



Roj: **SAP IB 2984/2012 - ECLI:ES:APIB:2012:2984**

Id Cendoj: **07040370052012100534**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **28/12/2012**

Nº de Recurso: **615/2012**

Nº de Resolución: **565/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

#### **PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00565/2012

ROLLO DE SALA 615/2012

#### **SENTENCIA nº 565**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

D<sup>a</sup>. MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma de Mallorca, a veintiocho de diciembre de dos mil doce.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, los Autos de Pieza de **Calificación** (Sección VI) del Concurso Ordinario 312/2005, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el Rollo de Sala 615/2012, entre partes, de una, como parte apelante, D. Federico , representado por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL SOCÍAS ROSSELLO y asistido por el Letrado D. ANTONIO SASTRE OLIVER; y de otra, como parte apelada, la ADMINISTRACIÓN **CONCURSAL** DE FUTUR AMER S.L.; de otra, como apelados no comparecidos en esta alzada, VIBRADOS BALLESTER S.A., BANCO DE SANTANDER S.A., ISLA VERDE JARDINERÍA Y SERVICIOS S.L., MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN COLONIA DE SANT PERE S.L., CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID y GUIX I DECORACIÓ GOMILA GOST; de otra, como apelados en rebeldía procesal en las presentes actuaciones, D. Plácido y FUTUR AMER S.L.; es parte el MINISTERIO FISCAL.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, se dictó Sentencia en fecha 14 de septiembre de 2011 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Con estimación de la solicitud de declaración de **calificación culpable** formulada por la Administración **Concursal** de Futur Amer SL y del Ministerio Fiscal: 1. DEBO DECLARAR Y DECLARO **CULPABLE** el concurso de Futur Amer SL. 2. DEBO DECLARAR Y DECLARO a D. Federico y D. Plácido como personas afectadas por la **calificación**. 3. DEBO CONDENAR Y CONDENO a los afectados a la inhabilitación por quince años, para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. 4. DEBO CONDENAR Y



CONDENO a los afectados a perder cualquier derecho de contenido económico que ostenten o puedan ostentar en el concurso. 5. DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Federico y D. Plácido a satisfacer el total del déficit **concurzal**. 6. Todo ello con imposición de las costas a los demandados. Expídanse mandamientos al Registro Mercantil y Civil para la práctica de los asientos conducentes a la constancia registral de la presente resolución, en especial, de la declaración de **culpable** del concurso y de la inhabilitación de D. Federico y D. Plácido ".

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia fue recurrida en Apelación por la representación procesal de D. Federico y, seguido el recurso por sus trámites, se celebró Vista pública en fecha 17 de diciembre de 2012, con requerimiento a la Administración **Concurzal** para la aportación de documental, requerimiento que fue cumplimentado a 27 de diciembre de 2012, quedando el recurso concluso para dictar la presente.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han seguido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la pieza de **Calificación** del Concurso nº 312/2005 de la entidad "Futur Amer, SL", la Administración **Concurzal** presentó informe solicitando que "se dictase una sentencia en la que: 1. Se declare el concurso de Futur Amer SL como **culpable**. 2. Se declare a D. Federico y D. Plácido como personas afectadas por la **calificación**. 3. Que se condene a los afectados a la inhabilitación por quince años. 4. Que se condene a los afectados a perder cualquier derecho de contenido económico que ostenten o puedan ostentar en el concurso, más los daños y perjuicios que se hubiesen causado. 5. Que se condene a D. Federico y D. Plácido a satisfacer a los acreedores el 100% de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa" ; al que se adhirió el Ministerio Fiscal; y se opuso D. Federico ; y ni la entidad concursada ni D. Plácido se personaron en la Sección ni formularon oposición a las pretensiones deducidas en su contra; recayendo Sentencia a 14 de septiembre de 2011 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Con estimación de la solicitud de declaración de **calificación culpable** formulada por la Administración **Concurzal** de Futur Amer SL y del Ministerio Fiscal: 1. DEBO DECLARAR Y DECLARO **CULPABLE** el concurso de Futur Amer SL. 2. DEBO DECLARAR Y DECLARO a D. Federico y D. Plácido como personas afectadas por la **calificación**. 3. DEBO CONDENAR Y CONDENO a los afectados a la inhabilitación por quince años, para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. 4. DEBO CONDENAR Y CONDENO a los afectados a perder cualquier derecho de contenido económico que ostenten o puedan ostentar en el concurso. 5. DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Federico y D. Plácido a satisfacer el total del déficit **concurzal**. 6. Todo ello con imposición de las costas a los demandados. Expídanse mandamientos al Registro Mercantil y Civil para la práctica de los asientos conducentes a la constancia registral de la presente resolución, en especial, de la declaración de **culpable** del concurso y de la inhabilitación de D. Federico y D. Plácido ".

