



Roj: **SAP M 120/2020 - ECLI: ES:APM:2020:120**

Id Cendoj: **28079370282020100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **10/01/2020**

Nº de Recurso: **530/2019**

Nº de Resolución: **7/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

### **SECCIÓN 28**

#### **ROLLO DE APELACIÓN Nº 530/2019.**

Procedimiento de origen: Concurso voluntario 541/2013. Sección sexta. Incidente de oposición a la calificación  
Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Parte apelante: D. Jose Carlos

Procurador: D. Luis Mellado Aguado

Letrado: D. Rafael Caro Moya

Parte apelante: Administración concursal de Cooperativa Madrileña MELCO XXI - EL BALCÓN DE COLMENAR

Parte impugnante: D. Jose Daniel

Procurador: D. Juan Manuel Mansilla García

Letrado: D. Jose Daniel

#### **SENTENCIA nº 7/2020**

En Madrid, a diez de enero de dos mil veinte.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, los presentes autos de incidente concursal de oposición a la calificación sustanciados en el concurso núm. 541/2013 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, pendientes en esta instancia al haberse interpuesto recursos de apelación e impugnado la Sentencia que dictó el Juzgado el día seis de marzo de dos mil dieciocho.

Ha comparecido en esta alzada como apelante D. Jose Carlos , representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Mellado Aguado y asistido del Letrado D. Rafael Caro Moya; como impugnante de la sentencia D. Jose Daniel , que asume su defensa, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Mansilla García. Comparece como parte apelante la Administración concursal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que con estimación de la propuesta de calificación formulada por la Administración concursal y por el Ministerio Fiscal debo calificar como culpable el concurso de Cooperativa Madrileña MELCO XXI - EL BALCÓN DE COLMENAR y, en consecuencia, se efectúan los siguientes pronunciamientos:

- Se determina como persona afectada por la calificación del concurso a D. Jose Carlos .



- Se inhabilita a D. Jose Carlos por tiempo de ocho años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.

A tal efecto, una vez firme la presente sentencia, líbrense mandamientos a todos los registros públicos donde pueda tomarse razón de dicha condena, y en particular al Registro Mercantil, Registro de la Propiedad y Registro Civil. Y cítese a tal persona para requerirla formalmente, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia grave a la Autoridad, sancionado con multa y prisión, para que se abstenga de tal administración o representación durante tal periodo, que computará desde la firmeza de esta sentencia.

- Se declara la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación tuvieran como administradores concursales o contra la masa.

- Se condena a D. Jose Carlos, al pago del 50% del déficit concursal, es decir, veintiún millones ciento cincuenta y tres mil ciento dieciséis euros con veintiún céntimos de euros (21.153.116,21 €), cantidad que, una vez hecha efectiva, se integrará en la masa del concurso para satisfacer los créditos por el orden legal.

- Se imponen al demandado la mitad de las costas causadas.

- Se absuelve a D. Jose Daniel de todo lo que se pretendía frente a él en los Informes de Calificación de la AC y el Ministerio Fiscal, sin que proceda imposición de costas, debiendo cada parte pagar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.** Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Jose Carlos y la Administración concursal e impugnó la sentencia D. Jose Daniel y, evacuados los traslados correspondientes, se presentaron los respectivos escritos de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día nueve de enero de dos mil veinte.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Informe de la AC en el concurso de COOPERATIVA MADRILEÑA MELCO XXI - EL BALCÓN DE ROSALES.

La AC solicitaba la declaración culpable del concurso y atribuía la condición de persona afectada por la calificación a D. Jose Carlos, considerando cómplice a D. Jose Daniel. Interesaba la condena a D. Jose Carlos a la cobertura íntegra del déficit patrimonial y la pérdida de cualquier derecho como acreedor, así como su inhabilitación por quince años y al pago de costas.

Respecto a D. Jose Daniel el informe de la AC solicita la condena al pago de ocho millones cuatrocientos trece mil ochocientos setenta y cinco euros con setenta céntimos (8.413.875,70 €) por el daño derivado de no advertir a la concursada de la obligación de llevar contabilidad separada por fases, con imposición de costas.

Nos referiremos al fundamento de dicha calificación al examinar los motivos de los recursos y de la impugnación de la sentencia en relación a las concretas causas de calificación culpable apreciadas en la sentencia.

Dictamen del MF.

El dictamen del MF solicitaba la declaración culpable del concurso y la declaración de D. Jose Carlos como persona afectada por la calificación, interesando la condena a la cobertura íntegra del déficit patrimonial y la pérdida de cualquier derecho como acreedor, así como su inhabilitación por catorce años y al pago de costas. A su vez solicita la declaración como cómplice de D. Jose Daniel y la condena al pago de ocho millones cuatrocientos trece mil ochocientos setenta y cinco euros con setenta céntimos (8.413.875,70 €), con imposición de costas.

Oposición de la concursada.

La Cooperativa solicitó que se tuviera por contestada y formulada oposición a la pretensión de calificación de concurso como culpable.

Oposición de D. Jose Carlos.

Solicitó la calificación del concurso como fortuito y, de apreciarse la calificación culpable, la desestimación de las pretensiones referidas a D. Jose Carlos.



Oposición de D. Jose Daniel .

Solicitó la calificación del concurso como fortuito y, en todo caso, rechazó que pudiera ser considerado cómplice y que el supuesto daño, que en realidad es una desviación presupuestaria, por escriturar viviendas en 2009 y 2010 por debajo de su coste, quedaba fuera del plazo de dos años al que se refiere el artículo 164.1 LC.

Sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil calificó culpable el concurso de COOPERATIVA MADRILEÑA MELCO XXI EL BALCON DE COLMENAR y consideró persona afectada por la calificación a D. Jose Carlos , acordando su inhabilitación por tiempo de ocho años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales. Declaró también la pérdida de cualquier derecho que la persona afectada por la calificación tuviera como acreedor concursal o contra la masa.

Respecto a la responsabilidad concursal, la sentencia condena a D. Jose Carlos al pago del 50% del déficit concursal, es decir, veintiún millones ciento cincuenta y tres mil ciento dieciséis euros con veintiún céntimos (21.153.116,21 €) e impone al mismo las costas.

Por otra parte la sentencia absuelve a D. Jose Daniel de las pretensiones ejercitadas en el informe de la AC y en el dictamen del MF.

Es en la pg. 35 de la sentencia cuando se comienzan a analizar las conductas que determinan la calificación culpable en relación a las causas legales. Se trata de conductas incardinadas en los artículos 164.1 y 164.2.1º LC.

A. Hechos referidos al artículo 164.1 LC:

1. No separación de los patrimonios por fases y promociones, dotando a cada una de autonomía, conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Ley 27/1999, artículo 115 LCCM y artículo 45 bis de los Estatutos de la Cooperativa.

Señala la sentencia que no se observó lo dispuesto en el artículo 115 LCCM, aunque reconoce que el concepto de "fase" en la legislación resulta confuso, y no se sabe bien si se refiere a proyectos sobre el terreno (en MELCO serían 22 proyectos) o a fase de urbanización por zonas (en MELCO serían 4).

Considera que la ausencia de contabilidad y patrimonio separado ocasionó un perjuicio por importe de 8.413.875,70 euros, al adjudicar las viviendas a un "precio" inferior al coste real.

De forma confusa señala la sentencia que este hecho debería "integrarse" con el siguiente que analiza.

2. Entrega y otorgamiento de escrituras de adjudicación por debajo de su coste real de construcción.

De nuevo reitera que no se procedió al desarrollo de la promoción por fases con patrimonio y contabilidad separados. Añade que dicho comportamiento - que no es el que se analiza en este apartado - agravó la insolvencia en el importe de 8.413.875,70 euros y que existe nexo causal entre la conducta omisiva y la generación o agravación de la insolvencia, pues la aplicación de fases con la contabilidad separada obliga a los socios de la fase a pagar los 8.413.875,70 euros de sobrecoste si se quieren adjudicar las viviendas, e impide a la Cooperativa disponer de ese dinero, en cuanto debe ser aplicado a la fase en la que se encuadren los socios que han desembolsado las aportaciones.

3. Incumplimiento del deber de garantizar mediante aval o seguro de caución las entregas realizadas por los socios cooperativistas para el supuesto de no terminación de la construcción de las viviendas.

Señala la sentencia que la Cooperativa realizó algunas pólizas con la aseguradora Millennium y otras con Caixabank, que ofreció una póliza colectiva. Los socios que se acogieron a esta póliza obtuvieron una sentencia favorable en primera instancia (JPI 54 de Madrid, procedimiento ordinario 149/15). El problema con el que se encontró la Cooperativa es que la mayoría de las aseguradoras exigían que se hubiera concedido el préstamo al promotor. Concluye la sentencia que este hecho no genera ni agrava la insolvencia por lo que no puede servir de base para la calificación culpable.

4. Existencia de un "Fondo de Compensación" donde se agrupaban todos los gastos de financiación de todas las viviendas y otros inmuebles (terrenos, locales, etc, que no pertenecen a socios concretos).

El Fondo de Compensación integraba los locales y suelos terciarios inherentes al proceso de urbanización cuando se parte de suelo rústico, de modo que no agrava ni genera la insolvencia de la Cooperativa. Son terrenos que permanecen invariablemente en el activo de la Cooperativa.

5. Pagos al Gestor y Director General.



Se imputan a D. Jose Carlos una serie de pagos y maniobras financieras, actividades impropias de una Cooperativa, utilización de las sociedades gestoras para la disposición de préstamos con dinero de la Cooperativa, facturas pagadas a agentes inmobiliarios (ATICO), operaciones estructurales dudosas de sociedades absorbidas por la Cooperativa, etc. Atendiendo a la prueba aportada por la representación de D. Jose Carlos considera la sentencia que estas imputaciones no resultan acreditadas. Destaca también la declaración de D. Erasmo , que manifestó que D. Jose Carlos no había distraído bienes de la Cooperativa.

Y añade que la mayoría de estas operaciones las conocía y aprobaba el CR de la Cooperativa.

En consecuencia, la calificación culpable al amparo del artículo 164.1 LC se sustenta en los dos primeros apartados expuestos.

B. Hechos referidos al artículo 164.2.1º LC:

Las concretas irregularidades contables que se aprecian son las siguientes:

1. Las cuentas de los ejercicios 2009 y 2010 aparecían "hinchadas". Aparece una cifra de existencias más elevada, dado que las viviendas adjudicadas seguían figurando en el patrimonio de la sociedad, y se elevaba la cifra de pasivo, en cuanto la Cooperativa ya no debía nada al socio adjudicatario y en el pasivo seguía figurando su aportación. Añade que las cuentas no reflejan la imagen fiel del patrimonio de la Cooperativa.

2. Respecto a las cuentas de 2011 considera que se debía provisionar el importe de 10.357.018,02 euros que son créditos que la Cooperativa ostenta frente a los socios adjudicatarios. Añade que en el ejercicio 2011 MELCO estaba incurso en causa de disolución. - artículo 93.1ºg) LCCM -.

La sentencia se ocupa a continuación de las personas afectadas por la calificación y, en concreto, de la consideración de administrador de hecho de la Cooperativa de D. Jose Carlos .

