



Roj: **SAP B 5873/2018 - ECLI:ES:APB:2018:5873**

Id Cendoj: **08019370152018100381**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **1094/2017**

Nº de Resolución: **400/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120160002193

Recurso de apelación 1094/2017 -3

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona

Procedimiento de origen: Incidente concursal oposición calificación (Art 171) 198/2016

Parte recurrente/Solicitante: Emiliano Y OTROS, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE PROYECTOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN (SAPIC)

Procurador/a: Isabel Palet Borrell

Abogado/a:

Parte recurrida: SOCIEDAD ANÓNIMA DE PROYECTOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES (SAPIC), Hilario , Catalina , Marino , Ricardo , Florinda

Procurador/a: Gloria Ferrer Massanas

Abogado/a:

Incidente concursal núm. 198/2016 (Pieza de calificación)

Dimanante de concurso núm. 503/2013 (Concurrada: Sociedad Anónima de Proyectos de Ingeniería y Construcciones -SAPIC-)

SENTENCIA núm. 400/2018

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En la ciudad de Barcelona, a trece de junio de dos mil dieciocho.

Parte apelante:



- a) Administración concursal y
- b) Emiliano y otros

Letrado/a: Sr. Javierre.

Procurador: Sra. Palet.

Parte apelada:

La concursada Sociedad Anónima de Proyectos de Ingeniería y Construcciones (SAPIC), Catalina , Florinda , Marino , Ricardo y Hilario .

Letrado/a: Sr. Moreno.

Procurador: Sra. Ferrer.

El Ministerio Fiscal

Resolución recurrida: sentencia

Fecha: 3 de julio de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Que debo desestimar y desestimo la solicitud de calificación culpable, formulada por la administración concursal, designada en el concurso de acreedores de la sociedad SOCIEDAD ANONIMA DE PROYECTOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES (SAPIC), y acogándose la oposición presentada frente a la misma, se declara el concurso FORTUITO* » .

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron sendos recursos de apelación la Administración concursal y el Sr. Emiliano y otros. Admitidos a trámite se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolos y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 22 de febrero pasado.

Actúa como ponente el magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece planteado el conflicto en esta instancia.

1. La Administración concursal (AC) calificó culpable el concurso de Sociedad Anónima de Proyectos de Ingeniería y Construcciones (SAPIC) con fundamento en las siguientes causas de culpabilidad:

- a) La causa genérica del art. 164.1 LC de agravamiento de la insolvencia.
- b) Irregularidades contables relevantes del art. 164.2.1.º LC .
- c) Inexactitudes en los documentos acompañados a la solicitud del art. 164.2.2.º.
- d) Salidas fraudulentas del art. 164.2.5.º LC .
- e) Retraso en la solicitud del concurso (165.1.º).

2. Los hechos sustanciales en los cuales se funda tal calificación que expone el informe propuesta de calificación de la AC fueron los siguientes:

- a) SAPIC concedió préstamos a empresas vinculadas por aproximadamente 22 millones de euros cuando ya se encontraba en una situación financiera comprometida y siendo conocedora asimismo del delicado estado de la mismas y de las dificultades de recuperar lo prestado. De hecho, ni siquiera exigió la devolución.
- b) Encargó y pagó a empresas vinculadas (UMBRACLE, S.L. y SAPIC HABITAT) prestaciones inexistentes o de valor inferior, por importe de casi 300 mil euros entre el mes de julio de 2011 y julio de 2013.
- c) Haber realizado compensaciones por valor de 127.000 euros a través de la cuenta de administradores correspondientes a deudas con la sociedad de diversos miembros de la familia Florinda Marino Ricardo Hilario .
- d) Condonación de deuda de empresas del grupo (Nova Meligo y SAPIC POLSKA) por importe de 21.337,81 euros y 27.134,31 euros respectivamente.



e) Pagos de sueldos y complementos a administradores por importes desproporcionados para la situación económica de la sociedad, así como por la existencia de anticipos y créditos a favor de los administradores. Se hace referencia a retribuciones adicionales de 32.000 euros, que se suman a las ya elevadas retribuciones ordinarias.

f) Se afirmaba que la situación patrimonial y financiera de la concursada era delicada durante los ejercicios 2011 y 2012 y se afirma que, caso de haber tenido en cuenta las escasas posibilidades de recuperar los créditos concedidos a empresas vinculadas, hubiera debido dotar en el ejercicio 2011 esos créditos con un resultado adverso de más de 11 millones de euros, en lugar de los beneficios de 451.126,71 euros que reflejaban sus cuentas.

g) Quince días antes de instar el concurso la concursada acuerda una refinanciación de deuda que involucra a varias de las vinculadas y que supuso la entrada de 1.900.000 euros cuyo destino no se deriva de las cuentas.

h) La concursada se encontraba desde el cierre de las cuentas del ejercicio 2011 en una situación patrimonial negativa que le abocaba al concurso, que debió haber presentado antes del 31 de mayo de 2012.