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de D. Federico , alegando la infracción de normas procesales al haber solicitado una pericial judicial y la celebración de vista, y no fueron admitidas; que el art. 169.3 de la Ley **Concurzal** no abre paso a supuestos de culpabilidad distintos al incumplimiento imputable del convenio; que el Sr. Federico no pudo solicitar la liquidación pues había vendido las participaciones sociales a D. Plácido a 14 de marzo de 2008, amén de que desplegó esfuerzos razonables para la supervivencia de la sociedad; que la utilización posterior de los bienes corresponde al nuevo administrador; que no hay prueba suficiente de salidas fraudulentas de activos; que la falta de documentación societaria y las irregularidades relevantes en la contabilidad no afectan al cumplimiento del convenio; que el dictamen pericial hubiera corroborado la inviabilidad del convenio; que el Sr. Federico vendió sus participaciones sociales por lo que no es un administrador de hecho; que no se ha acreditado que la actuación del Sr. Federico haya provocado o agravado el incumplimiento del convenio suscrito con los acreedores; por todo lo cual interesa que se dicte "sentencia estimando el recurso presentado, revocando la sentencia de instancia, y declarando el concurso de FUTUR AMER, S.L. como fortuito, y en su defecto, se declare que la **calificación** del concurso como **culpable** no afecta Don. Federico , y subsidiariamente revoque la condena de inhabilitación por quince años y la obligación de satisfacer a los acreedores el 100% de los créditos que no perciban de la liquidación de la masa activa, con expresa imposición de costas a quien se opusiere" .

El Ministerio Fiscal, en su informe de fecha 29 de junio de 2012, se opuso al recurso interesando su desestimación, y la confirmación de la resolución recurrida.

La Administración **Concurzal** asimismo se opuso al recurso, alegando que la contraparte no solicitó la práctica de prueba alguna ni determinó el objeto de la pericial, siquiera en reposición de la providencia de 15 de marzo de 2011; que la Administración **Concurzal** ha determinado en su informe las causas del incumplimiento y calificó como **culpable** el presente concurso; que el Sr. Federico designó un nuevo administrador con la finalidad de eximirse de sus responsabilidades; que la desaparición de activos no se ha destinado al pago de créditos concursales; que las conductas **culpables** y fraudulentas han quedado acreditadas; que el Sr. Federico aparece



como persona afectada como responsable de dar cumplimiento al convenio durante el período que ejerció el cargo de administrador, al igual que el Sr. Plácido ; por todo lo cual interesa que se dicte Sentencia por la que desestime el recurso y condene en costas a la parte recurrente.

En fecha 17 de diciembre de 2012 se celebró la vista convocada por este Tribunal con el resultado que recoge la grabación audio visual; y la Administración **Concursal** presentó la documentación requerida, quedando unida al Rollo de Sala.

**SEGUNDO.-** En sede de **Calificación** del Concurso, procede adelantar la normativa directa en supuestos de incumplimiento previo de un convenio, calificado de fortuito, y posterior apertura de la fase de liquidación y con formación de la sección sexta de **Calificación**; y así, previene el art. 142.3 de la Ley **Concursal** que "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", y el nº 4 que "si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta ley . Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá el Juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación". Por su parte, el art. 143.1.5º establece que "procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos: ..... haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio"; el art. 163.1.2º que "procederá la formación de la sección de **calificación** del concurso: ..... en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación"; el art. 164 que "el concurso se calificará como **culpable** cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. En todo caso, el concurso se calificará como **culpable** cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1º. Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. 2º. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 3º. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado. 4º. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. 5º. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 6º. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. 3. Del contenido de la sentencia de **calificación** del concurso como **culpable** se dará conocimiento al registro público mencionado en el art. 198"; y el art. 166 que "se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la **calificación** del concurso como **culpable**".

Además, el art. 167.2 previene que "Cuanto se hubiera formado la sección de **calificación** como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1º 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: 1º. Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de **calificación**, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución. 2º. En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de **calificación** que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este capítulo que le sean de aplicación"; y el art. 172.3 que "si la sección de **calificación** hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como **culpable**, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa"; éste último modificado por la Ley 38/2011 por introducción o adición de un nuevo artículo 172 .bis, por el cual "1. Cuanto la sección de **calificación** hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la **calificación** a la cobertura, total o parcial, del déficit. Si el concurso hubiera sido ya



calificado como **culpable**, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de **calificación** como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la **calificación** del concurso. 2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración **concurzal**. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración **concurzal** la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración **concurzal** no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento. 3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de **calificación** se integrarán en la masa activa del concurso. 4. Quienes hubieran sido parte en la sección de **calificación** podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación".

Pues bien, en aplicación de la normativa reseñada, y en supuestos similares, se ha pronunciado este Tribunal, ad exemplum en la Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, en el sentido de que: "como ya se indicó en la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 2.009, en materia de **calificación** del concurso, la LC emplea tres criterios diferentes: el primero (art. 164.1) es una regla expresada en términos abiertos, en la que entiende que el concurso es **culpable** cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor (o representantes, o administradores), de lo que deriva que ese dolo o culpa han de estar ligados a la generación o la agravación de la insolvencia. El segundo criterio califica la culpabilidad del concurso de forma objetiva, cuando se da alguno de los supuestos previstos en el art. 164.2 LC (presunciones iuris et de iure de culpabilidad), siendo ya ajena ("en todo caso, el concurso se calificará como **culpable** .....") a la concurrencia de culpa o dolo y, por ende, al nexo causal que pudiera mediar entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia. Las conductas previstas en el art. 164.2 de la LC, también son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter **culpable** del concurso, bastando con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter gravemente culposo de las mismas ni deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad. Las presunciones del art. 164.2 son "iuris et de iure" y no admiten prueba en contrario, por lo que probado el hecho base no precisan que se haga de la consecuencia, o que se deduce de las palabras "en todo caso" empleadas en la norma, lo que implica una falta de claridad y precisión que implica que la contabilidad no es ordenada como exige el artículo 25.1 del Código de Comercio. El tercer criterio es el de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave que se efectúa en el art. 165 LC, en el que se, tipifican otras tres conductas que, del mismo modo, y por su condición antijurídica, presumen "per se" la culpabilidad, aunque en este caso, como se ha dicho, admitiendo prueba de que no concurría ni dolo ni culpa grave. Por tanto, es absolutamente indiferente, a los efectos de **calificación** del concurso como **culpable** por la vía del art. 164.2 LC que se pueda establecer o no un vínculo causal entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Como se indica en la SAP de Madrid de 6 de marzo de 2.009 " Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la propia conducta tipificada en el art. 164.2 de la Ley **Concurzal** y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable".