Las circunstancias que sirven de sustento a tal apreciación son las siguientes:

- Consigue tener mucho poder por que está todo el día y todos los días dedicado a la Cooperativa mientras que los miembros del CR han de atender a sus trabajos.

- Asume funciones de gestor. En muchas ocasiones es quien efectivamente manda, decide y adopta decisiones. Se refiere la sentencia al enfrentamiento con el presidente del CR D. Fernando que dio lugar a su dimisión, dirigiendo una carta a la AG. En la misma se indica que no se puso a su disposición ninguna auditoría técnica de las obras y que el representante de la Cooperativa en la Junta de Compensación era el Director Gerente. Dirigió a éste escritos en diciembre de 2012 para que pusiera a su disposición y a la del CR los resultados actualizados de su gestión, petición que no fue atendida. Le requirió para que se abstuviera de utilizar los poderes conferidos para realizar cualesquiera pagos y/o disposición de fondos hasta que el CR adopte los correspondientes acuerdos en la reunión convocada al efecto, así como para la aportación al próximo CR de todos los acuerdos adoptados/firmados desde septiembre de 2012. Añade la carta que se han atribuido al DG poderes exorbitantes que le han permitido gestionar con la máxima discrecionalidad y señala que ello no exime de responsabilidad al CR y Consejeros, en cuanto, según los Estatutos: "La existencia del Director en la Cooperativa no modifica ni disminuye las competencias y facultades del Consejo Rector, ni excluye la responsabilidad de sus miembros".

Añade la sentencia que el vicepresidente del CR reconoció haber tenido graves enfrentamientos con D. Jose Carlos y que estuvieron a punto de llegar a las manos.

Las conclusiones de la sentencia resultan un tanto confusas, puesto que se mezcla esta figura del administrador de hecho con la del apoderado general, pero hemos de advertir que la consideración de persona afectada por la calificación se sustenta en la condición de administrador de hecho. A las circunstancias expuestas la sentencia añade como sustento de dicha condición los amplios poderes señalados y el que se trate de un socio y administrador de las gestoras de la Cooperativa. De todo ello se desprende, según la sentencia, que D. Jose Carlos tiene una posición autónoma respecto del órgano de administración.

A continuación considera la sentencia que las conductas que sustentan la calificación son imputables a D. Jose Carlos , que no desarrolló la promoción por fases con contabilidades y patrimonios separados, que incurrió en sobrecostes importantes en la adjudicación de las viviendas que en las cuentas anuales de 2011 ascienden a 10.357.018,02 euros y es quien ha preparado una contabilidad a través de la gestora que no refleja la imagen fiel del patrimonio de la Cooperativa.

En relación a la inhabilitación fija la sentencia la misma en el plazo de ocho años atendiendo al déficit patrimonial que se cifra en el informe de la AC previsto en el artículo 75 LC en 42.306.232,42 euros. Impone también la pérdida de los derechos que como acreedor ostenta D. Jose Carlos .



Respecto a la responsabilidad concursal aplica la sentencia la redacción del artículo 172 bis LC derivada de la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

De este modo señala que la responsabilidad del déficit concursal precisa determinar en qué medida la conducta en que se sustenta la calificación culpable ha determinado la generación o agravación de la insolvencia y, en el caso concreto de las irregularidades contables, es necesario que impidan conocer las causas de la generación o agravación.

Añade la sentencia que la conducta de D. Jose Carlos ha agravado la insolvencia en 10.357.018,02 euros en las cuentas del ejercicio 2011 y le atribuye una responsabilidad del 50% del déficit concursal, lo que supone la cifra de 21.153.116,21 euros.

La sentencia rechaza la consideración de cómplice de D. Jose Daniel . Expone en sus pgs. 30 y 31 que la AC y el MF presentan una autoría incompleta (la de D. Jose Carlos , pero no la de los miembros de CR). Añade que la connivencia es en la misma conducta con el CR y con D. Jose Carlos , y que se ha excluido al CR, de modo que, habiendo dos autores, uno se presenta culpable y el otro no, lo que considera una contradicción que solo puede llevar a la desestimación de la pretensión de la declaración de cómplice.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al análisis de los recursos y al de la impugnación de la sentencia hemos de efectuar varias consideraciones:

(i) Como señala la STS 122/2014, de 1 de abril, la sentencia que resuelva la oposición a la calificación ha de exponer con suficiente claridad los hechos relevantes para que el concurso pueda ser calificado como culpable, así como expresar cuáles son las causas en que se fundamenta la calificación. Por esta razón hemos determinado cuáles son en concreto los hechos que la sentencia dictada en la primera instancia toma en consideración y la causa que relaciona con cada uno de ellos.

(ii) No puede el Tribunal en la segunda instancia alterar los hechos o las causas que se han relacionado con cada hecho.

(iii) Nos referiremos al informe de calificación de la AC haciendo extensivas las observaciones al dictamen del MF.

### **TERCERO. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR D. Jose Carlos .**

Se detiene el recurso con carácter previo en la organización de la Cooperativa, destacando las funciones y reuniones que venía desarrollando el CR desde la constitución de la sociedad, relacionando hasta seis CR de distinta composición en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

D. Jose Carlos ostentaba el cargo de Director Gerente y señala los poderes otorgados mediante acuerdo AG de 31.05.03 y escritura de 24.06.03, así como las facultades atribuidas estatutariamente - artículo 52.3 de los Estatutos -, que se circunscribían al tráfico empresarial ordinario.

Se relacionan las sociedades que intervinieron como gestoras y su relación con D. Jose Carlos , así como el sometimiento de dichas relaciones (tanto de director gerente como de gestora) a las decisiones de la AG sobre su continuación.

Señala también que D. Jose Daniel auditó las cuentas de la Cooperativa en los ejercicios 2006 a 2012, y que la elaboración de las cuentas recayó desde el ejercicio 2009 en la sociedad SAEZ ABOGADOS, S.A. - ajena a D. Jose Carlos -, contratada en virtud de acuerdo de CR de 27.01.2010, ampliándose sus servicios a los jurídicos mediante acuerdo AG de 17.03.10.

Añade el recurso - cuestionando las causas de generación o agravación de la insolvencia que han servido de sustento a la calificación - las circunstancias que constató el informe de la AC ( artículo 75 LC) como causas de la insolvencia (f. 5):

1. La crisis financiera e inmobiliaria, como factor fundamental y desencadenante de otras circunstancias que, según lo expuesto, han impedido continuar con la normal actividad de la Cooperativa.
2. La falta de financiación bancaria, provocada por la propia crisis, así como la estructura de endeudamiento de la Cooperativa.
3. Retrasos administrativos de todo tipo, vinculados fundamentalmente, con demoras en el planeamiento y en la obtención de licencias.
4. El concurso de proveedores y propietarios en las Juntas de Compensación que han frenado la propia ejecución del planeamiento.



5. Proliferación, a raíz de las anteriores circunstancias, del número de socios que han solicitado baja, con vencimiento de los plazos para la devolución de sus aportaciones.

Se refiere a continuación el recurso al primero de los hechos en que se sustenta la calificación culpable del concurso según la sentencia:

I. No separación de los patrimonios por fases y promociones, dotando a cada una de autonomía, conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Ley 27/1999, artículo 115 LCCM y artículo 45 bis de los Estatutos de la Cooperativa.

Señala el recurso que no resulta de aplicación el artículo 90 de la Ley estatal, en cuanto la actividad de la Cooperativa se rige por la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

Al respecto el recurso sostiene los siguientes argumentos:

- El artículo 115 LCCM y el correlativo artículo 45 bis de los Estatutos no obligan a llevar la contabilidad por fases. Esta apreciación viene corroborada por lo dispuesto en los artículos 117 LCCM - los estatutos deberán determinar si la cooperativa se acoge a la "posibilidad" prevista en el artículo 115 LCCM - y 13 d) de los Estatutos - que contempla el supuesto de que la Cooperativa se acoja a la "posibilidad" prevista en el artículo 115 LCCM -. Cita también la STS de 28 de enero de 1991, que contempla un supuesto en el que, pese a establecerse inicialmente que las obras se ejecutarían en dos fases, las Asambleas no programaron dos fases con independencia de gestión y patrimonios separados.

- Solo existió una fase a efectos económicos. No existían diversas fases porque los socios no lo han querido. Incluso se descartó su aplicación en AG de 31.05.2003 :

*"La cuestión sería determinar si es razonable que todas las desviaciones que puedan existir entren en una "bolsa común" o no. Lo cierto es que la Asamblea no se ha opuesto a este criterio. Y esto es perfectamente legal puesto que la Asamblea, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115, decidió:*

1. NO IMPUTAR de las deudas de una promoción al patrimonio de la misma (...)

2. NO IMPUTAR subsidiariamente de las deudas de una promoción a los socios que la componen (...)

3. ADMITIR que la Cooperativa en su conjunto asume las desviaciones que se produzcan en todas y cada una de las fases.

Y en la AG de 28.03.09 se aprobó el contrato de adhesión a la Cooperativa, que pone de manifiesto que no existían fases independientes y patrimonios separados. Las aportaciones no son para la vivienda de una fase, ni los costes que asume el socio o las desviaciones presupuestarias son de una fase.

En la AG de 04.06.2011 al tratar la "Reestructuración de la Cooperativa para afrontar con garantías la construcción de la 3ª y 4ª Fase" se acuerda que cada socio financie el coste directo de su vivienda. Añade que los beneficios derivados de la venta del Fondo de Compensación deberían ser destinados prioritariamente a compensar las desviaciones en costes habidas en la ejecución de los "proyectos". Constan en acta las explicaciones del Tesorero al respecto:

*Como quiera que los socios de la Cooperativa no están interesados en la promoción de estos terrenos [destinados a usos terciarios], la única alternativa posible para dar salida a los mismos pasa por su enajenación. En su momento, las condiciones del mercado inmobiliario hacía razonablemente pensar que la venta de dichos terrenos iba a llevarse a cabo con beneficio para la Cooperativa, por lo que se acordó que dichos beneficios se destinaran con carácter prioritario a compensar las desviaciones habidas entre el presupuesto estimado para cada uno de los proyectos de edificación y los costes reales incurridos en la ejecución de los mismos.*

*En aplicación de este acuerdo, llegado el momento de efectuar la entrega de una vivienda al socio adjudicatario de la misma, el criterio que se siguió fue el de formalizar la escritura de transmisión en función del precio de adjudicación que correspondía al socio en cuestión de acuerdo con su antigüedad en la Cooperativa, y en su caso, la desviación habida entre el presupuesto calculado para su construcción y el coste real de la misma era asumido por el Fondo de Compensación.*

*Este criterio se llevó a la práctica mientras el Fondo de Compensación tuvo liquidez suficiente para hacer frente al importe de las desviaciones habidas, pero, al no haber nuevas aportaciones al Fondo de Compensación, ha llegado un momento en el que ya no es posible proceder a la escrituración en términos análogos de las viviendas que se entregan a los socios.*

*Por otro lado es evidente que actualmente el mercado inmobiliario atraviesa una profunda crisis y, contrariamente a lo que ocurría en el pasado reciente, resulta arriesgado aventurar que la venta futura de los activos terciarios que posee la Cooperativa vaya a generar los beneficios previstos. No por ello deja de tener validez el acuerdo*



*adoptado en su día, conforme al cual los beneficios habidos en la venta del Fondo de Compensación deberían ser destinados con carácter prioritario a compensar las desviaciones en costes habidas en la ejecución de los proyectos; lo que sí ocurre es que sería más prudente posponer esa contribución del Fondo de Compensación hasta el momento en el que tenga lugar la liquidación del mismo y, en todo caso, condicionada a la existencia de beneficios reales en la venta de los activos que lo integran.*

(énfasis añadido)

En la AG de 02.04.05 se aprobó un sistema de determinación del precio de las viviendas fijo, en función de la antigüedad.