3. El Ministerio Fiscal discrepó de tal calificación y consideró en su informe que el concurso debía ser calificado como fortuito. Lo que, en síntesis, afirma el MF es que el núcleo de las razones por las que el AC considera que el concurso debe considerarse culpable se encuentra en los préstamos concedidos a empresas vinculadas, préstamos que en su mayor parte no fueron concedidos durante los dos años anteriores a la declaración del concurso sino mucho antes y que, aunque tales créditos no hubieran sido provisionados en las cuentas como irre recuperables, las cuentas se habían depositado con el informe del auditor de cuentas, quien expuso sus dudas sobre la recuperabilidad de tales inversiones. Por tanto, aunque pueda existir irregularidad contable, la misma no sería relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada.

4. La concursada y las personas afectadas por la propuesta de calificación culpable formularon oposición a la propuesta de calificación formulada por la AC considerándola injustificada. Analizaremos sus concretas alegaciones más adelante, cuando entremos en el examen de las concretas causas de culpabilidad que los recursos traen a nuestra competencia.

5. El juzgado mercantil calificó fortuito el concurso considerando que no habían resultado debidamente justificadas ninguna de las causas por las que se pretendía la calificación culpable.

6. El recurso de la AC insiste en la solicitud de que el concurso se califique culpable e imputa a la resolución recurrida los siguientes vicios, que tienen en común que denuncian error en la valoración de la prueba en relación con las siguientes conductas:

a) No consta la fecha de los préstamos de SAPIC a sus vinculadas ni la situación financiera de la prestamista a la fecha del préstamo correspondiente.

b) La venta de activos mobiliarios de la concursada a favor de personas vinculadas por un precio inferior a su valor contable y que generaron una pérdida injustificada a la sociedad.

c) El encargo y pago a empresas vinculadas de prestaciones inexistentes o de valor inferior.

d) En cuanto a las compensaciones en la cuenta de administradores.

e) La condonación de deudas a empresas del grupo (Nova Meligo, S.L. y SAPIC Polska SP z.o.o.)

f) Pagos de sueldos y complementos a administradores por importes desproporcionados, habida cuenta la situación de la sociedad.

g) La anticipación de la insolvencia a efectos de la causa de demora en la solicitud del concurso.

h) Irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación financiera de la sociedad.

El examen del recurso pone de manifiesto que la AC solo insiste en algunas de las causas de culpabilidad invocadas en su propuesta de calificación, no en todas ellas. Concretamente, las causas a las que se refiere el recurso son únicamente las siguientes:

La genérica del art. 164.1 LC ; y,

Irregularidades contables del art. 164.2.1.º LC .

7. El recurso presentado por los acreedores que encabeza el Sr. Emiliano (trabajadores de la concursada) también insiste en que el concurso debe calificarse culpable con fundamento en que son falsos los datos incluidos en la memoria presentada por la concursada al instar el concurso, lo que ha quedado corroborado por el plan de liquidación presentado que evidencia la inexistencia real de activos. También expresa que la situación de activos deteriorados era muy anterior a la solicitud y ha sido ocultada durante años, durante los



cuales invirtieron en sociedades vinculadas, ajenas a la actividad principal de la concursada. Alega que la situación de insolvencia se remonta a fecha 2 de enero de 2012. También alega que existen irregularidades contables relevantes.

Tampoco en este caso creemos que el recurso haya ido más allá de las causas de culpabilidad que ha invocado el AC en su recurso. Por tanto, quedan fuera de la discusión en esta instancia las siguientes causas: i) inexactitudes en los documentos acompañados a la solicitud del art. 164.2.2.º; ii) salidas fraudulentas del art. 164.2.5.º LC ; y iii) retraso en la solicitud del concurso (165.1.º).

SEGUNDO . Sobre la situación de insolvencia de la sociedad.

8. De forma previa, antes de entrar en el examen de los concretos motivos de apelación, creemos que es preciso referirnos al momento en el que se debe situar la insolvencia, en la medida en que se trata de una cuestión transversal, que no solo interesa a la causa de culpabilidad del art. 165.1.º LC , que como hemos anticipado no ha sido objeto de los recursos, razón por la que no podemos entrar en ella. Pese a que no podamos entrar en tal causa de culpabilidad, la ubicación temporal de la insolvencia constituye contexto necesario de las dos causas de culpabilidad a las que los recursos se refieren.

9. La AC, en su informe propuesta de calificación, situaba la insolvencia en fecha 31 de mayo de 2012, si bien con un argumento muy endeble: que era la fecha tope para formular las cuentas de 2011 y que de las mismas se derivaba sin duda la insolvencia como consecuencia de la situación patrimonial en la que se encontraba la sociedad. Con ello se estaba refiriendo muy probablemente a la situación de los fondos propios, que estimaba que quedaban muy deteriorados si se hubieran hecho las correcciones necesarias en la contabilidad de la concursada en el momento oportuno, cosa que no ocurrió.

10. La resolución recurrida determina con acierto que esos no son argumentos válidos para fijar la insolvencia, que el administrador concursal no se ha atendido al concepto de insolvencia que establece el art. 2.2 LC (*incapacidad para pagar regularmente las obligaciones*) ni a los indicios de insolvencia que se describen en el art. 2.4 LC . La situación de los fondos propios puede ser indicativa de que pudiera encontrarse la concursada en insolvencia pero no es prueba suficiente de la misma, ni tampoco constituye un indicio legal de la misma que nos permita presumirla.