En la Sentencia de 7 de marzo de 2012 que: "La Ley **Concurzal** (en lo sucesivo LC) configura la culpabilidad **concurzal** mediante el empleo de una cláusula general en el art. 164.1, que cuenta con autonomía propia, y la descripción de ciertos comportamientos típicos determinantes de culpabilidad, configurados a través de un singular sistema de presunciones, de carácter iuris et de iure en el apartado segundo del mismo precepto, y de presunciones iuris tantum en su art. 165.

La explicación del sistema responde a la lógica de que todo pronunciamiento judicial sobre culpabilidad exige la determinación de ciertos hechos con el carácter de probados, pero ante la dificultad de acreditar determinados elementos anímicos o internos de la actuación del deudor la ley establece diferentes tipos de presunciones que facilitan la obtención de la consecuencia jurídica partiendo de un hecho base que debe resultar cumplidamente acreditado.

Son requisitos para el éxito de la pretensión de **calificación**: a) la existencia de un comportamiento, activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o la agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa, elemento favorecido por las mencionadas presunciones legales; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.





En punto a la caracterización de las partes del proceso, los legitimados principales en el lado activo lo son el administrador **concurzal** y el Ministerio Fiscal. El análisis de la peculiar posición que en la sección de **calificación** desempeñan acreedores e interesados en hacer valer la pretensión de culpabilidad, no ocupa en este lugar. El informe del administrador y el dictamen del Fiscal son actos formales de parte por medio de los cuales se ejercita la correspondiente pretensión, por lo que su papel es el mismo que en el proceso desempeña la demanda. La utilización de una peculiar terminología para referirse al acto de promoción del proceso, evitándose el empleo del término "demanda" no tiene otra explicación que el apego a los vocablos de la legislación histórica, sin que de aquéllos quepa deducir efecto jurídico alguno. El art. 169.1 alude a "informe razonado y documentado" porque ésta era la forma en que los textos previgentes aludían al acto que ponía en marcha el proceso de **calificación**, con su forma inquisitiva.

Como manifestación del principio dispositivo, -exigencia general del proceso civil, vigente en el proceso **concurzal** entre otras razones por la remisión en bloque que a la legislación procesal común realiza la Disposición Final 5ª de la LC -, la puesta en marcha del proceso de **calificación**, una vez que proceda su apertura de oficio al concurrir los supuestos legales, requiere el ejercicio de una pretensión por parte de un tercero ajeno al órgano jurisdiccional. Por tal motivo entendemos que de la cita del art. 169 se sigue la conveniencia, -o la carga procesal-, de que la pretensión de la administración se deduzca en **forma de demanda**, con el contenido previsto en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Así lo ha entendido el propio TS en su sentencia de 24.4.2009 , cuando exige que en la fundamentación del informe y del dictamen "consten los hechos relevantes para la adecuada **calificación** y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente", aunque pueda no resultar precisa la cita concreta de preceptos legales.

La ley expresamente se refiere a la necesidad de que el informe contenga alusión a los "hechos relevantes" para la **calificación**, "con propuesta de resolución". Si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresarse la identidad de las personas a las que deba afectar la **calificación** y de los cómplices, "justificando la causa", así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir, y petitum concreto. De forma coherente con esta previsión, la sentencia que declare **culpable** el concurso habrá de contener "la determinación de las personas afectadas por la **calificación**, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de las personas jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. ". Finalmente, también nos resulta evidente que la obligada vigencia de los principios del proceso civil obligan a que la sentencia de **calificación** respete las exigencias de la congruencia, cuestión que, como con conocida reiteración proclama el TC, enlaza directamente con valores constitucionales".

Y Sentencias de 21 de abril de 2010 ; y 8 de marzo de 2010 , por la que: "Y, como decía este Tribunal en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 :

"Para la adecuada resolución de los distintos motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente, se estima oportuno comenzar reseñando que como afirma la SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2007 , la sección de **calificación** tiene por objeto, en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o **culpable**, y sólo en el caso de declararse **culpable**, la sentencia deberá identificar a las personas afectadas por dicha **calificación** y, en su caso, a los cómplices y pronunciarse sobre los efectos personales y patrimoniales previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 172 de la Ley **Concurzal** , en los términos de las pretensiones deducidas por las partes.

La Ley **concurzal**, no define ni fija los presupuestos del concurso fortuito, pues se limita a señalar cuándo el concurso es **culpable**, por lo que en sentido negativo o por exclusión, el concurso se calificará como fortuito cuando no sea **culpable**.

