemio.

Así, por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

4 Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme y cabe interponer **recurso** de apelación contra ella del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas. En su caso, el recurso de apelación se preparará ante este tribunal dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al anunciarse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

4Ante las manifestaciones de D. Artemio respecto a D. Gines, que constan en acta, **dedúzcase testimonio** para el **Ministerio Fiscal**, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

4 Archívese el original de esta resolución en el Libro de sentencias y póngase testimonio literal en los autos de su razón.



Publicación .- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por S.S.^a Ilma., estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; de lo que como Secretario de este Juzgado, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