Por tanto, igual que la resolución recurrida, nosotros hemos de estimar que no ha resultado acreditado que la concursada se encontrara en situación de insolvencia antes de los dos meses anteriores a haber instado el concurso. Y así creemos que lo ha terminado aceptando la AC cuando ni siquiera ha cuestionado la concurrencia de la referida causa de culpabilidad.

Esa cuestión creemos que tiene una incidencia muy importante respecto del enjuiciamiento de los motivos en los que se fundan los recursos.

TERCERO. Sobre la causa de culpabilidad del art. 164.1 LC .

11. El artículo 164.1 de la Ley Concursal dispone que el concurso será declarado culpable «... *cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso* ».

12. La aplicación de esta causa general de culpabilidad exige la concurrencia de tres requisitos legales:

a) Un elemento subjetivo: el dolo o culpa grave.

b) Un elemento objetivo: la generación o el agravamiento de la insolvencia.

y c) Un nexo o relación causal entre la acción u omisión grave o dolosa y la insolvencia, esto es, que el hecho doloso haya generado o agravado la insolvencia.

13. La AC aduce que se ha producido la agravación del estado de insolvencia de la concursada, por dolo o culpa grave de los administradores de la misma, plasmada en las siguientes actuaciones:

a) Concesión de préstamos a empresas del grupo en un período en que la concursada ya se encontraba en grave situación financiera, con conocimiento del estado en que se hallaban las prestatarias, y sin exigir nunca su devolución.

b) Condonación de la deuda de sociedades vinculadas.

c) Venta de activos mobiliarios de la concursada a favor de personas vinculadas por precio inferior a su valor contable que no aportan ningún beneficio a la sociedad, generando una pérdida injustificada.



- d) Pagos a terceros y a empresas del grupo por prestaciones inexistentes o por precio superior al de mercado.
- e) Compensaciones indebidas en las cuentas de administradores/socios.
- f) Pagos de sueldos y complementos a administradores por elevados importes, que no se adecuaban a la situación económico financiera de la sociedad.

14. La resolución recurrida analiza cada una de esas conductas y llega a la conclusión de que ninguna de ellas permite justificar la imputación de culpabilidad por esta causa. En cuanto a los préstamos a sociedades vinculadas, el juzgado mercantil considera que las conductas expuestas por la AC y que han resultado acreditadas no tienen la relevancia que permita apreciar la concurrencia de la causa de culpabilidad invocada. Considera que no existe condonación de deudas con las sociedades vinculadas; aprecia que los activos (acciones de Sapic Habitat) se vendieron por el precio fijado por un experto independiente; no están probados pagos a empresas vinculadas por prestaciones inexistentes; las compensaciones de las cuentas con administradores no son irregulares; no se acredita la condonación de deudas con Nova Meligo y Sapic Polska; y que no se había acreditado el carácter desproporcionado de los sueldos y complementos pagados a los administradores.

15. Los recursos insisten en la necesidad de declarar culpable el concurso al amparo de esta causa de culpabilidad. El del AC insiste en todos y cada uno de los hechos que en su opinión justificaría la apreciación de la concurrencia de esta causa de culpabilidad. Como se trata de unas alegaciones muy extensas, y que versan sobre hechos muy distintos, nos referiremos a ellas de forma separada más adelante. Aquí nos limitamos a resumir la idea que aportan ambos recursos que no es otra que concurren todos los presupuestos para que fuera apreciada esta causa de culpabilidad y que la resolución recurrida ha valorado de forma incorrectamente la prueba al llegar a una conclusión distinta.

CUARTO. Los créditos con las sociedades vinculadas como justificación de la causa de culpabilidad del art. 164.1 LC .

16. La resolución recurrida, después de analizar cada una de las diversas conductas a las que el informe propuesta de calificación de la AC se refiere, concluye que ninguna de ellas justifica la apreciación de que concurre esta causa. El argumento más repetido consiste en que los créditos a los que se refiere la AC no se generaron durante los dos años anteriores a la declaración del concurso sino que corresponden a inversiones realizadas muchos años antes.

17. El recurso de la AC, si bien acepta que la mayor parte del crédito con las vinculadas es anterior a 1 de enero de 2010, por tanto, fuera del periodo de dos años previo a la declaración del concurso, insiste en que existe una parte que se encuentra dentro de ese periodo de dos años, según el siguiente detalle:

- a) Con Mestral Meligó, 372.467,59 euros.
- b) A Sapic Habitat le inyectó 807.549,03 euros a través de compensaciones y por medio del pago de rentas por el arrendamiento de las naves a un precio muy superior al de mercado.
- c) En cuanto a Interequip, se acepta que es acreedora de la concursada y se afirma que, ello no obstante, durante los dos últimos años se inyectó en esta sociedad la suma de 669.325,63 euros, aunque la deuda con esta sociedad de la concursada era muy superior (912.204,33 euros).
- d) En cuanto a Meligó Sol, acepta que la mayor parte de la deuda era anterior a julio de 2011 (5.919.052,93 euros), si bien se invirtieron otros 388.760,25 euros dentro de los dos años previos al concurso.
- e) Respecto de Nova Meligo y Sapic Polska, también se acepta que únicamente se prestaron a las mismas 480,87 euros y 803,54 euros, si bien se afirma que tales importes no se provisionaron.
- f) En cuanto a Sant Julià de L'Ampolla, también se acepta que la mayor parte del préstamo se produjo antes de 2010, si bien se afirma que durante los dos años anteriores a la declaración se prestaron a esta sociedad 1.316.505,70 euros.