El artículo 164.1 de la Ley **Concurzal** , impone la **calificación** de concurso **culpable** cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso **culpable** son los siguientes:

- 1) Comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho;
- 2) Generación o agravación de estado de insolvencia;
- 3) Que sea imputable a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve;



4) Nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la **calificación** y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Ante la dificultad de la prueba de los requisitos de la declaración del concurso **culpable** y, en especial, del elemento subjetivo del dolo o culpa grave, aquélla se favorece por la Ley con las presunciones previstas en los artículos 164.2 y 165 de la Ley **Concursal**.

Desde luego, no tienen la misma amplitud las presunciones iuris tantum del artículo 165, que las presunciones iuris et de iure, del artículo 164.2 y no sólo porque aquéllas, a diferencia de éstas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones iuris et de iure, amparan todas y cada uno de los requisitos o elementos exigidos por la declaración de concurso **culpable**. Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164.2, el concurso inexorablemente debe calificarse como **culpable**. Así el citado precepto señala que "En todo caso, el concurso se calificará como **culpable** cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos".

Por el contrario, las presunciones del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados. Así, mientras que el artículo 164.2 presume, cuando concurren determinados hechos, el concurso como **culpable**, sin admitir prueba en contrario, el artículo 165 sólo permite presumir uno de los elementos del concurso **culpable** cual es la concurrencia de dolo o culpa grave.

En similar sentido se ha pronunciado esta Audiencia al decir, en sentencia de 9 de noviembre de 2009, que "en materia de **calificación** del concurso, la LC emplea tres criterios diferentes: el primero (art. 164.1) es una regla expresada en términos abiertos, en la que entiende que el concurso es **culpable** cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (o representantes o administradores), de lo que se deriva que ese dolo o culpa han de estar ligados a la generación o la agravación de la insolvencia. El segundo criterio califica la culpabilidad del concurso de forma objetiva, cuando se da alguno de los supuestos previstos en el artículo 164.2 LC (presunciones iuris et de iure de culpabilidad), siendo ya ajena ("en todo caso, el concurso se calificará como **culpable**...") a la concurrencia de culpa o dolo y, por ende, al nexo causal que pudiera mediar entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia. Las conductas previstas en el artículo 164.2 de la LC, también son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas, el carácter **culpable** del concurso, bastando con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter gravemente culposo de las mismas ni deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad. Las presunciones del art. 164.2 son iuris et de iure y no admiten prueba en contrario por lo que probado el hecho base no precisan que se haga de la consecuencia, lo que se deduce de las palabras "en todo caso" empleadas por la norma... El tercer criterio es el de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave que se efectúa en el art. 165 LC, en el que se tipifican otras tres conductas que, del mismo modo, y por su condición antijurídica, presumen per se la culpabilidad, aunque en este caso, como se ha dicho, admitiendo prueba de que no concurría ni dolo ni culpa grave...".

Ídem, en sentencias de 10 de diciembre de 2009, de 9 de noviembre de 2009, 22 de septiembre de 2008, y de 21 de mayo de 2007, entre otras; y STS de 20 de junio y 16 de enero de 2012.

Y -como se detallará- tales preceptos y derivadas enseñanzas jurisprudenciales son plenamente aplicables al supuesto de autos, amén de que devienen impecables las consideraciones jurídicas que desgrana el Juzgador de instancia.

**TERCERO.-** Cierto es que la parte ahora recurrente solicitó la celebración de vista pero resultaba innecesaria frente a que las pruebas documentales fueron las únicas propuestas y admitidas. Por demás, se ha celebrado en esta alzada respecto de cualquier cuestión relevante; y en su momento, la "denegación" aludida, por providencia de 15 de marzo de 2011, no fue recurrida (f. 504 a 506 de autos).

Y sobre la prueba pericial judicial, en modo alguno se indicaba cuál sería su objeto y su finalidad, siendo que corresponde a la concursada dar y rendir cuentas sobre los activos "desaparecidos" u "ocultos", o su utilización posterior a 14 de marzo de 2008 como se indica en el escrito de recurso, y no remitirse a los informes que pudiere presentar la Administración **Concursal**. Con todo, resulta inútil una pericial a los efectos de corroborar la inviabilidad del Convenio cuanto éste nació de una propuesta de la propia concursada y ante una evolución empresarial desfavorable desde el año 2005 (f. 206, 207 de autos).

**CUARTO.-** Respecto de la prueba a presentar, o levantar su carga, en la Sentencia de esta Sala de fecha 16 de febrero de 2011 se reseña que: "En cuanto a la alegación de que queda totalmente huérfana de prueba que el no presentar concurso en plazo o que la ausencia de contabilidad obligatoria hubieran generado o agravado la situación de insolvencia, o falta de nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio, debemos recordar que