Las desviaciones presupuestarias eran asumidas por la Cooperativa en su conjunto, pensando en las desviaciones positivas que pudieran producirse en otros proyectos o en la enajenación a terceros de los bienes comunes a todos los socios.

Y al no poder mantener este sistema la Cooperativa se acordó (AG de 04.06.11 y AG de 28.12.11) no escriturar las viviendas por un precio inferior al coste real y reclamar, incluso retroactivamente, las diferencias de las viviendas ya entregadas.

Y en la AG de 28.12.11 se reitera que dado que los precios de adjudicación no corresponden con los costes reales de las viviendas sino que están en función de la antigüedad del socio, ningún socio con vivienda entregada puede acceder a la baja sin haberse liquidado la Cooperativa.

La Cooperativa se configuró como una sola promoción, sin perjuicio de la existencia de "fases" o "proyectos".

Añade el recurso que el informe Deloitte aportado por la AC corrobora que en todo momento existía una única promoción y se encarga para imputar los costes a los distintos proyectos. Señala también que tras los acuerdos AG de 04.06.2011 se produce un cambio de criterio contable, como reflejan los informes de auditoría de los ejercicios 2011 y 2012 (doc. 540), de modo que la Cooperativa dio de baja las existencias correspondientes a las viviendas entregadas y las cantidades entregadas por los socios y dio de alta en el activo la diferencia a su favor, como consecuencia de los acuerdos, como deuda de los socios.

En los presupuestos anuales aprobados la referencia a "Fase" es sinónimo de "proyecto", elaborándose como una sola promoción (AG de 02.04.2005, punto 8 del orden del día).

En el CR de 24.02.10 el asesor jurídico de la Cooperativa propuso escindir la cooperativa, destacando que era factible porque "contablemente" las cuentas de cada fase están separadas, por lo que, aunque difícil, se puede justificar el coste/gasto de cada fase. Y en la reunión del CR de 19.09.11 al analizar un informe del servicio jurídico que lo desaconsejaba se acordó abandonar esta opción. Y se afirmaba lo siguiente sobre el coste de las viviendas:

"Pero contable y financieramente hablando se ha conseguido asignar a todos y cada uno de los proyectos los costes reales de cada uno de ellos por lo que en los próximos días estaremos en disposición de saber el coste real de cada vivienda, cuestión muy a tener en cuenta a la hora de afrontar la decisión final sobre la ratificación de CR de las bajas a los socios con vivienda entregada".

- El Fondo de Compensación constituía un fondo común a toda la Cooperativa (AG de 21.12.02) y en sucesivas Asambleas se informó a los socios y se explicó su funcionamiento (AG de 16.06.07 y AG de 28.03.09). En esta última se puso de manifiesto que se había venido admitiendo el criterio de que las desviaciones presupuestarias de todos y cada uno de los proyectos los asumiera la Cooperativa en su conjunto. Además del coste fijo de la vivienda el socio participa en un coste variable en concepto de Fondo de Compensación que se compone de su participación en el Comercial y suelo terciario y el coste variable por desvíos presupuestarios generales. Se añade que el Fondo de Compensación se configura como un seguro por el que se reparte entre todos la suerte o la desgracia que pueda suceder.

#### **Oposición de la AC al motivo del recurso.**

La AC sostiene que la organización por fases de la Cooperativa se acordó en AG de 13.12.2003, que en el Registro de Cooperativas se inscribieron al menos dos fases (inscripción 8ª y 14ª) y que resulta probada la existencia de fases por las actas de las juntas especiales de socios de las Fases 1ª a 4ª. Atendiendo a los hechos expuestos, la existencia de una contabilidad separada resulta imperativa.

#### **Valoración del Tribunal.**

Hemos de advertir con carácter previo que el recurso introduce una notable confusión en el motivo en el que se sustenta, refiriéndose al modo de funcionamiento del Fondo de Compensación, a que no ha habido

independencia de patrimonios o a si existía un fondo común, lo que distorsiona el adecuado análisis del hecho que sirve de base a la calificación culpable del concurso.

Lo que sustenta la calificación es la existencia de un desarrollo de la Cooperativa por fases y el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas al efecto. Precisamente la inexistencia de patrimonios independientes supondría un incumplimiento de obligaciones legales y el Fondo de Compensación, opere en la forma que opere, no determina si resultan o no de aplicación las garantías previstas en el artículo 115 LCCM. Lo relevante será determinar si verdaderamente existe o no un desarrollo por fases y las consecuencias legales establecidas en ese caso.

I. De los presupuestos legales de la exigencia de contabilidad independiente para cada fase o promoción.

Debemos descartar en primer lugar que la citada STS de 28 de enero de 1991 permita extraer conclusión alguna en relación a la cuestión suscitada. Por diversas razones:

(i) El caso contemplado en la sentencia se refiere a la forma en que se desarrolló la actividad de la Cooperativa de acuerdo con las asambleas de los años 1975 y 1976. Es decir, no solo no era aplicable la Ley estatal actualmente en vigor - Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas - sino que tampoco lo era la derogada Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. Por supuesto, tampoco era aplicable ninguna norma autonómica, por razones obvias.

(ii) La sentencia tampoco se ocupa de obligaciones contables, sino de si se habían previsto dos fases con precios independientes o un precio uniforme para todas las viviendas y las consecuencias de que resulte un precio superior al fijado de manera oficial.

Es necesario advertir que las diferencias que en la cuestión controvertida se aprecian entre la legislación estatal y la autonómica no suponen un distinto tratamiento.

La Ley estatal establece lo siguiente:

#### *Artículo 90 Construcciones por fases o promociones*

*Si la cooperativa de viviendas desarrollase más de una promoción o una misma promoción lo fuera en varias fases, estará obligada a dotar a cada una de ellas de autonomía de gestión y patrimonial, para lo que deberá llevar una contabilidad independiente con relación a cada una, sin perjuicio de la general de la cooperativa, individualizando todos los justificantes de cobros o pagos que no correspondan a créditos o deudas generales. [...]*

Es decir, la Ley estatal obliga a llevar una contabilidad independiente, entre otras garantías, a partir de la existencia misma de más de una promoción o de una promoción en varias fases.

La Ley autonómica establece algún matiz:

#### *Artículo 115 Promoción por fases*

**1. Si la Cooperativa de Viviendas desarrollase más de una fase, bloque o promoción, por acuerdo del Consejo Rector que deberá ser ratificado en la primera Asamblea General que se celebre e inscrito en el Registro de Cooperativas, estará obligada a dotar a cada una de ellas de autonomía de gestión y de un patrimonio separado, para lo que deberá contar con una contabilidad independiente para cada fase o promoción, sin perjuicio de la general de la Cooperativa, individualizando todos los justificantes de cobros o pagos que no correspondan a créditos o deudas generales. Cada promoción o fase deberá identificarse con una denominación específica que deberá figurar de forma clara y destacada en toda la documentación relativa a la misma, incluidos permisos o licencias administrativas y cualquier contrato celebrado con terceros. En la inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos o solares a nombre de la Cooperativa se hará constar la promoción o fase a que están destinados, y si ese destino se acordase con posterioridad a su adquisición, se hará constar por nota marginal a solicitud de los representantes legales de la Cooperativa. (énfasis añadido)**

Podemos apreciar que se hace referencia a un " acuerdo del Consejo Rector que deberá ser ratificado en la primera Asamblea General que se celebre e inscrito en el Registro de Cooperativas" pero esto no introduce alteración alguna en el régimen ya establecido en la ley estatal sobre el desarrollo de la Cooperativa por fases, sino más bien impone una obligación más en ese caso: la exigencia de que el desarrollo por fases conste en una decisión de la Cooperativa. Es decir, si la Cooperativa se desarrolla por fases, la Ley autonómica parte de que es preciso que se adopte un acuerdo expreso y que se cumplan una serie de exigencias añadidas para ese régimen, entre ellas la de llevar contabilidad separada.

Carecería de sentido alguno el que, desarrollándose la Cooperativa por fases, la aplicación de las garantías legales dependiese de la propia voluntad de la Cooperativa, a la que bastaría no adoptar acuerdo alguno para

eludir las obligaciones establecidas con la finalidad de imponer determinadas cautelas. Por ello la mención que introduce la Ley autonómica no altera el régimen de la Ley estatal, sino que más bien introduce la obligación de la exigencia de acuerdo expreso al respecto y de su publicidad, lo que, en definitiva, supone una garantía añadida para el desarrollo de la Cooperativa por fases.

El recurso se refiere también al artículo 117 LCCM, que establece lo siguiente:

#### *Artículo 117 Garantías estatutarias*

*Los Estatutos de las Cooperativas de Viviendas deberán incluir las siguientes medidas de participación, información y control efectivo por parte de los socios:*

*a) **Ámbito concreto y real de actuación de la Sociedad, que en la vertiente espacial no podrá ser superior al territorio de la Comunidad de Madrid y en la vertiente funcional deberá determinar si se acoge a la posibilidad prevista en el artículo 115, señalando, en su caso, los municipios donde actuará la Cooperativa.** (énfasis añadido)*

La posibilidad prevista en el artículo 115 no es otra cosa que el desarrollo de la Cooperativa por más de una fase, bloque o promoción, con sus consecuencias legales. Por lo que se opta es por desarrollar la Cooperativa por bloques, fases o promociones y los Estatutos deben establecer tal previsión, que es lo que contempla el citado precepto - y es lo que se hizo -. No se trata, como pretende el recurso de que, existiendo esas fases, la Cooperativa opte por cumplir o no las obligaciones impuestas para ese supuesto. De seguir ese criterio una Cooperativa desarrollada por fases podría optar por sujetarse o no a las exigencias legales previstas para este supuesto, lo que resulta absurdo, más cuando se pretenden introducir unas cautelas o garantías legales en este tipo de desarrollo. De otro modo la Cooperativa sería la que finalmente "optaría" por cumplirlas o no. La opción a la que se refiere el artículo 117 es la previsión estatutaria de desarrollar la Cooperativa por fases, no que, en ese supuesto, se pueda optar por cumplir o no las garantías establecidas legalmente.