En conclusión, expone el AC en su recurso, la cifra global de financiación de Sapic a sus vinculadas durante los dos años anteriores a la declaración del concurso asciende a la suma de 3.555.892,61 euros. Y la situación de la concursada en 2011 ya era delicada, de forma que si hubiera provisionado los créditos incobrables su patrimonio neto hubiera sido negativo en más de dos millones de euros.

En suma, afirma la AC que concurre esta causa porque la concursada, encontrándose en situación de insolvencia, continuó prestando dinero a las vinculadas con conocimiento de que no podrían devolvérselo.

Valoración del tribunal



18. Creemos que la argumentación que expone la AC quiebra en un punto, la afirmación de que la concursada se encontraba en situación de insolvencia en el momento en el que continuó haciendo los préstamos a sociedades del grupo. Si ese hecho fuera cierto, o hubiera resultado acreditado, su argumentación sería consistente pues debemos compartir con la recurrente que resulta inaceptable que una sociedad en situación de insolvencia continúe operando, y particularmente acepte riesgos que pongan en peligro la garantía de sus acreedores incrementando su situación de insolvencia. Ahora bien, para que pueda llegarse a esa conclusión es preciso acreditar la situación de insolvencia, lo que no creemos que haya ocurrido. El AC se limita a poner de manifiesto la delicada situación por la que pasaba la concursada al cierre de los ejercicios 2011 y 2012 pero no ofrece datos indicativos de su insolvencia sino que se limita a justificar la situación de fondos propios negativos. Tal situación, aceptando que se produjera, no es necesariamente reveladora de insolvencia, sin perjuicio de las consecuencias legales que comporte, cuestión que no es relevante a estos efectos. Por tanto, los esfuerzos de la AC debieron dirigirse a acreditar la situación de insolvencia y no creemos que lo haya hecho, lo que nos impide apreciar que concurra esta causa de culpabilidad.

19. No concurriendo insolvencia, ante lo que nos encontramos es simplemente ante una sociedad dedicada a la construcción que ha hecho importantes inversiones en otras (dedicadas a la promoción inmobiliaria) durante la época de bonanza económica, que tales inversiones se han visto afectadas por la crisis económica que se produjo a partir de 2007 y que se ha visto atrapada ante la necesidad de seguir apoyando financieramente a esas sociedades para intentar recuperar tales inversiones o bien abandonarlas a su suerte. Ante tal situación, que haya optado por la primera posibilidad no creemos que sea reprochable de forma dolosa ni creemos que constituya una conducta que merezca el reproche de culpa grave, particularmente mientras la concursada tenía derecho a hacerlo, esto es, mientras no estaba en situación de insolvencia. Cuestión distinta hubiera sido que se hubiera acreditado que se encontrara en situación de insolvencia pues en tal caso no hubiera tenido derecho alguno a continuar poniendo en riesgo los derechos de sus acreedores. En tal caso, nos habríamos podido plantear al menos si había existido dolo o culpa grave. Pero no cuando ello no está acreditado que ocurriera.

QUINTO. Venta de activos mobiliarios de la concursada a favor de personas vinculadas.

20. Frente a la apreciación de la resolución recurrida, que no ha visto actuación incorrecta en la venta de participaciones de Sapic Habitat a los Sres. Florinda Marino Ricardo Hilario sino una mera operación de desinversión para generar recursos financieros con los que afrontar su difícil situación financiera, la AC señala que en su informe no imputó a esa operación el agravamiento de la insolvencia, atendido que tal operación estaba siendo objeto de una acción de reintegración, sino que aludió a la misma para ilustrar el elemento intencional que exige el tipo del art. 164.1 LC. A ello añade que la apreciación que hace la resolución recurrida de que esta operación fue correcta está lastrada de una incorrecta valoración de la prueba, ya que la venta se hizo por un precio inferior al valor contable de las participaciones e inferior al valor de mercado de las mismas (dos años antes Sapic había pagado por esas participaciones 3.900.000 euros y la venta a los Sres. Florinda Marino Ricardo Hilario se hizo por 1.200.000 euros). No había existido depreciación porque en el momento de la primera operación ya estaba plenamente consolidada la crisis económica y la situación del único activo de esa sociedad era idéntico en un momento y otro (estaba alquilado a *Interequip*), el pago no se hizo con dinero efectivo sino por medio de compensación de créditos con un único pago en efectivo de 17.000 euros, único recurso financiero que entró en la concursada. Y añade que ni siquiera ha podido acceder a los documentos acreditativos de los supuestos créditos que se compensaron ni se ha podido constatar la entrada de recursos a los que correspondieran tales créditos.