dichos requisitos no son necesarios para proceder a la declaración de concurso **culpable**. Tal cuestión fue tratada en la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 2.009 , en la que se indica: En materia de **calificación** del concurso, la LC emplea tres criterios diferentes: el primero (art. 164.1 ) es una regla expresada en términos abiertos, en la que entiende que el concurso es **culpable** cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor (o representantes, o administradores), de lo que deriva que ese dolo o culpa han de estar ligados a la generación o la agravación de la insolvencia. El segundo criterio califica la culpabilidad del concurso de forma objetiva, cuando se da alguno de los supuestos previstos en el art. 164.2 LC (presunciones iuris et de iure de culpabilidad), siendo ya ajena ("en todo caso, el concurso se calificará como **culpable**.....") a la concurrencia de culpa o dolo y, por ende, al nexo causal que pudiera mediar entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia. Las conductas previstas en el art. 164.2 de la LC , también son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter **culpable** del concurso, bastando con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter gravemente culposo de las mismas ni deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad. Las presunciones del art. 164.2 son iuris et de iure y no admiten prueba en contrario por lo que probado el hecho base no precisan que se haga de la consecuencia, o que se deduce de las palabras "en todo caso" empleadas en la norma, lo que implica una falta de claridad y precisión que implica que la contabilidad no es ordenada como exige el artículo 25.1 del Código de Comercio . El tercer criterio es el de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave que se efectúa en el art. 165 LC , en el que se, tipifican otras tres conductas que, del mismo modo, y por su condición antijurídica, presumen per se la culpabilidad, aunque en este caso, como se ha dicho, admitiendo prueba de que no concurría ni dolo ni culpa grave. Por tanto, es absolutamente indiferente, a los efectos de **calificación** del concurso como **culpable** por la vía del art. 164.2 LC que se pueda establecer o no un vínculo causal entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Como se indica en la SAP de Madrid de 6 de marzo de 2.009 " Tales previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la propia conducta tipificada en el art. 164.2 de la Ley **Concursal** y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable."

Sobre la interpretación del artículo 172.3 de la LC ha surgido una controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, entre la postura de que se trata de una responsabilidad por culpa, y la de una responsabilidad- sanción de carácter objetivo, decantándose el Juzgador de instancia por esta última, siendo ahora objeto de recurso por los demandados. Al respecto en la indicada sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 2.009 esta Sala asumió este segundo criterio, con lo cual no es necesaria la acreditación de la relación de causalidad entre las causas que dan lugar a la declaración del concurso como **culpable** y el perjuicio final que se pueda producir. En dicha resolución se aludía a la SAP de Madrid Sec 28 de 6 de marzo de 2.009 que a su vez recoge otras muchas de dicha Sala, argumenta que "nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, "ex lege", en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la **calificación** del concurso como **culpable**, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la **calificación** del concurso como **culpable** según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley **Concursal** y la imputación de las conductas determinantes de tal **calificación** a determinados administradores o liquidadores sociales."

Y sobre la presunción de culpa grave, cuya carga debe levantar la concursada, la Sentencia de la AP Barcelona, de fecha 23 de octubre de 2012 por la cual: "Pues bien, esta Sala he venido manteniendo en anteriores resoluciones (STS de 29 de noviembre de 2007, ROJ 146742011,06 de abril de 2011 -ROJ 3930/2011 - por citar alguna), que no es necesario, para que opere la presunción que establece el artículo 165, que las conductas que contemplan (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia. " *Esta exigencia, a efectos de la **calificación** -señala la segunda de las sentencias-, debe ser descartada tu que las conductas que el precepto describe no inciden, necesariamente, con un adecuado enlace causal, en la generación o agravación de la insolvencia; así, la segunda e incluso la tercera, pues el incumplimiento del deber de colaboración ( art. 42 LC ) tendrá lugar siempre después de ser declarado el concurso, por lo que nunca habrá influido en la generación o agravación de la insolvencia, como tampoco, de ordinario, la falta de llevanza de contabilidad, que por sí misma no genera o agrava la insolvencia (sin perjuicio de que en estos casos pueda establecerse una presunción judicial de culpabilidad, precisamente porque el incumplimiento del deber*



de llevanza de contabilidad impide conocer las causas de la insolvencia y su manifestación temporal); incluso, la demora en el deber de solicitar el concurso puede que, en algunos casos, no haya contribuido a generar o agravar la insolvencia. Debe concluirse por ello que, aunque la dicción del art. 165 LC puede llevar a considerar que parte de la estructura de imputación del art. 164 (o sea, que se presume el dolo o culpa grave siempre que las conductas que describe generen o agraven la situación de insolvencia), no puede ser así en una adecuada interpretación del sistema legal. La única coherente es que el art. 165 LC tipifica tres conductas cuya mera realización determina la **calificación** de concurso **culpable**, entre ellas la del retraso en la solicitud del concurso conforme al art. 5 LC, si bien admite la prueba en contrario referida al dolo o culpa grave, de modo que el deudor o la persona afectada por la **calificación** podrán alegar y probar la inexistencia de dolo o culpa grave (en este caso en la tardanza en presentar la solicitud de concurso)".

Rechazábamos, por tanto, aquella interpretación, mantenida por otros tribunales, que supeditaban la presunción del artículo 165 a que las conductas que describe la norma hubieran generado o agravado la insolvencia.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en una primera sentencia de 17 de noviembre de 2012 (ROJ 8004/2011), analizó el alcance de artículo 165, concluyendo que el requisito de la generación o agravación de la insolvencia debe observarse inexcusablemente en cada una de las conductas contempladas en dicho precepto, "que sólo presume -dice dicha sentencia-, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2., sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso **culpable**".