Finalmente hemos de añadir que, al referirse a las cooperativas de viviendas, la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, destaca que se pretende mejorar las cautelas legales tradicionales sobre ese tipo de entidades, por lo que no podemos considerar que se altere en este aspecto el régimen de la Ley estatal para convertir en una opción el que la Cooperativa desarrollada por fases cumpla determinadas exigencias legales. Al respecto se señala lo siguiente:

*Otro supuesto regulado con especial atención en la Ley es el del cooperativismo habitacional. En efecto, tanto la importante función social que cumplen las Cooperativas de Viviendas como las características de los colectivos ciudadanos que mayoritariamente se agrupan en ellas, así como la onerosidad del esfuerzo que asumen y la trascendencia y complejidad de su actividad, aconsejan **mejorar las cautelas legales tradicionales** sobre ese tipo de entidades. (énfasis añadido)*

En definitiva, la Cooperativa puede desarrollarse en diferentes bloques, fases o promociones y, si esa es la opción de la Cooperativa, es necesario cumplir con las exigencias establecidas legalmente.

En cualquier caso, como veremos a continuación:

- (i) La Cooperativa se desarrolló por fases.
- (ii) La Cooperativa adoptó diversos acuerdos en tal sentido.
- (iii) A tal fin incluso efectuó una modificación estatutaria para reproducir el artículo 115 LCCM.
- (iv) Expresamente manifestó la voluntad de cumplir con lo establecido en la Ley para este supuesto - artículo 115 LCCM -.
- (v) Se constituyeron juntas especiales de socios para cada fase.

II. De la aplicación de la obligación legal impuesta por el artículo 115 LCCM al caso que nos ocupa.

En la AG de 13.12.2003 se aprobó una reforma estatutaria por la que se introduce un nuevo artículo 45 bis que, en lo sustancial, reproduce el artículo 115 LCCM.

En dicha AG se establece lo siguiente:

*"5. Aprobación de la constitución de la Primera Fase de la Cooperativa.*

*Explicados ya los detalles del sector Navallar, **hay que constituir la fase** que permitirá la construcción de las viviendas. **Para ello, de acuerdo con lo establecido en la Ley, hay que asignarle un nombre** y se propone a la asamblea el de MELCO XXI - BALCÓN de COLMENAR 1ª FASE, aprobándose el mismo por unanimidad. [...]*

*6. Designación Oficial de los socios que compondrán la citada fase. Derechos y Obligaciones:*



*Desde que se tuvo conocimiento de la posibilidad de separación de esta primera fase, se han hecho los trámites oportunos para que todos los socios pudieran ejercer su derecho a optar por la misma [...]*

*A continuación se somete a consideración de la Asamblea, las obligaciones que contraen los socios que pertenezcan a una fase en concreto [...]*

*Sometida a votación entre los presentes, se aprueba por unanimidad que aquel socio que renuncie a una fase concreta no perderá antigüedad en la Cooperativa [...]*

*Por último, el Director Gerente, quiere hacer la consideración de que el número de viviendas expuesto para esta fase, está en función del Plan Parcial presentado al Ayuntamiento y sujeto por tanto a aprobación municipal. De existir variación alguna al alza o a la baja se seguirá el criterio de antigüedad, para corregir la citada lista."*

(énfasis añadido)

En la citada AG se aprobó la constitución de la primera fase de la Cooperativa. La existencia de un acuerdo de la AG supone no solo que existirán distintas fases sino que la Cooperativa adopta expresamente esa forma de desarrollo. Es más, el acuerdo se sustenta en lo establecido en la Ley ("Cada promoción o fase deberá identificarse con una denominación específica") y se refiere a los derechos y obligaciones de los socios que compondrán la primera fase de la Cooperativa.

En AG de 02.04.05 se aprobó la constitución de la segunda fase bajo el nombre de MELCO XXI - BALCÓN DE COLMENAR 2ª FASE (y este hecho y dicha AG se menciona también en la AG de 16.06.07 -11.6 "Constitución de la Segunda Fase de la Cooperativa" -).

En la AG de 05.04.08 se constituyen la 3ª y 4ª Fases ("Arroyo Espino" y "Alto Eugenio") y se designan representantes de la Junta especial de cada fase.

Y pocas dudas puede haber del desarrollo posterior de las diversas fases cuando en las intervenciones en la AG los socios se identifican por su fase, como puede comprobarse - entre otras muchas - en la AG de 28.03.2009, en la que, además, el Director Gerente "explica la financiación en cada uno de los sectores que componen cada fase" y lo hace respecto a las siguientes fases:

1. 1ª Fase "Navallar" [obsérvese que coincide con el sector que componía la primera fase según el acuerdo de la AG de 13.12.03]
2. 2ª Fase "Adelfillas"
3. 3ª Fase "Arroyo Espino"
4. 4ª Fase "Alto Eugenio"

Y en asambleas posteriores, como la AG de 26.06.2010, se interesa información de las respectivas fases de la Cooperativa:

- "¿En qué estado se encuentra la financiación de las fases 3ª y 4ª."

- "Si no se está haciendo nada en la 4ª fase, ¿por qué se generan mes a mes intereses a quienes están al día de sus aportaciones obligatorias?"

Y en esa misma Asamblea se aprueban los presupuestos de las cuatro fases referidas.

Pero debe destacarse especialmente una observación que se efectúa en relación a este extremo del orden del día de la Asamblea, tras la aprobación de los cuatro presupuestos de las respectivas fases:

*"[...] trasladando esas votaciones a los puntos similares de las cuatro Juntas especiales. En total cinco aprobaciones."*

Es decir, no solo existían fases, consecuencia de una decisión de la Cooperativa aplicando el artículo 115 LCCM y el nuevo artículo 45 bis de los Estatutos que se introduce, sino que se celebraban Juntas especiales para cada fase. Esto precisamente supone que existía un desarrollo por fases, en cuanto, como establece el apartado segundo del artículo 115 LCCM:

"Deberán constituirse por cada fase o promoción Juntas especiales de socios"

Sin embargo no se cumplió con la obligación legal impuesta en orden a la existencia de patrimonios separados.

Aunque los anteriores documentos ya obraban en las actuaciones y podían ser valorados en virtud del principio de adquisición probatoria, fueron también aportados por la AC los de diversas asambleas generales, junto con otros documentos referidos precisamente a las actas de las juntas especiales de socios de las distintas fases (doc. 14 a 24 del escrito de la AC de oposición al recurso de apelación). Nos remitimos a lo acordado en



relación a la admisión de prueba. No obstante tampoco era necesario examinar estos últimos, puesto que ya ha quedado acreditada la existencia de distintas fases e incluso la celebración de juntas especiales de cada fase, y se constata el incumplimiento de la obligación que establece el artículo 115 LCCM.

Sobre este aspecto hemos de advertir que la sentencia contempla este hecho en relación a la causa general del artículo 164.1 LC. Así lo hemos relacionado al precisar los hechos y causas de la calificación y a dicha causa hemos de atenernos (pg. 36 de la sentencia).

En consecuencia es necesario acreditar que contribuye a agravar la insolvencia y el nexo causal.

La sentencia considera que el daño viene representado por el importe de 8.413.875,70 euros, derivado de adjudicar las viviendas por "precio" inferior al real.

Sin embargo, lo que hace la sentencia es mezclar hechos distintos que sustentan la calificación, puesto que la adjudicación de viviendas por precio inferior al coste real constituye un hecho distinto (el segundo de los que sirven de base a la calificación conforme a dicha causa).

En consecuencia:

(i) Una cosa es que no existan patrimonios separados por fases y otra que las viviendas se adjudiquen o no por el coste real. Ello puede producirse existan o no patrimonios separados y fue decisión de los órganos de la Cooperativa, reiterada tanto por el CR como por la AG, que las viviendas se adjudicasen por el coste presupuestado. Si de existir ese patrimonio separado la actuación hubiera sido otra es una hipótesis que no corresponde considerar a efectos de calificación. En la causa contemplada en el artículo 164.1 LC corresponde a quien la sustenta acreditar los presupuestos de calificación y, en concreto, la relación del hecho invocado con la generación o agravación de la insolvencia. En realidad se acaba por prescindir de tales presupuestos de la causa general que se sustituyen por la "integración" de un hecho distinto, lo que acaba por distorsionar el análisis pertinente.

(ii) Los hechos que han sustentado la calificación deben corresponder con los que contempla el informe de calificación del AC o el dictamen del MF. No pueden mezclarse unos hechos con otros. La sentencia considera (pg. 37, primer párrafo) que:

"En realidad, el hecho determinante de la culpabilidad al que nos estamos refiriendo [...] debería integrarse con otro de los hechos determinantes de la culpabilidad conforme al artículo 164.1 de la LC que determina la AC [en referencia a la adjudicación de viviendas por debajo del coste real]"

No cabe "integrar" dos hechos, ni cabe que el daño se atribuya a dos hechos simultáneamente.

El importe de 8.413.875,70 euros, que se considera daño derivado de adjudicar las viviendas por "precio" inferior al real - es decir, la desviación sobre el coste real - procede del segundo hecho que sustenta la calificación, no de la separación de patrimonios, aunque dicha separación hubiera podido suponer - o no - que la decisión sobre este segundo hecho fuera otra.

(iii) En definitiva, el pretendido "daño" no se conecta con el primero de los hechos que sustentan la calificación sino con el segundo, de modo que no puede aceptarse este hecho para dar lugar a la calificación culpable.

El motivo del recurso debe prosperar.

**CUARTO.** Se refiere a continuación el recurso a la entrega y otorgamiento de escrituras de adjudicación por debajo de su coste real.

Señala el recurso que la escrituración por el precio de adjudicación en lugar de por el coste real fue una cuestión conocida, consentida y autorizada por todos y cada uno de los Consejos Rectores a lo largo de los años.

En la AG de 04.06.2011 se acordó no permitir la escrituración de una vivienda en un precio inferior al coste real.

Y en la AG de 25.02.12 se acuerda aplicar retroactivamente el acuerdo anterior a los socios con vivienda ya entregada por debajo del coste. A tal efecto se encargó el informe Deloitte para determinar el coste real de cada vivienda adjudicada. Se pretendía (AG de 12.03.12) confirmar o corregir las "cuentas internas" de la Cooperativa.

Se refiere el recurso también al importe que según la AC corresponde a esas diferencias (8.413.875,70 €), remitiéndose al informe que se acompaña a la oposición de D. Jose Daniel en el que se distingue la desviación en adjudicaciones efectuadas en los dos años anteriores a la declaración de concurso (5.380,73 euros) y las efectuadas con anterioridad a ese periodo (8.408.494 euros). La AC está incluyendo ambas adjudicaciones.

Y añade que el desfase patrimonial debería ser soportado por los socios que recibieron unas viviendas a un precio por debajo del su coste, con lo que parecía estar conforme la AC atendiendo a los recursos que en



determinados procedimientos interpuso la Cooperativa con la conformidad de la AC. En definitiva, el Director Gerente, D. Jose Carlos , nada tuvo que ver con tales acuerdos.

### **Oposición de la AC.**

Señala la AC que D. Jose Carlos reconoció el importe de la diferencia entre el coste real y el precio de adjudicación. El informe Deloitte fue reconocido por D. Jose Carlos y por D. Jose Daniel .

Añade que ocultó este quebranto al CR y AG hasta que no tuvo otra opción que ponerlo de manifiesto en la AG de 25.02.12.