21. Los recurridos se opusieron a esta alegación afirmando que la propia AC en su informe provisional aceptó que el precio de venta de tales participaciones fue fijado por experto independiente y que el mismo fue pagado por los Sres. Florinda Marino Ricardo Hilario y dotó a Sapic de una financiación que los bancos no le concedían. Y también aceptó que el precio pagado por esas participaciones seguramente sería superior al de su posterior valor. También afirma que el precio pagado está perfectamente acreditado en autos (doc. 72).

Valoración del tribunal

22. Si la propia recurrente está aceptando que esta operación no agravó la insolvencia, con ello creemos que es suficiente para descartar que pueda justificar la apreciación de que concurra la causa de culpabilidad que examinamos, que exige la acreditación de que los hechos que la funden hayan agravado la insolvencia, esto es, el requisito objetivo del tipo a que antes nos referimos. A ello añadimos que, efectuada la venta de acuerdo con la valoración hecha por un experto independiente, no podemos considerar acreditado en estas actuaciones que la misma se hubiera realizado por un precio inferior al valor efectivo de las participaciones.

SEXTO. Pago a empresas vinculadas de prestaciones inexistentes.

23. La AC consideró que Sapic había pagado a dos sociedades vinculadas cantidades que no correspondían a servicios efectivamente prestados. Era el caso de Umbracle, a la que se afirmaba que se había pagado la suma



de 220.288,30 euros entre julio de 2011 y julio de 2013 por servicios de gestión (general, laboral y contable) que en realidad se prestaron por empleados de la propia concursada. Se afirmaba que tales pagos habían sido objeto de una acción de reintegración y que por esa razón no habían agravado la insolvencia. Y respecto de Sapic Habitat la alegación consistía en que había estado pagando unas rentas arrendaticias muy superiores a las de mercado, lo que comportaba un exceso mensual de 5.800 euros, lo que comportaba un mayor gasto de 64.000 euros anuales de gasto.

24. La resolución recurrida considera:

a) Respecto de los pagos a Umbracle, que la propia AC ha considerado que los mismos no constituyen un agravamiento de la insolvencia porque estaban siendo objeto de una acción de reintegración.

b) Respecto de la conducta relativa a Sapic Habitat, aun aceptando que está probado que las rentas eran excesivas, no ha considerado que merezca el reproche de la calificación culpable, atendido el escaso montante de esa cuantía (en relación con el patrimonio y las deudas de la concursada) y que estaba siendo objeto de enjuiciamiento en la acción de reintegración.

25. Creemos que lo que afirma la AC es que tales salidas injustificadas se produjeron y que si no son susceptibles de producir agravamiento de la insolvencia es como consecuencia del probable éxito de la acción de reintegración. No obstante, que prospere o no la acción de reintegración creemos que resulta indiferente pues lo relevante es si las salidas se llegaron a producir y con ello se originó un perjuicio para el patrimonio de la concursada, lo que implica un agravamiento de la insolvencia. El éxito de las acciones de reintegración puede evitar que las cantidades que posteriormente han vuelto a la masa no se tomen en consideración para determinar la responsabilidad concursal pero no debe impedir que pueda prosperar la calificación culpable. Más bien creemos lo contrario: si la reintegración llega a prosperar es porque no existía justificación para que tales salidas se produjeran o bien porque los pagos fueran perjudiciales para la masa. Aunque con ello no sea suficiente para justificar la apreciación de la existencia de esta causa de culpabilidad sino que antes es preciso examinar si concurren otros elementos del tipo, no podemos concluir que el hecho de que se haya ejercitado la acción de reintegración impida considerar estos hechos a los efectos de la calificación culpable.

26. Por tanto, no podemos compartir la valoración que hace el AC respecto que el mero ejercicio de la acción de reintegración pueda impedir que esas salidas, caso de existir y ser injustificadas, no hayan agravado la insolvencia. Ni siquiera en el caso de que la acción de reintegración hubiera triunfado podríamos sostener tal valoración, que constituye un error conceptual grave. Nada impide que un mismo hecho pueda ser simultáneamente objeto de una acción de reintegración y pueda fundar, a la vez, una causa de culpabilidad a efectos de calificación. Lo único que no sería admisible es que, si la acción de reintegración triunfa y se puede ejecutar la sentencia estimatoria, con la consecuencia de que vuelve a la masa lo que de ella salió de forma injustificada, pueda imputarse responsabilidad económica a los administradores. Pero no se conoce que tal sea el caso: no conocemos que la acción de reintegración haya sido resuelta y que los bienes que se afirma que salieron injustificadamente de la masa hayan vuelto a ella. Por tanto, resulta relevante el examen en el fondo de ambas imputaciones, cuestión que creemos que no ha hecho la resolución recurrida, que se ha conformado con una consideración liminar para rechazarlas.