Esta Sala (sentencia de 20 de enero de 2012, ROJ 3301/2012) ajustó su criterio a la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Sin embargo, el Alto Tribunal, en sentencias de 21 de mayo (ROJ 4441/2012) y 20 de junio de 2012 (ROJ 4589/2012), matiza su anterior criterio y concluye que la presunción del artículo 165 se proyecta tanto sobre el dolo o culpa grave, como sobre la generación o agravación de la insolvencia. De este modo, la segunda de las sentencias, que cita la primera, señala que "aquella norma -el artículo 165- contiene la presunción "iuris tantum" de la concurrencia de culpa grave o dolo, no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia. De modo que tanto si se entiende que la presunción legal "uris tantum" por la necesidad de evitar esfuerzos probatorios desmedidos cumple funciones de identificación del tema necesitado de prueba, como si se considera que lo que hace es provocar un desplazamiento del "onus probandi", o ambas cosas a la vez la conclusión ha de ser que el Tribunal de apelación aplicó correctamente el artículo 164, apartado 1, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ver declarada en concurso".

Ello nos obliga a modificar nuevamente nuestro criterio, acomodándolo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esto es, acreditada alguna de las conductas del artículo 165, habrá que presumir que el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia."

Y, cierto es que no pueden enjuiciarse de nuevo las conductas tenidas en cuenta al analizar la eventual culpabilidad del concurso y al aprobar el convenio, sino lo acontecido desde su aprobación y los motivos y causas por lo que el incumplimiento se produjo, y relevantes que condujeran a que no se cumpliera lo pactado, como acertadamente relata el juzgador "a quo"; pero también lo es ello en tesis de principio, y siempre y cuando las causas, circunstancias concurrentes, hechos y conductas no persistan o se mantengan, o que incluso hayan sido agravadas con posterioridad.

En todo caso, resulta relevante que las ocultaciones de activos han motivado, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia (lo que se tiene en cuenta para condenar al pago del déficit **concurisal**); y, sobre todo, que hay mucha diferencia entre la situación patrimonial al aprobarse el convenio, al incumplirse éste y al aperturarse la liquidación, totalmente imputable a los Sres. Federico y Plácido (nº 3 del art. 164.2 de la L.C.), que además perjudica a los acreedores entre lo que hubiesen cobrado en caso de cumplimiento del convenio y lo que realmente podrán recibir en la liquidación; derivado ello de simulación ficticia del activo y de la sustracción de casi la totalidad. De todo ello cabe concluir -como se verá- que concurren también supuestos de culpabilidad distintos a incumplimiento y los del propio imputable o en relación con el mismo; y se confirman las causas y las presunciones de culpabilidad expuestas por la Administración **Concurisal**, y valoradas por el Juzgador de instancia.

**QUINTO.-** En los casos de falta total de contabilidad, las Sentencias de esta Sala, de fechas 8 de marzo de 2010, de 6 de marzo de 2008 y 15 de febrero de 2007; y sobre el no facilitar información al Juzgado y/o a la





Administración **Concursal** las de fechas 21 de mayo de 2007 y 30 de junio de 2003; y del TS de fechas 23 de febrero de 2011, se han pronunciado sobre tales cuestiones.

En tal sentido, han informado los Administradores Concursales (Libro de Socios, libro de Actas, Libros de Contabilidad, detalladas cuentas anuales, Informes y Memoria) a 27 de julio de 2009, denunciando la falta de documentación y de colaboración.

Y sobre las irregularidades relevantes en la contabilidad, este Tribunal asimismo reseñaba en la Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012 que: "La determinación de si una *irregularidad* es o no *relevante* puede plantear problemas para dilucidar este elemento valorativo, que la norma deja a la discrecionalidad del Juzgador, ante lo cual la representación de la recurrente alega que sería una irregularidad poco relevante sin consecuencia alguna, por el conjunto de circunstancias expuestas". Ídem en la de 17 de octubre de 2012. Y sobre el déficit informativo e inexactitudes graves, en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2012 se decía que: "En tal sentido el art. 164.2.º LC reseña que "el concurso se calificará como **culpable** cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (..... cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso y presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos".

El precepto sanciona dos comportamientos distintos imputables al deudor, (i).-de un lado, presentación de documentos falsos por el solicitante de concurso, esto es, dolosamente alterados, y (ii).- de otro lado, la aportación de documentación conteniendo inexactitudes graves, por tanto, comprendiendo igualmente las discordancias entre la realidad y lo expresado do cu mentalmente generadas culposamente.

Pese a ello, ha de exigirse que el déficit informativo en que tal documentación incurra sea grave y relevante, ya que así lo exige la gravosidad del efecto jurídico a ello aparejado, la inmediata e ineludible **calificación** del concurso como **culpable**, que impone una directa proporcionalidad entre el comportamiento y su consecuencia.

Dicha gravedad requerida se habrá de manifestar en un doble aspecto; 1.- objetivo, disidencia respecto de La finalidad perseguida con las normas que imponen el deber de aportación de tales documentos, art. 6 y 21,3 LC , al oscurecer datos particularmente significativos para la buena tramitación del concurso, y 2- subjetivo, que tal inexactitud entre la realidad y lo reflejado en el documento resulte al menos de la culpa grave, como canon normativo del art. 164.1 LC , del deudor en la elaboración de tales documentos.

Se imputa en la sentencia de **calificación** ,la condena propuesta por la Administración **Concursal** a la concursada y al administrador/liquidador condenado por no haberle asistido durante la tramitación del concurso en el desarrollo de sus funciones, para lo que invocan La disposición del art. 165,2 LC , el reseña que "se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando al deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: (...) hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración **concurzal**, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores".