De haberse llevado la contabilidad por fases no se hubiera producido esta pérdida patrimonial que es imputable al administrador de hecho, apoderado general y gestor de la Cooperativa. Las desviaciones se cubrieron con las aportaciones de los últimos socios como si se tratase de una estafa piramidal.

### **Valoración del Tribunal.**

El recurso sostiene que la desviación fue conocida, consentida y autorizada por todos y cada uno de los Consejos Rectores a lo largo de los años.

Y es cierto. Por el contrario de lo que manifiesta la AC, nada se "ocultó". Y no solo no se ocultó sino que fue la decisión adoptada y reiterada por los distintos órganos de la Cooperativa, tanto CR como AG.

Esta circunstancia no elude analizar si tal conducta puede sustentar la calificación. Más bien, a lo que se refiere el recurso es a que el hecho no es imputable al recurrente, pero esta es otra cuestión que afecta a su hipotética condición de persona afectada por la calificación - a examinar, para seguir un orden lógico, en el segundo apartado del recurso -, no a la calificación en sí misma.

Debemos advertir que el que no fuese imputable al recurrente - p. ej. por haber sido acordado por la AG en el ámbito de sus competencias o por que fuese imputable al CR -, no significa que no sea un hecho que hubiese generado o agravado la insolvencia y que hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor "o" de determinadas personas - artículo 164 LC - ya que la imputación a determinadas personas que relaciona dicho precepto no es automática.

Un segundo aspecto es el periodo que debe tenerse en consideración para la calificación, es decir, si los hechos deben limitarse a las adjudicaciones efectuadas en los dos años anteriores a la declaración de concurso: entrega y otorgamiento de escrituras de adjudicación por debajo de su coste real en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

No cabe establecer tal limitación respecto al hecho mismo que sirve de sustento a la calificación.

Nos remitimos a la redacción de la Ley Concursal posterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, aplicable al caso.

Según lo dispuesto en el artículo 164 LC, se establece una limitación de carácter subjetivo, referida a las conductas realizadas por quienes hubieren tenido la condición de administrador dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Esta limitación subjetiva se reproduce en la determinación de las personas afectadas por la calificación, en cuanto el artículo 172.2.1º LC se refiere también a quienes hubieren tenido la condición de administrador dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Sin embargo la Ley Concursal no establece límites objetivos relacionados con el periodo en el que los citados administradores hubieren realizado la conducta que sustenta la calificación, salvo en las causas contempladas en los artículos 164.2.5º LC (salida fraudulenta de bienes durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso) y 165.3º LC (obligaciones contables relativas a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso).

Dicha distinción se contempla en la STS 202/2017, de 29 de marzo (FJ Octavo):

*Conviene advertir que la limitación de que los administradores, liquidadores o apoderados generales a quienes se pretende declarar personas afectadas por la calificación, conforme al art. 172.2.1º LC, afecta a esta declaración pero no supone que, con carácter general, sólo se pueda calificar culpable el concurso por actuaciones realizadas dos años antes de la declaración de concurso. Las únicas limitaciones temporales son las previstas en el art. 164.2.5º LC y en el art. 165.3º LC.*

En cualquier caso, el propio recurso reconoce que el hecho se ha producido también - aunque sea en menor medida - en los dos años anteriores a la declaración de concurso.



Y es preciso añadir que la adjudicación de viviendas por debajo de su coste real es un hecho que *per se* provoca un déficit patrimonial, que se mantiene mientras existe liquidez pero que, llegado un determinado momento, da lugar a una situación insostenible. Este desfase, cuando se hace presente la insolvencia, contribuye a su agravación. Dicha situación la explica el Tesorero del CR en la AG de 04.06.11:

*Este criterio se llevó a la práctica mientras el Fondo de Compensación tuvo liquidez suficiente para hacer frente al importe de las desviaciones habidas, pero, al no haber nuevas aportaciones al Fondo de Compensación, ha llegado un momento en el que ya no es posible proceder a la escrituración en términos análogos de las viviendas que se entregan a los socios.*

El Fondo de Compensación permitía maquillar la situación hasta que ya no es posible. La Cooperativa aceptaba un desfase patrimonial - hecho ya por sí mismo inaceptable - amparándose en los beneficios del Fondo de Compensación de manera gravemente negligente, pues tal cobertura no iba más allá de un mero voluntarismo, sin rigor alguno, con la esperanza de que los desfases derivados de los inevitables problemas del proceso constructivo pudieran correr a cargo de dicho Fondo.

El recurso concluye reiterando que el hecho no es imputable a D. Jose Carlos, aspecto que, como hemos señalado, debe examinarse en el segundo apartado del recurso para seguir un orden lógico, en cuanto aquí analizamos los hechos que sirven de sustento a la calificación culpable.

**QUINTO.** El último apartado del recurso en relación a los hechos en que se sustenta la calificación se refiere a la cifra de existencias, que la sentencia considera más elevada de lo que debía constar en la contabilidad dado que las viviendas adjudicadas seguían figurando en el patrimonio de la sociedad y se elevaba la cifra de pasivo, en cuanto la Cooperativa ya no debía nada al socio adjudicatario y en el pasivo seguía figurando su aportación.

El recurso no se centra en la contabilidad sino en los informes de auditoría, destacando que constaba determinada información mediante los párrafos de énfasis, es decir, que no quedaría afectada la comprensión de la situación patrimonial. Son los siguientes:

Informe de auditoría del ejercicio 2010: reconoce que no se ha dado de baja cifra alguna ni de las existencias ni de las aportaciones. Señala que cuando se cumpla el requisito (NRV 14ª.2.e) PGC 2007) de poder valorar con fiabilidad los costes de las entregas deberán registrarse los ingresos y costes correlativos disminuyendo al mismo tiempo la cifra de existencias y el importe de las aportaciones.

Informe de auditoría del ejercicio 2011: Se refiere a la información de la Memoria sobre el encargo del informe Deloitte para obtener el coste individualizado de cada vivienda y reclamar, en su caso, la diferencia. Aunque no se disponía del informe definitivo, sobre la valoración efectuada se podía determinar el coste individualizado, de manera que se procedió a contabilizar la baja de "existencias" del valor del coste correspondiente a las viviendas entregadas hasta el 31.12.11 y a la baja de "aportaciones de socios" de las entregas efectuadas por éstos para financiar su vivienda, por lo que se daban los requisitos previstos en la NRV 14ª PGC 2007, según la cual solo se contabilizarán los ingresos procedentes de la venta de bienes cuando "los costes incurridos o a incurrir en la transacción puedan ser valorados con fiabilidad".

Informe de auditoría del ejercicio 2012: Las entregas de viviendas en 2012 figuran como volumen de operaciones del ejercicio al poderse determinar su coste individualizado, que se ha dado de baja en la cifra de existencias. Se remite a lo ya señalado respecto de 2011.

Sostiene el recurso que era asumido por todos los socios de MELCO que solo al final de la vida de la Cooperativa podrían darse de baja los costes incurridos y de baja también los ingresos procedentes de las aportaciones de los socios. Señala que no existían fases y las desviaciones son de todos, y que las cuentas anuales se aprobaron por unanimidad o con altísimos porcentajes.

Reitera que en la AG de 04.06.11 se acordó no escriturar más viviendas por debajo del coste y reclamar con carácter retroactivo estas cantidades a los socios afectados y por ello figura en el balance de situación 10.357.018,02 euros (8.413.875,70 euros sin intereses) a que ascendía la diferencia a favor de la Cooperativa.

#### **Oposición de la AC.**

Señala la AC que el recurso reconoce la irregularidad pero alega que era conocida por todos a consecuencia de la aprobación de cuentas, aunque en ninguna AG estuvieron presentes todos los socios. Añade que la proyección de la imagen fiel no afecta solo a los socios sino también a los acreedores.

#### **Valoración del Tribunal.**

Debemos precisar, en primer lugar, que el recurso reconoce que hasta el ejercicio 2011 no se procedió a contabilizar la baja de "existencias" del valor del coste correspondiente a las viviendas entregadas hasta el 31.12.11 y la baja de "aportaciones de socios" de las entregas efectuadas por éstos para financiar su vivienda.



Los informes de auditoría pueden contener, en su caso, párrafos de salvedades, párrafos de énfasis y párrafo sobre el informe de gestión.

Las circunstancias expresadas bajo la rúbrica "salvedades" pueden dar lugar a una opinión desfavorable (la sociedad no refleja la imagen fiel del patrimonio), una opinión denegada (cuando el auditor no ha podido obtener evidencia adecuada y suficiente como para emitir una opinión sobre las cuentas anuales en su conjunto) o a una opinión con salvedades (con la excepción de determinadas circunstancias las cuentas anuales en su conjunto expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y del resultado de las operaciones).

Las salvedades pueden proceder de limitaciones al alcance - cuando el auditor no puede aplicar los procedimientos de auditoría que hubiera considerado necesarios para la obtención de la evidencia adecuada y suficiente para formarse una opinión razonable sobre determinados hechos económicos - o de incumplimientos de principios y criterios contables - cuando el auditor identifica una o varias circunstancias que contravienen el marco normativo de la información financiera -. El incumplimiento de principios y criterios contables de suficiente gravedad podría incluso dar lugar a una opinión desfavorable.

Este no es el caso que nos ocupa, de manera el informe de auditoría no refleja ninguna contravención del marco normativo.

Por medio de los párrafos de énfasis el auditor resalta determinados aspectos puestos de manifiesto en las cuentas anuales.

No obstante, no podemos admitir la justificación que el informe de auditoría - y la impugnación efectuada por el auditor D. Jose Daniel - pretenden ofrecer para no contabilizar las adjudicaciones de viviendas y excluir este hecho como sustento de la calificación culpable.

Dichas adjudicaciones conllevan la transmisión de la propiedad de las respectivas viviendas a los socios adjudicatarios, y esta transmisión se efectúa por un determinado importe que se corresponde con el coste presupuestado. Es decir, las viviendas se transmiten y determinadas cantidades aportadas por el socio para la financiación de esas viviendas se convierten en el importe de la adjudicación.

Esta operación debe tener el adecuado reflejo contable:

(i) El hecho de que la Cooperativa decidiera asumir las desviaciones presupuestarias con cargo al Fondo de Compensación no exime de contabilizar adecuadamente cada operación.

(ii) La NRV 14ª de ningún modo justifica el que las adjudicaciones no se contabilicen. En primer lugar, dicha norma se refiere a la contabilización de los ingresos por ventas, no a las existencias (la vivienda ya es propiedad del adjudicatario). En segundo lugar, tampoco excluye la contabilización de ingresos por la transmisión de las viviendas (las adjudicaciones). La norma dispone que sólo se contabilizarán los ingresos procedentes de la venta de bienes cuando, entre otros requisitos que aquí también se cumplen, "los costes incurridos o a incurrir en la transacción pueden ser valorados con fiabilidad". La justificación que pretenden ofrecer el recurso y la impugnación de la sentencia resulta insostenible. La norma se refiere a la fiabilidad del coste de la transacción, no al coste real de las viviendas, más cuando éste no es el coste por el que se efectúa la adjudicación. Conforme establece dicha norma, los ingresos procedentes de la venta de bienes se valorarán por el valor razonable de la contrapartida, recibida o por recibir, derivada de los mismos, que, salvo evidencia en contrario, será el precio acordado para dichos bienes o servicios, deducido: el importe de cualquier descuento, rebaja en el precio u otras partidas similares que la empresa pueda conceder, así como los intereses incorporados al nominal de los créditos. No obstante, podrán incluirse los intereses incorporados a los créditos comerciales con vencimiento no superior a un año que no tengan un tipo de interés contractual, cuando el efecto de no actualizar los flujos de efectivo no sea significativo.