27. En cuanto a Umbracle, lo que afirmaba en su informe la AC es que Sapic le había facturado por unos servicios que en realidad no se habían prestado y que como consecuencia de ello le había llegado a pagar en conjunto la suma de 220.288,30 euros. Tal imputación aparece debidamente justificada en los documentos acompañados a la propuesta de calificación. Concretamente, el doc. 30, un documento complejo, que incluye la demanda de reintegración y otros documentos tales como las facturas libradas por Sapic contra Umbracle, creemos que acreditan el hecho de que tales pagos se produjeron. El examen de las facturas indica que el concepto por el que se factura corresponde a servicios prestados por Umbracle a Sapic, concretamente, a gestión de personal, administrativa y de contabilidad. La AC fue tajante al afirmar que tales servicios no se llegaron a prestar y que era imposible que se hubieran podido prestar porque Umbracle no disponía de recursos materiales y humanos para ello, ya que solo tenía un empleado. Y también afirma que, en realidad, tales servicios se prestaban por empleados de la propia Sapic. En suma, se trata de imputaciones muy concretas y que merecían una respuesta también concreta en los escritos de oposición y que no la tuvieron, ya que los Sres. Florinda Marino Ricardo Hilario no pasaron de hacer justificaciones que no desvirtuaban tales imputaciones, como es la relativa a que era impensable que Umbracle afianzaba deudas de Sapic, razón por la que era impensable que quisieran descapitalizarla. Y también se refirieron a unas subcontratas que afirma que Umbracle asumió en sustitución de Sapic. Creemos que ninguna de esas explicaciones es convincente.

28. En cuanto a Sapic Habitat, el doc. 31 acompañado a la propuesta de calificación es asimismo indicativo de que el propio auditor de la concursada llegó a la conclusión que las rentas pactadas, cuyo importe debía examinar por tratarse de una operación vinculada, eran notoriamente excesivas, aproximadamente el doble de



los precios de mercado. Por tanto, también en este caso estamos ante una salida injustificada, tal y como ha apreciado la propia resolución recurrida. La cuantía de la misma es la suma de 64.000 euros/anuales (a razón de 5.800 euros mensuales de exceso). En dos años, la salida injustificada fue de 128.000 euros.

29. En suma, la cuestión está en si unas salidas injustificadas de 220.288,30 euros y de otros 128.000 euros pueden determinar que el concurso se declare culpable al amparo de la causa de culpabilidad en examen y la respuesta que esa cuestión merece nos parece que debe ser afirmativa. Existe agravamiento de la insolvencia y el hecho nos parece en ambos casos constitutivo de dolo o culpa grave.

SÉPTIMO. Compensaciones indebidas en la cuenta de administradores.

30. El AC consideró que también estaba justificada la apreciación de la causa de culpabilidad del art. 164.1 LC porque se había practicado una compensación injustificada entre créditos y deudas de la familia Florinda Marino Ricardo Hilario con la concursada en fechas próximas a la solicitud del concurso.

31. La resolución recurrida considera que no está acreditado el carácter irregular de tal compensación y que la misma sea relevante desde la perspectiva del agravamiento de la insolvencia. El recurso insiste en esta causa de culpabilidad alegando que el importe de las deudas compensadas es de cerca de 127.000 euros y que una de las razones de la compensación fue precisamente la compra de las participaciones de Sapic Habitat.

Valoración del tribunal

32. No podemos compartir que por esta razón se pueda calificar culpable el concurso al amparo de la causa del art. 164.1 LC cuando no está acreditado que en el momento de acordarse la compensación se encontrara la concursada en insolvencia, de forma que la misma es irrelevante desde la perspectiva del agravamiento de la insolvencia, todo ello sin perjuicio de que pudiera estar justificada su reintegración por perjuicio indirecto, lo que asimismo exige el acreditamiento de la situación de insolvencia en el momento en el que la misma se produjo.

OCTAVO. Pagos a administradores.

33. El AC consideró justificado apreciar la causa de culpabilidad del art. 164.1 LC por haberse pagado a los miembros del consejo unas retribuciones desproporcionadas y afirmaba que habían percibido 32.000 euros adicionales a sus ya elevados emolumentos sin que existiera acuerdo de la junta que justificara tales emolumentos. Cantidad a la que habría que añadir la cuota de *renting* mensual de 842,89 euros correspondiente a un vehículo usado por la Sra. Florinda .

34. Tanto la concursada como sus administradores se opusieron a este hecho alegando que los administradores se habían bajado progresivamente sus remuneraciones, tanto en concepto de remuneración salarial como por formar parte del consejo, durante los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso y que avalaban posiciones de la concursada por más de 3 millones de euros.

35. La resolución recurrida no considera acreditado el carácter desproporcionado de tales retribuciones y afirma que se trata de una imputación de carácter genérico. También afirma que ha resultado acreditado que lo que se produjo fue una disminución de tales retribuciones entre 2011 y 2012 y que en 2013 se suprimieron. Considera acreditado que las retribuciones de los consejeros fueron de 33.233,76 euros durante 2011 (con la salvedad de uno de ellos que percibía 63.000 euros), que en el ejercicio 2012 se redujeron a 5.000 euros y que en 2013 se suprimieron, si bien señala que dos de los consejeros, que realizaban funciones directivas, percibieron unos 76.000 euros anuales adicionales en los ejercicios señalados e indica que pagaba una cuota mensual de 842,89 euros de *renting* por un turismo BMW.