De entrada debe resaltarse, desde una perspectiva de los sujetos, que pese a que el comportamiento descrito deba ser realizado por los administradores o liquidadores de la sociedad concursada, o su apoderado, ya que sólo a ellos es materialmente atribuible la actuación de colaborar o dejar de hacerlo con la Administración **Concursal**, la presunción terminará por desplegar efecto inmediato sobre la propia entidad concursada, a quien termina por imputarse la actuación de sus representantes, lo que por otra parte está así previsto en el art. 42,2 LC .

En cuanto al aspecto objetivo, el comportamiento se desgrana en tres posibles actuaciones, "incumplir el deber de colaboración, no facilitar información o no asistir a la junta de acreedores. El primer de ellos, falta de deber de colaboración, deriva de la infracción del deber legalmente prescrito en el art. 42.1 LC , "el deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración **concurzal** cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso". La formulación de la infracción del deber de colaboración sería un comportamiento genérico respecto de la falta de entrega de información, actuación específica dentro de aquel, por lo que debe ser reconducido a englobar otros actos diversos que sean expresiones concretas de aquella falta de deber de colaboración y a su vez gocen de una cierta entidad relevante similar, al menos, al comportamiento específico previsto, la falta de información.



En cuanto a la falta del deber de facilitar información, el art. 165.2° LC se refiere tanto a aquella necesaria para la tramitación del concurso, como la meramente conveniente para tal finalidad» siempre y cuando tenga alguna entidad".

Ídem, en las de 16 de febrero de 2011, de 21 de abril de 2010, de 10 de diciembre de 2009, de 9 de noviembre de 2009, 22 de septiembre de 2008, 15 de febrero de 2007; y en la del TS de fecha 21 de mayo de 2012; aplicables al caso de autos, a falta de facilitación a la Administración **Concursal**.

En este caso, los Sres. Federico y Plácido han incumplido su deber de colaboración al no facilitar la documentación societaria y contable desde el ejercicio 2007, tras la rehabilitación de los administradores judiciales en sus funciones, resultando **culpables** y responsables, y no les vale escudarse en la venta de las participaciones sociales, de uno a otro, el 14 de marzo de 2008; y las irregularidades contables afectaron al posible cumplimiento del convenio, y ahora a la liquidación, que debió ser instada, máxime cuando el recurrente reconoce que el convenio aprobado era de imposible cumplimiento y de un optimismo negligente, o ponerlo en conocimiento del Juzgado de Lo Mercantil.

En relación con las irregularidades relevantes, incumplimiento del deber de colaboración, estado de la contabilidad, han informado exhaustivamente los Administradores Concursales, a 27 de julio de 2009 (f. 82 a 90 de autos), tras analizar el Libro Mayor desde el 17 de abril de 2007 a 30 de diciembre de 2007 como f. 275 a 369, y desde el 1 de enero de 2008 a 14 de marzo de 2008 como f. 443 a 462; la Cuenta de Pérdidas y Ganancias a 14 de marzo de 2008 como f. 464, y desde el 17 de abril de 2007 a 30 de diciembre de 2007 como f. 466 a 467 de autos, solicitando la declaración de culpabilidad y la responsabilidad de los Sres. Federico y Plácido .

**SEXTO.-** Por demás, los Sres. Federico y Plácido pudieron y debieron solicitar oportunamente la liquidación, según lo prevenido en el art. 142.3 de la Ley **Concursal** , pues conocían la imposibilidad objetiva de cumplir el convenio, y no dudaron en "venderse" las participaciones sociales antes de un mes del primer plazo comprometido con los acreedores, a 14 de marzo de 2008 (f. 99 a 100 de autos), simulando la entrada de un nuevo socio y administrador único quien, además de la concursada, no se ha dignado en personarse en la pieza de **Calificación**; y el incumplimiento ya inicial es indudable que agravaba la situación de insolvencia, y el no instar la liquidación es también supuesto de culpabilidad, máxime al cabo de 2 años de la aprobación del convenio, lo que reduce considerablemente el dividendo **concursal** de los acreedores.

Es más, la concursada y los dos administradores (de hecho y de derecho) no acreditan qué gestiones y esfuerzos razonables hicieron para seguir con la actividad empresarial y dar supervivencia a la empresa. Y constituyen una falta de respecto a los acreedores, a los Administradores Concursales y al propio Juzgador: a) el argumentar la pasividad de los primeros al no instar la liquidación, cuando aquéllos no afrontan los compromisos según convenio; b) como también lo constituye que, habiendo "vendido la empresa" por 6.000,- Euros, a 14 de marzo de 2008, la recurrente reproche a la Administración **Concursal** y al Ministerio Fiscal que no aporten pruebas ni expliquen pormenorizadamente el destino de los bienes o la salida fraudulenta de activos; c) que en el escrito de recurso se diga que la única salida era forzar la aportación *importante* de fondos por parte de los socios o de un tercero lo que se adoptó en el día 14 de marzo de 2008 y por precio estimado de 6.000,- Euros, tratando al Sr. Plácido de "inversor".

**SÉPTIMO.-** Sobre la utilización de fondos sociales en perjuicio de la sociedad y de los acreedores, ya se pronunció esta Sala en la Sentencia de fecha 17 de octubre de 2012 en supuesto similar; al igual que en la de 21 de abril de 2010; y sobre la no acreditación del destino dado a los activos, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 ; o e su ocultación, las de fechas 9 de noviembre de 2009 , 12 de mayo de 2009 , 8 de mayo de 2009 ; o por disposición de activos, las STS de 20 de junio de 2012 ; o ante activos ficticios, las de 21 de mayo de 2012 y 22 de abril de 2010 ; entre otras.