Y el importe por el que se efectúa la adjudicación se refleja en las respectivas escrituras.

Si la Cooperativa está adjudicando viviendas por debajo del coste real ello no exime de contabilizar la operación de adjudicación, que resulta perfectamente determinada.

Pese a que no se acepta la particular interpretación de la NRV 14ª que se efectúa en el recurso y en la impugnación de la sentencia, y existe por lo tanto irregularidad contable, hemos de señalar que este hecho, que el informe de calificación relaciona con la causa contemplada en el artículo 164.2.1º LC, precisa la justificación de presupuestos añadidos y, en concreto, que la irregularidad resulte relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad. Cuando llega el momento de relacionar el hecho con la mencionada causa de calificación culpable, el informe de calificación no explica de qué modo resulta relevante en ese aspecto la irregularidad concreta que se analiza (pg. 30) pues se acaba por mezclar este hecho (recordemos que lo que expresamente incluye en este apartado el informe de calificación es "la no contabilización de las entregas



de viviendas en el ejercicio 2010") con las más variadas cuestiones (como las provisiones por deterioro de terrenos dotados en 2011 y 2012) esto en referencia genérica a la contabilidad, y se pasa a hacer referencia también genérica al fondo de maniobra ya del ejercicio 2013 o a la legalización de libros en 2011 y 2012.

En consecuencia, este hecho no puede sustentar la calificación culpable. El recurso debe prosperar en relación a esta causa.

**SEXTO.** El segundo apartado del recurso se refiere a la condición de administrador de hecho que atribuye la sentencia recurrida a D. Jose Carlos .

Señala el recurso que D. Jose Carlos fue nombrado Director Gerente de la Cooperativa por acuerdo de la AG de 28.12.01, y que se le otorgaron poderes generales por la AG de 31.05.03 que fueron elevados a público en escritura de fecha 24.06.03. Dichos poderes son semejantes a los otorgados a las sociedades gestoras (MORELVAN, MORATI y CEM).

Conforme a lo establecido en los artículos 46.1 y 52.3 de los Estatutos, el auténtico órgano de administración es el CR:

Artículo 46.1 de los Estatutos:

*[...] el consejo rector es el órgano de gobierno, gestión y representación de la Cooperativa, a quien corresponde controlar y supervisar de forma directa y permanente la gestión de la misma. Ejercerá todas las funciones y facultades que no estén expresamente atribuidas por la LCCM o por los Estatutos a otros Órganos Sociales"*

Artículo 52.3 de los Estatutos:

*"La existencia del Director en la Cooperativa no modifica ni disminuye las competencias y facultades del Consejo Rector, ni excluye la responsabilidad de sus miembros frente a la Cooperativa, frente a los socios y frente a terceros.*

*Las facultades conferidas al Director solo podrán alcanzar al tráfico empresarial ordinario y en ningún caso podrán otorgársele las de:*

- a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la Cooperativa, con sujeción a la política general establecida en la Asamblea General.*
- b) Presentar a la Asamblea General la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y asignación de resultados y la Memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico.*
- c) Solicitar la suspensión de pagos o la quiebra."*

Los distintos Consejos rectores han venido ejerciendo sus funciones a lo largo de los años de acuerdo con la Ley y los Estatutos de la Cooperativa.

Desde la constitución de la Cooperativa, de la gestión se encargaron diversas empresas que, aún vinculadas a D. Jose Carlos , actuaban de forma independiente y ajenas a la actividad propia del DG, y éste no representaba a las gestoras.

Por otra parte la AG de 16.05.03 acordó la contratación del auditor de cuentas. Por acuerdo de AG de 17.03.10 asume el asesoramiento legal SAEZ ABOGADOS que desde el inicio de 2010 ya se encargaba de la contabilidad y de las cuentas anuales.

El recurrente actuó con total fidelidad a los acuerdos de CR y AG.

A continuación señala el recurso que no concurre ninguno de los presupuestos que determinan la existencia de un administrador de hecho.

Jose Carlos no ha sustituido al CR en sus funciones. Firmar escrituras de adjudicación o préstamos o efectuar propuestas en cualquier cuestión no es asumir las funciones que corresponden al CR. Se remite el recurso a las actas de AG y CR que relaciona, donde se adoptan los diferentes acuerdos por el órgano correspondiente.

Y finalmente rechaza el recurso que las circunstancias apreciadas en la sentencia sirvan para considerar al recurrente administrador de hecho:

- El hecho de que esté dedicado todos los días a la Cooperativa no determina tal conclusión.
- En ningún caso asumió funciones que correspondiesen al CR.
- El enfrentamiento que según la sentencia figura en el anexo del acta AG 16.02.13 lo fue entre miembros del CR. Se reprochó la actuación del Presidente y algunos miembros del CR solicitaron su dimisión, y se consideró en otro anexo por un consejero y por el secretario que la carta estaba plagada de inexactitudes. Y en CR de



22.02.13 se debatió la apertura de expedientes disciplinarios a D. Fernando , D. Fructuoso y D. Gerardo . La carta de dimisión de D. Fernando tampoco acredita la condición de administrador de hecho de D. Jose Carlos . La AG ratificó al DG en su cargo. El expresidente D. Humberto expuso las situaciones difíciles que había afrontado el CR, alabando la actuación del DG.

Añade que lo que se desprende precisamente del acta de la AG de 16.02.13 y sus manifestaciones es la predisposición de los testigos D. Fructuoso y D. Gerardo contra D. Jose Carlos .

### **Oposición de la AC.**

Señala la AC que D. Jose Carlos es administrador de hecho y, en cualquier caso, es apoderado general, por lo que se le debería condenar al déficit patrimonial.

Añade que las sociedades gestoras estaban vinculadas a D. Jose Carlos . Sociedades vinculadas al DG y a las gestoras realizaron con la Cooperativa operaciones de préstamo, compraventa e intermediación de terrenos.

Afirma la AC que "Según el recurso de apelación y el Sr. Jose Carlos estas son las sociedades que prestaban el asesoramiento contable, fiscal y jurídico a la cooperativa, es decir era él mismo". Añade que en el registro de Cooperativas consta el "poder de ruina" otorgado a su favor.

Firmaba todas las escrituras, representaba a MELCO ante el Ayuntamiento, Juntas de Compensación, COAM, Bancos, etc.

Cualquier miembro que disenta de sus decisiones pagaba las consecuencias y lo hacía renunciar como miembro del CR e incluso le dejaba sin vivienda (Sr. Fructuoso ).

### **Valoración del Tribunal.**

I. La condición de administrador de hecho.

Debemos destacar, en primer lugar, que lo que el informe de calificación elaborado por la Administración Concursal sustenta al referirse a las personas afectadas por la calificación es la condición de administrador de hecho del D. Jose Carlos .

La referencia como apoderado general se efectúa dentro de ese marco, relacionando sus poderes con la atribución de la condición de administrador de hecho. Así se desprende del informe en lo que detallamos a continuación:

- *"Se otorgó poder general [...] comportándose realmente como administrador de hecho"*

(pg. 36)

- *"Además ha sido el gestor de la Cooperativa que a estos efectos se le debe considerar el administrador de hecho"* (pg. 36)

- *"Esta Administración Concursal considera administrador de hecho a DON Jose Carlos , por ser quien funda la Cooperativa y adopta las decisiones desde el inicio, firma los documentos de representación de la Cooperativa y es quien tiene mayor grado de participación en las decisiones de gestión y administración"* (pg. 37)

- *"A juicio de esta Administración Concursal DON Jose Carlos es administrador de hecho de la concursada, gestor de la Cooperativa ( art. 17 de la LOE ) y apoderado general en virtud de poder notarial, es quien decidió la realización de esta rama de actividad (promoción inmobiliaria a través de la Cooperativa) y es a quien, en la Ley de Ordenación de la Edificación, se le considera responsable, en su condición de promotor, de los vicios ruinógenos o defectos de construcción, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación "* (pg. 37)

II. Los presupuestos de la existencia de administrador de hecho.

La condición de apoderado general no permite atribuir al mismo, sin más, la consideración de administrador de hecho. Así lo señalaba la STS 721/2012, de 4 de diciembre:

*55. Finalmente, también ha declarado la Sala que no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho. Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho ( sentencias 261/2007, de 14 marzo , 55/2008, de 8 de febrero ), correspondiendo a las instancias la valoración de la prueba sobre si la actuación desplegada por el demandado fue actuando como administradores de hecho de la sociedad o, por el contrario, como simple apoderado(en este sentido, sentencia 55/2008, de 8 de febrero ).*

La STS 421/2015, de 22 de julio, con cita de la anterior, destaca los presupuestos de esta figura (16):



[...] la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

En consecuencia, son características que nuestra jurisprudencia ha venido acuñando como relevantes para detectar la presencia de dicha figura, en particular para elevar la condición de un mero apoderado a la categoría de administrador de hecho, las siguientes:

- a) Para que merezca la calificación de tal, el administrador de hecho ha de desarrollar su labor con autonomía, o lo que es igual, sin subordinación de clase alguna al administrador de derecho.
- b) La calidad de la actuación del administrador de hecho ha de situarse en el nivel decisorio de la actividad societaria, de manera que no se limite a organizar o materializar las decisiones adoptadas por el administrador de derecho.
- c) Este modo de actuar lo lleva a cabo el administrador de hecho, cuando de administrador oculto se trata, con el conocimiento y consentimiento del administrador de derecho.
- c) Dicho modo de proceder no debe constituir algo puntual o esporádico sino más bien la regla de actuación observada de manera constante y permanente en el seno de la sociedad de que se trate.

III. Aplicación de dicha doctrina jurisprudencial en el caso de D. Jose Carlos .

La consideración como administrador de hecho de D. Jose Carlos resulta manifiestamente carente de fundamento.

Es preciso aclarar que el informe de calificación tiene naturaleza de demanda ( STS 583/2017, de 27 de octubre, FJ Decimosegundo, entre otras) de modo que debemos atenernos a las alegaciones que al respecto se efectúan en el propio informe, ya que la prueba no sufre dichas alegaciones, que deben figurar en el escrito rector del procedimiento - STS núm. 713/2014, de 17 de diciembre -. Los enfrentamientos que se producen en un determinado momento entre los miembros del Consejo Rector, a los que se refiere la sentencia recurrida, en modo alguno convierten al Director Gerente en administrador de hecho.

Ya hemos señalado que la mera existencia de poder general no permite considerar al apoderado administrador de hecho. Sobre este poder general nos vamos a extender en el siguiente apartado. Lo mismo hemos de señalar respecto de la condición de gestor -ya se afirme esto en relación su cargo de Director Gerente o como persona vinculada a las sociedades gestoras -.