36. El recurso del AC insiste también en este concepto y afirma que está acreditado en autos que durante los dos años anteriores a la declaración del concurso que los Sres. Florinda Marino Ricardo Hilario y Catalina , sin mediar acuerdo de la junta y únicamente por sus funciones como miembros de la junta, percibieron las siguientes cantidades:

- a) El Sr. Hilario , 37.102,87 euros.
- b) Catalina , 19.386,36 euros.
- c) Marino , 19.386,36 euros.
- d) Ricardo , 19.386,36 euros.
- e) Florinda , 19.386,36 euros.

Y expresa que el matrimonio formado por Hilario y Catalina , así como su hija Florinda , no tenían ningún conocimiento ni facultad de decisión dentro del Consejo, no asistían a las reuniones ni sabían nada de la



marcha de la empresa, pese a lo cual cobraban como consejeros y Catalina también en especie (el *renting* del coche BMW X3).

Valoración del tribunal .

37. Creemos que el acento no se debe situar tanto en si las retribuciones señaladas a los administradores eran proporcionadas cuanto en que no existía acuerdo de la junta que las justificara. Esa ausencia de acuerdos era afirmada por el AC en su propuesta de calificación culpable y no fue negada en los escritos de oposición a la misma; y ha sido asimismo reiterada en el recurso y tampoco negada por los recurridos. Por tanto, debemos considerar acreditado que, a pesar de que los estatutos establecían el carácter remunerado del cargo, no se había cumplido con lo que también afirmaban los estatutos, esto es, la necesidad de que las retribuciones del órgano de administración fueran aprobadas por la junta. No concurriendo tal aprobación, las remuneraciones percibidas no tienen justificación alguna, aunque sea cierto que las retribuciones del consejo y de los administradores directivos fueran disminuyendo ostensiblemente durante los tres años anteriores a la declaración del concurso.

Y, respecto de la cuota mensual de *renting* del vehículo que disfrutaba la Sra. Florinda , la cuestión está en que no se ha discutido que no existía razón alguna que permitiera justificar ese pago por parte de la concursada cuando la utilización del mismo no estaba justificada por las funciones que la misma desarrollaba para la concursada.

38. Ahora bien, que hayan existido esas salidas injustificadas no determina que por las mismas se deba, necesariamente, calificar culpable el concurso al amparo de la causa del art. 164.1 LC . En este caso estimamos que no concurre el elemento subjetivo del tipo, esto es, la existencia de dolo o culpa grave. El mero hecho de que pueda existir una irregularidad en el pago de las retribuciones cuando no existía acuerdo social que lo justificara estimamos que no es un argumento suficiente, atendido que consideramos que se trata de un hecho que es preciso enjuiciar en un entorno de normalidad social (esto es, de una situación de inexistencia de insolvencia) y que no es una práctica societaria infrecuente la de repartir dividendos por medio de la retribución a los integrantes del órgano de administración o de prestaciones en especie. Esa razón determina que, aunque sea una práctica discutible, no podamos construir en torno a ella el elemento subjetivo del tipo.

NOVENO. Sobre la causa de culpabilidad de irregularidades contables (art. 164.2.1º LC).

39. Las razones por las que considera el AC que concurre la causa de culpabilidad de irregularidades contables relevantes son las siguientes:

- a) Haber pagado a Campus San Just la suma de 17.000 euros, cantidad que carece de soporte en factura alguna.
- b) Haber pagado al Sr. Eulogio , un asesor inmobiliario, diversas facturas en concepto de asesoramiento sin que conste que tal asesoramiento se haya producido. En total la cantidad es de 50.558,86 euros y corresponde a una transferencia de 3-10-2006 y a otros pagos menores (el mayor es de 428,86 euros) de 2010.
- c) Falta de dotación del deterioro de las inversiones y de los préstamos incobrables, que estima que tiene una repercusión en las cuentas de 2012 de - 7.082.416,86 euros.
- d) También se refirió a otros conceptos que ya se han analizado en fundamentos anteriores, tales como la condonación de deuda a Nova Meligó y Sapic Polska, a las compensaciones irregulares en la cuenta de socios y administradores y a la operación de financiación con Bankia.

40. El Ministerio Fiscal y las demás partes personadas se opusieron a esta causa de culpabilidad considerando que no estaba justificada la apreciación de esta causa por ninguna de las razones que apunta el AC. En cuanto a los pagos, consideran que ni constituyen irregularidad alguna ni tienen carácter relevante, dada su escasa entidad; en cuanto a la falta de dotación, porque el informe de auditoría ya ilustraba suficientemente sobre esa posibilidad y la descartaba. Y, respecto de las demás causas, considera que no existe irregularidad alguna que las justifique.

41. La resolución recurrida considera que no concurre esta causa de culpabilidad porque no ha resultado acreditada la existencia de irregularidad alguna y también por la falta de relevancia de los hechos que la pretenden justificar.

42. El AC insiste en la concurrencia de la causa en examen y en cada uno de los motivos que, de acuerdo con su opinión, la justificarían e imputa error en la valoración de la prueba a la resolución recurrida.