En este caso, la culpabilidad y la responsabilidad son evidentes ante la desaparición y ocultación de los activos y bienes de la sociedad, como se deduce de la documentación presentada por el deudor en contraste con los informes de la Administración **Concursal** (desde 912.958, 19 Euros a 2007, hasta 677.140,72 Euros, y finalmente por valor de 20.000,- Euros), sin justificación ni documentación alguna sobre la reducción, ni sobre su destino, precios de venta, ni sobre la aplicación de los obtenidos, a modo de transferencias fraudulentas o simuladas de las que no aparecen contraprestaciones adecuadas, lo que es imputable a ambos administradores societarios. La disminución ha sido determinada por la Administración **Concursal** en 892.348,97 Euros, en inmovilizado, activo circulante y tesorería.

Tampoco han acreditado aquéllos que los escasos pagos realizados fueran de estricta necesidad, por cuanto no hubo continuidad en la actividad societaria comercial ni sirvieron para cumplir el convenio; ni que la venta de las participaciones sociales pudiese propiciar la generación de ingresos para pagar a los acreedores; ni el destino de los créditos pendientes de cobro a favor de la concursada.



Y, por otra parte, recordar procede que el recurrente, como administrador de la concursada, formuló una Propuesta de Convenio a 26 de mayo de 2006 ; que el día de la Junta de Acreedores presentó unos activos por valor de 1.931.994,- Euros, a 17 de abril de 2007 ; que a 8 de mayo de 2007 fue aprobado el Convenio con un 50% de quita y una espera de 5 años ; y que a 19 de octubre el concurso fue calificado de *fortuito* ; y que, por otra parte, ya a 14 de marzo de 2008 el Sr. Federico vendió las participaciones sociales, por precio de 6.000,- Euros , a persona al parecer insolvente, y para eximirse de las venideras responsabilidades, al incumplir ya el primero de los pagos y plazos comprometidos, y sin haber instado la liquidación a 9 de febrero de 2009 en que, por Sentencia, se dejó sin efecto el Convenio aprobado por Sentencia de 8 de mayo de 2007 .

Las únicas rentas y pagos obedecen a los f. 208 a 234, incluso a la Administración **Concursal**; a los vehículos dados de baja (f. 235 a 244); o del leasing sobre un camión (f. 245 a 250).

Por último, la sociedad presentó con la solicitud de concurso una relación de 177 bienes con un valor estimado de 677.140,72 Euros, la mayoría de vehículos y maquinaria, fácilmente identificable, y obligados a dar cuenta a la Administración **Concursal**; y un listado de clientes con sumas pendientes de cobro, y obligados los gestores a informar sobre su importe, cobro o morosidad, y vencimientos; y la Administración **Concursal**, su informe en fase común, a 28 de febrero de 2006, sobre vehículos, maquinaria y utillaje, mobiliario, informática, deudores y tesorería por valor de 1.519.174,75 Euros; rectificadas tras las impugnaciones en fecha 26 de enero de 2007 hasta 977.421, 57 Euros; todo lo cual a modo de fluctuaciones totalmente injustificadas, como evidente un desequilibrio financiero de 3.064.157,05 Euros, abogan junto a los datos objetivos que ofrece el informe de la Administración **Concursal** en esta fase de **Calificación**, habida cuenta la venta de la empresa y un provocado e intencionado cambio de administrador societario; a declarar la culpabilidad del concurso y la responsabilidad de los administradores Sres. Federico y Plácido , por la totalidad del déficit **concursal**, y (se insiste) ante el desconocimiento, denegación, ocultación y/o venta de los activos, y de su destino, como igual de las cantidades obtenidas, con perjuicio de los acreedores, que no han cobrado, y ello sin documentos ni justificación y probanza algunas; y por incompatibles tales operaciones de salida con la falta de necesidad de enajenar tales bienes, casi en la totalidad inventariados, y en tiempo sospechoso, con la "invocada" intención de continuar la actividad empresarial.

**OCTAVO.-** Ítem más, los aludidos administradores inciden otra vez en culpabilidad al transmitir y adquirir, respectivamente, las participaciones sociales, sin justificación alguna, y un mes antes del cumplimiento del primer pago comprometido con los acreedores, sino es para claramente eludir las responsabilidades que se avecinaban, sin previos ofrecimientos o parciales pagos; lo que se anuda a que el recurrente no acredita que la empresa siguiera en activo, ni que pudiese afrontar el plan de viabilidad a los efectos de poder cumplir el convenio, y al período sospechoso de la venta de la empresa.

Igualmente es evidente que el cúmulo de las conductas, reprochables e imputables a ambos administradores, han agravado fuertemente la situación patrimonial de la concursada, cuya realidad a estas alturas se desconoce (activos), en perjuicio de los acreedores.

La intención de eludir responsabilidades por parte del Sr. Federico se evidencia ante su renuncia de Administrador el mismo día de la venta de las participaciones, a 4 de marzo de 2008 (f. 111 a 121 de autos).

**NO VENO.-** La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y concordantes de la Ley **Concursal**.

En atención a todo lo precedentemente expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

## FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socías Rosselló, en representación de D. Federico , contra la Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de esta Capital , en la Pieza de **Calificación** dimanante del Concurso nº 312/2005; de la que a la vez dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar la totalidad de pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.