Como es obvio, la responsabilidad que la LOE pueda atribuir al gestor de cooperativas en relación al proceso constructivo en modo alguno supone que el gestor sea administrador de hecho de la Cooperativa. Se convertiría más bien dicho régimen legal en una atribución "ex lege" de la condición de administrador de hecho. No es así, y no cabe confundir planos distintos.

Tampoco la circunstancia de la participación de D. Jose Carlos en la fundación de la Cooperativa - que más bien sería de la sociedad gestora - supone que nos encontremos ante la figura del administrador de hecho, que debe reunir los caracteres ya expuestos.

Añade el informe de calificación que "adopta las decisiones desde el inicio". No sabemos a qué decisiones se refiere pues en su condición de Director gerente debe adoptar decisiones, pero ello no le convierte en administrador de hecho.

Y no podemos admitir que la adopción de "decisiones" suponga suplantar el Consejo Rector. No solo por la falta de justificación al respecto del informe sino por que lo que se acredita es todo lo contrario. Basta apreciar las actas de las reuniones del Consejo Rector - entre otras las propias que se citan en el recurso - para comprobar que en dicho órgano se deliberaba y se decidía sobre las cuestiones que afectaban a su competencia. Y el Consejo Rector - o los distintos consejos rectores - celebró multitud de reuniones, de manera que tampoco es un órgano inactivo que dejara las decisiones en manos de un tercero.

Señala también el informe que D. Jose Carlos firmaba los documentos de (en) representación de la Cooperativa. Precisamente para ello se otorgan poderes, pero esto no significa que suplante las funciones del Consejo Rector y que sea él quien adopte las decisiones del Consejo de manera autónoma.

Finalmente se indica que es quien tiene mayor "grado de participación en las decisiones de gestión y administración". Tal y como se formula no deja de resultar una afirmación genérica de la que no se



puede extraer otra cosa que se pretende, sin adecuada justificación, atribuir al recurrente la condición de administrador de hecho. El CR puede incluso asesorarse por un tercero para adoptar sus decisiones cuando estime oportuno, pero esto no convierte al tercero en administrador de hecho. Y ya hemos indicado que las actas del Consejo Rector demuestran que es el verdadero órgano de deliberación y decisión en el marco de sus competencias, y así ha sido a lo largo de los años.

En ningún momento estas funciones resultaron suplantadas o delegadas. El Consejo Rector las ejercía con pleno sometimiento a la Asamblea General. Como afirmaba el propio presidente en la AG 28.03.09:

*"Asimismo les recuerdo que la Asamblea General es soberana frente al Consejo Rector, siendo la Asamblea la que dicta las pertinentes directrices de funcionamiento a dicho Consejo, así como si lo estima pertinente puede cesar la totalidad o parte de sus miembros."*

Por otra parte, dado el carácter genérico de la atribución de persona afectada por la calificación, no se efectúa una imputación de hechos concretos que sustentan la calificación, de manera que no sabemos de qué forma un hecho determinado es imputable al administrador de hecho. Tanto sea la persona afectada por la calificación administrador de hecho o de derecho debe justificarse que cada hecho que sustenta la calificación le resulta imputable.

Desde un primer momento las desviaciones de coste se atribuyeron al Fondo de Compensación y así se explicó, entre otras ocasiones, en la AG 16.06.2007:

*"[...] ese Fondo va a servir para absorber todas las desviaciones presupuestarias que se produzcan"*

*"sirve para garantizar a los cooperativistas que el precio final de sus vivienda - que se les marcará una vez se adhieran a un proyecto concreto - no se vea incrementado en más de un uno por ciento (1%) anual hasta la entrega de llaves de las mismas, como consecuencia de un incremento de costes no contemplado en los presupuestos"*

Lo mismo se reitera en la AG de 28.03.09:

*"Se ha venido admitiendo el criterio (siempre lo puede revocar la Asamblea) que las desviaciones presupuestarias de todos y cada uno de los proyectos los asuma la Cooperativa en su conjunto"*

Y es la propia AG la que modifica este criterio en 2011 (26.02.2011).

Y de nuevo se ofrece cumplida explicación de cómo se ha venido actuando en la AG de 4 de junio de 2011, a la que nos hemos referido.

En definitiva, la adjudicación de viviendas por el coste presupuestado asumiendo el Fondo de Compensación las desviaciones es una directriz, asumida por la propia AG ya antes de efectuarse las primeras adjudicaciones, que vinieron siguiendo los sucesivos Consejos Rectores y es la propia AG la que cambia el criterio.

En los términos que hemos expuesto sobre la doctrina jurisprudencial referida al administrador de hecho, lo que hace el demandado es materializar las decisiones de la AG y del CR.

La falta de patrimonios separados por fases no guarda relación con el Director Gerente ni con el apoderado general. Es un hecho asumido plenamente a lo largo de los años por el Consejo Rector, de quien depende la presentación de las cuentas y fija las directrices para su elaboración - artículo 52.3 de los Estatutos -, con pleno conocimiento y aceptación de la Asamblea General, que es quien las aprobaba, a pesar de que había acordado la promoción por fases. No se alcanza a comprender que la AC considere que se trata de hechos "ocultos".

Y respecto a las irregularidades contables hemos de señalar lo mismo, dado que las cuentas siguen siendo imputables al órgano encargado de su formulación, sin perjuicio de que los empleados o entidades que efectúen ese encargo respondan en el ámbito de su relación - laboral o mercantil -. Quien asume la responsabilidad de las cuentas es quien las firma o presenta, con independencia del acierto o desacierto de la persona de quien se auxilie.

Pero es que además, cualquier preparación o asesoramiento en la preparación de las cuentas - que también pueden efectuar los directivos encargados de la contabilidad de una empresa, los contables o las gestorías administrativas - no convierte a quien se encarga de ello en administrador de hecho.

IV. La condición de apoderado general.

Y hemos señalado que el informe de calificación efectúa la mera mención de la condición de apoderado general de D. Jose Carlos en el marco de la consideración del mismo como administrador de hecho.

No se justifica de nuevo de qué modo serían imputables los hechos que sustentan la calificación a quien ostenta la condición de apoderado general, pues ya no nos encontramos en la atribución de la condición



de administrador de hecho. Aquí se precisa una explicación que permita advertir que los hechos en que se sustenta la calificación se amparan en el poder otorgado.

Obviamente los hechos no se amparan en el poder otorgado y ni siquiera son imputables al recurrente - nos remitimos a lo expuesto -.

La consideración de persona afectada por la calificación en este aspecto resulta absolutamente injustificada.

Hemos de añadir que, a pesar de que el escrito de oposición de la Administración Concursal se refiere a la existencia de "poderes exorbitantes" lo que se describe en el propio informe de calificación es lo siguiente:

*" En la Asamblea General de 31 de mayo de 2003 se acordó otorgar poder general (comprar, vender, enajenar, gravar, hipotecar, abrir cuentas corrientes, disponer de las mismas, etc. a Don Jose Carlos , quien ha sido el auténtico órgano de administración" (pg. 4)*

Estas mismas características del poder se reiteran en la pg. 36 al referirse el informe a las personas afectadas por la calificación.

Podemos comprobar cómo la mención al apoderamiento se relaciona con la condición de administrador de hecho, no de manera autónoma para la consideración de persona afectada por la calificación.

En cualquier caso, no se comprende de dónde resulta que el poder sea exorbitante, puesto que más bien es el adecuado para poder desarrollar su función, no para suplantar las decisiones del Consejo Rector. Por otra parte, como hemos señalado, tampoco sabemos qué relación tienen esas facultades del poder con los hechos que sustentan la calificación.

#### **Conclusión en relación al recurso de apelación interpuesto por D. Jose Carlos .**

A la vista de lo expuesto, el recurso debe ser parcialmente estimado, en el sentido de excluir como hechos que sustentan la calificación culpable la falta de separación de patrimonios ( artículo 164.1 LC) y la necesidad de contabilizar la baja de "existencias" del valor del coste correspondiente a las viviendas entregadas y la baja de "aportaciones de socios" ( artículo 146.2.1º LC), así como excluir a D. Jose Carlos de la condición de persona afectada por la calificación.

Con la estimación parcial del recurso procede revocar parcialmente la sentencia recurrida y estimar parcialmente la oposición a la calificación, sin efectuar expresa imposición de las costas de la primera instancia - artículos 394 LEC y 196.2 LC -.

No cabe efectuar expresa imposición de las costas del recurso - artículo 398 LEC -.

#### **SÉPTIMO. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

El recurso mantiene la condición de cómplice de D. Jose Daniel .

Lo que sustenta el recurso es lo siguiente:

*"A juicio de esta AC Don Jose Daniel , auditor de la concursada desde el año 2003 hasta el año 2013, es cómplice con Don Jose Carlos porque este segundo, en su condición de administrador de hecho, elabora la contabilidad, redacta las cuentas anuales y el primero las supervisa y audita sin advertir, en alguno de los diez años, las graves irregularidades contables de que adolecían."*

Añade que el acto de formulación de las cuentas anuales es un mero acto formal porque ninguno de los miembros del CR es contable ni tiene conocimientos para saber si se debe o no llevar la contabilidad por fases.

Debemos advertir que la condición de cómplice de D. Jose Daniel se sustenta en el informe de calificación en los informes de auditoría sin salvedades emitidos por éste desde 2006. Lo que mantiene el informe de calificación es que (pg. 44):

*"la falta de llevanza de la contabilidad por fases o promociones ha provocado que la Cooperativa entregara viviendas por debajo de su valor de coste al desconocer este último, por valor de 8.413.875,70 euros en concepto de coste de construcción y de 919.248,57 euros en concepto de gastos financieros y de participación en elementos comunes, lo que hace un total de 9.333.124,27 euros."*

El informe añade lo siguiente (pg. 47):

*"La realidad de esta situación no hubiera sucedido, si no se hubiera financiado la diferencia entre el coste real y el importe escriturado por los socios adjudicatarios con el patrimonio de otras promociones de la Cooperativa, a su vez provocado por no llevar adecuadamente separado el patrimonio de las distintas promociones como establece la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid en su artículo 115 ."*

Concluye el informe de calificación en relación a D. Jose Daniel de la siguiente forma (pg. 51):

*"En resumen, D. Jose Daniel debe calificarse de cómplice en el presente concurso culpable porque, pese a reconocer los resultados negativos de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, sus informes favorables, sin salvedades y sin que afecten a la opinión cuando debió advertir, desde el primer año auditado, haberlo hecho con salvedades por haberse incumplido la obligación de dotar de fondos y llevar contabilidades separadas por fases y promociones."*

Y se remite a las SSTs de 15 de diciembre de 2010, 26 de octubre de 2012, 7 de junio de 2012 y 22 de diciembre de 2012 señalando que el incumplimiento de una norma, a los efectos de auditoría puede generar un daño patrimonial, en el importe citado.

#### **Valoración del Tribunal.**

No podemos aceptar el planteamiento mismo del recurso.