Valoración del tribunal

43. Creemos que no está justificada esta causa de culpabilidad, por las siguientes razones:



a) No tiene justificación alguna pretenderla fundar en pagos tan irrelevantes y que no se discute que se produjeron de forma efectiva, razón que justifica que deban figurar expresados en la contabilidad. La irregularidad hubiera consistido en no hacerlos aparecer si se efectuaron de forma efectiva. En cuanto a los relativos al Sr. Eulogio , el único significativo es de 2006, razón por la que no entendemos por qué lo menciona siquiera el informe propuesta de calificación; y los demás son de cuantías insignificantes y se realizaron en 2010.

b) En cuanto a las operaciones de Nova Meligó y Sapic Polska y las compensaciones en la cuenta de socios, ya nos hemos referido antes a esos conceptos y no merece la pena insistir en los mismos, salvo para confirmar el criterio de la resolución recurrida, esto es, que no consideramos que exista irregularidad contable alguna.

c) En cuanto a la operación de refinanciación de Bankia, ni siquiera acertamos a comprender lo que ha querido afirmar el AC que parece imputar exclusivamente un error de concepto en la contabilización, error que, caso de existir, es irrelevante.

d) La única imputación que tiene algo de fundamento es la relativa a las dotaciones de los deterioros de los activos, que el propio informe sitúa en las cuentas de 2012. Pero, aún aceptando que las cuentas pudieran no haber reflejado suficientemente la dotación por deterioro (lo que creemos discutible o no probado), es un dato muy relevante que el informe de auditoría se haga eco de ella porque con ello queda satisfecho el interés que se trata de tutelar con las cuentas, esto es, el de los acreedores, que con tal informe tenían datos suficientes para conocer la situación patrimonial de la sociedad. Por tanto, aunque existiera relevancia cuantitativa, no la existiría cualitativa.

DÉCIMO. Imputación personal.

44. Limitada la calificación culpable a la causa del art. 164.1 y a los hechos a los que nos hemos referido en el fundamento jurídico sexto, esto es, los pagos injustificados a dos empresas vinculadas (Umbracle y Sapic Habitat), es preciso analizar a quién es posible imputar personalmente la responsabilidad por tales hechos. La AC no hizo ni siquiera un mínimo esfuerzo de justificación de tal imputación. Se limitó a imputar la responsabilidad a todas las personas físicas que han ostentado el cargo de administrador de la concursada.

45. El art. 172.2, 1.º LC dispone que: «(l) a determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición» (énfasis añadido).

46. Por tanto, ostentar o haber ostentado el cargo de administrador es un presupuesto de partida pero no razón suficiente para hacer la imputación de responsabilidad, particularmente en un caso como el enjuiciado en el que está acreditado que los administradores que efectivamente tomaban decisiones no eran todos los integrantes del consejo de administración. El propio AC afirma que solo los Sres. Marino e Ricardo asumían funciones ejecutivas. Y es más, de ellos, afirma el AC que el Sr. Marino asumía funciones de director financiero y director comercial y que era el Sr. Ricardo quien ejercía como director general. Ante ello, creemos que, atendidos los hechos que hemos tomado en consideración al hacer la calificación culpable, debemos considerar como única persona física afectada al Sr. Ricardo , el único en cuya esfera de decisión personal podemos considerar incluidos los hechos imputados.

47. La entidad de los hechos que justifican la calificación culpable no justifica que la inhabilitación se deba imponer más que por el mínimo legalmente admisible, esto es, dos años.

UNDÉCIMO. Responsabilidad concursal.

48. El AC solicita la condena a la cobertura del déficit concursal e invoca el art. 172.3 LC . Creemos que en nuestro caso la responsabilidad concursal se encuentra bien delimitada por las sumas que salieron indebidamente del patrimonio de la concursada, que se concretan en la suma de 220.288,30 euros (Umbracle) y de 128.000 euros (Sapic Habitat). Por tanto, la condena del Sr. Ricardo se debe limitar al pago de la suma de 348.288,30 euros.

49. Tal suma quedará minorada, en su caso, por los importes que eventualmente se hubieran podido recuperar por la masa como consecuencia de un eventual éxito de las acciones de reintegración ejercitadas.

DUODÉCIMO. Costas.



50. No existen razones que puedan justificar la imposición de las costas derivadas de la sustanciación de los incidentes de oposición a la propuesta de calificación de la AC.

51. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas a los apelantes, al haber sido estimados en parte los recursos.

FALLAMOS

Estimamos en parte los recursos de apelación interpuestos por la Administración concursal y por Emiliano y otros contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 3 de julio de 2017 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos.

Calificamos culpable el concurso de Sociedad Anónima de Proyectos de Ingeniería y Construcciones (SAPIC), con las siguientes consecuencias:

a) Declaro como persona afectada por tal calificación al Sr. Ricardo , a quien inhabilito para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona durante un periodo de dos años.

b) Condeno al Sr. Ricardo a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa y a devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa.

c) Condeno al Sr. Ricardo a pagar a la masa, en los términos que se especifican en el fundamento jurídico undécimo, la suma de 348.288,30 euros.

No se hace imposición de las costas de ninguna de las instancias.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.