Hemos de advertir previamente que el fundamento de la consideración de cómplice en relación a D. Jose Daniel se refiere estrictamente a los informes de auditoría. Este planteamiento no puede ser alterado.

Al respecto debemos señalar lo siguiente:

(i) El recurso sostiene que D. Jose Daniel es cómplice de D. Jose Carlos. Sin embargo, la llevanza material de la contabilidad y elaboración de las cuentas no era un hecho en el que se sustentase la consideración como administrador de hecho de D. Jose Carlos - y tampoco supondría la consideración de éste como administrador de hecho -. El recurso parte de considerar a D. Jose Carlos como administrador de hecho y, sobre esta base, encontrándonos ya con un "administrador" y, por lo tanto, con un responsable de la contabilidad - que recae siempre en el órgano de administración - aplica la condición de cómplice al auditor, al "cooperar" éste con el "administrador". El argumento es inaceptable en todas sus premisas. Atendiendo a las alegaciones efectuadas en el informe de calificación, D. Jose Carlos no puede ser considerado administrador de hecho.

(ii) Aunque se hubiera acreditado la intervención de D. Jose Carlos en la llevanza material de la contabilidad a partir de 2010, esta circunstancia no permite atribuirle la condición de administrador de hecho. De ello no se desprende ninguna actuación autónoma y permanente respecto del órgano de administración. Es frecuente en multitud de sociedades que la llevanza material de la contabilidad se efectúe por medios auxiliares (contable, gestoría administrativa, directivos, etc.) y ello no supone que estas personas sean administradores de hecho, y que su actuación permanezca al margen del órgano de administración. Igualmente es frecuente que quienes forman parte del órgano de administración carezcan de conocimientos contables, pero esto no convierte a las personas de quien se sirve dicho órgano - también bajo su responsabilidad - en administradores de hecho, ni les exonera, en cuanto la responsabilidad de las cuentas recae en el órgano de administración que las formula - se sirva de quien se sirva para ello -, y es a sus miembros a quienes se deben imputar las irregularidades. Debemos añadir que la presentación de cuentas no es una competencia delegable, como se desprende del artículo 66 LCCM y del artículo 52 de los Estatutos de la Cooperativa, sino que recae exclusivamente en el Consejo Rector, de manera que es a dicho órgano a quien debe imputarse cualquier irregularidad en las cuentas, con independencia de que se auxilie de determinadas personas en su elaboración, bajo su responsabilidad.

(iii) Difícilmente el auditor puede "cooperar" en una irregularidad referida a la contabilidad - menos en la no separación de patrimonios que no depende de ningún modo de él ni se ha admitido como hecho que sustente la calificación y que se amparó en el artículo 164.1 LC - puesto que su función no es la de formular las cuentas, en lo que no participa - pues su formulación corresponde al órgano de administración - ni "colabora". Su función es la de verificar las cuentas, y puede ser responsable por ello del incumplimiento de sus obligaciones en relación al encargo efectuado o del daño causado a terceros, pero esto no le convierte en "cooperador" con el órgano de administración responsable de la formulación en las irregularidades que presenten las cuentas ya elaboradas. La jurisprudencia que cita el informe de calificación se refiere al incumplimiento de las obligaciones propias del auditor, lo que no le convierte en "cómplice" en la formulación de las cuentas.

Así se refiere a la responsabilidad profesional la STS 815/2010, de 15 de diciembre, entre otras:

*"Por ello --como señala el considerando decimonoveno de la Directiva 2006/43/CE-- los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios que hayan causado por negligencia, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de su prestación, sino también frente a los terceros que entren en relación con la sociedad auditada"*

En definitiva, una cosa es la mayor o menor diligencia del auditor en la prestación de servicios y otra que resulte cómplice de las cuentas o de las irregularidades que puedan presentar. Su actividad no se centra en "cooperar" en un hecho de otro - la formulación o presentación de cuentas a la AG- sino ejecutar un hecho propio - el informe de auditoría - y es por su negligencia al desempeñar el encargo realizado por lo que responde.



Y la STS 628/2012, de 26 de octubre, destaca que el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas no introduce ninguna innovación legislativa, sino que se limita a unificar, sistematizar y armonizar la normativa legal preexistente sobre la actividad de auditoría de cuentas. Así, el régimen de responsabilidad de los auditores de cuentas, regulado en el artículo 22, establece que *"La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero."*

Lo que interesa destacar aquí, en cualquier caso, no son los cambios producidos en la legislación al respecto sino el fundamento de la responsabilidad, que el informe de calificación trastoca por completo para acomodarlo a su pretensión.

(iv) Y debemos reiterar que la ausencia de un patrimonio separado por fases tampoco es imputable a D. Jose Carlos, sino que éste era el criterio fijado por el Consejo Rector, asumido y aceptado por la Asamblea General, relacionado a su vez con la constitución y fines del Fondo de Compensación. Y la adjudicación de las viviendas por el coste presupuestado fue decisión desde un primer momento del Consejo Rector y de la Asamblea General (véase como ejemplo la exposición que se realiza en la citada AG de 4 de junio de 2011) hasta que la propia Asamblea General cambia de criterio en 2011, acordando que las adjudicaciones se efectúen por el coste real.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

**OCTAVO. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA POR D. Jose Daniel .**

Don Jose Daniel presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por la Administración concursal y de impugnación de la sentencia.

El escrito carece de orden alguno. De manera atropellada se mezclan argumentos propios de la oposición al recurso de la AC (imputación como cómplice) con argumentos propios de la impugnación de la sentencia (las causas de calificación culpable), y a su vez estos argumentos se ven repitiendo una y otra vez en los sucesivos apartados.

Respecto al escrito de oposición, que se refiere a la inexistencia de fases en la Cooperativa y a la asunción por todos los socios de las desviaciones respecto al coste presupuestado de las viviendas nos remitimos a lo ya expuesto.

Del mismo modo hemos examinado el recurso de apelación interpuesto por la Administración concursal teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas en su defensa por D. Jose Daniel .

Se refiere la impugnación en primer lugar a las causas del concurso (crisis financiera e inmobiliaria, falta de financiación bancaria, retrasos administrativos, concursos de proveedores y propietarios de las Juntas de Compensación y proliferación de socios que causaron baja).

A continuación se refiere la impugnación a las causas de calificación culpable apreciadas en la sentencia. Identificaremos separadamente las causas que dan lugar a la calificación culpable.

1. No separación de los patrimonios por fases y promociones, dotando a cada una de autonomía (pgs. 59 a 67 de la impugnación)

Considera la impugnación que la sentencia no aplica correctamente los artículos 115.1 y 117.a) LCCM y que no hay fases en la Cooperativa, por lo que no hay que llevar la contabilidad por fases.

Esta cuestión ya ha sido analizada extensamente en relación al recurso de apelación interpuesto por D. Jose Carlos, por lo que nos remitimos a lo expuesto sobre la interpretación de los mencionados preceptos de la LCCM y la supuesta inexistencia de fases.

No obstante, dentro de la caótica impugnación, las pgs. 80 y 81 vuelven de nuevo sobre esta cuestión, en este caso se alude a que este hecho no influye en la calificación en cuanto no media dolo o culpa grave que genere o agrave la insolvencia. Es decir, se discute el nexo causal y la concurrencia de dolo o culpa grave.

Sobre este aspecto nos remitimos al análisis de esta cuestión que ya hemos efectuado en relación al recurso interpuesto por D. Jose Carlos, y que concluyó que no podía este hecho sustentar la calificación, ya que se acababa por integrar en esta causa el daño que en realidad proviene de otro hecho ya contemplado separadamente para la calificación (adjudicaciones por debajo del coste real).

El motivo de la impugnación en este caso debe prosperar, como ya hemos señalado. Dado que afecta a las causas de calificación debe ser ésta excluida.

2. Entrega y otorgamiento de escrituras de adjudicación por debajo de su coste real de construcción (pgs. 67 a 72 de la impugnación).

La impugnación se convierte en un auténtico *totum revolutum* sin orden alguno, más dedicada a efectuar comentarios sobre párrafos de la sentencia y a efectuar preguntas retóricas que a sustentar el motivo del recurso en relación a los presupuestos de calificación. Y a esto se añade la confusión entre los hechos que sustentan la calificación y su causa, que es lo que debe ocupar las alegaciones del motivo, y la imputación de esos hechos, que en ningún caso afecta al impugnante, que fue absuelto, y que dispone del escrito de oposición al recurso de apelación de la Administración concursal para rebatir cualquier pretensión de imputación sobre su persona (pgs. 67 y 68 de la impugnación):

*¿Quién ha cometido el error? Según la Sentencia "MELCO".*

*¿Y quién es MELCO sin los socios que la componen que dentro de sus facultades y posibilidades legales deciden actuar de un modo concreto?*

[...]

*¿A quién se le exige adivinar el futuro; a los socios o al Director Gerente?*

Añade la impugnación que la desviación de 8.413.875,70 euros era conocida y asumida en virtud de los acuerdos sociales adoptados por los socios y en los contratos de adhesión. Considera la impugnación que no existe daño en cuanto (i) la contabilidad separada por fases sería una obligación legal, cuya advertencia correspondería a los asesores jurídicos, no al auditor, (ii) se trata de una desviación presupuestaria y (iii) no existen fases, todo es de todos.

El motivo no puede prosperar.

Debemos primero excluir el análisis de la imputación de los hechos, que no debe ser objeto de la impugnación, que afecta a los hechos y causas de la calificación, como hemos señalado.

Respecto al hecho que sustenta la calificación debemos remitirnos a lo ya expuesto. La adjudicación de viviendas por debajo de su coste constituye un acto que genera un desfase patrimonial y resulta gravemente negligente *per se*. Una vez la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, ese desfase contribuye a su agravamiento. Media culpa grave entre ese hecho y el desfase en cuanto se pretende cubrir dicho desfase derivado de las adjudicaciones por debajo del coste real mediante el Fondo de Compensación, lo que resulta inviable, hasta el punto de que la propia sociedad reconoce que carece de liquidez para mantener esa cobertura. Pretender efectuar adjudicaciones por debajo del coste real por medio del Fondo de Compensación es un acto gravemente negligente. En ningún momento dicho Fondo podía "asegurar" - en los términos utilizados por la Cooperativa - la cobertura de las desviaciones. Simplemente permite maquillar el desfase o agujero patrimonial hasta que la situación explota, que es lo que sucedió. Se trata de una "burbuja" que se mantiene gracias al Fondo de Compensación hasta que la situación es insostenible. La pretensión de cobertura del desfase patrimonial por medio del Fondo de Compensación es meramente voluntarista, sin certeza alguna.

Y dado que la impugnación hace referencia al aspecto temporal de las adjudicaciones, es preciso destacar que los hechos que sustentan la calificación no se encuentran limitados al periodo de dos años anterior a la declaración de concurso, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley, como ya hemos señalado. Ello sin perjuicio de que también se efectuaran adjudicaciones por debajo del coste real dentro del citado período.

3. Irregularidad contable en las cuentas de los ejercicios 2009 y 2010 en cuanto no se da de baja las existencias.

Sostiene la impugnación que hasta el ejercicio 2011 en que se pudieron determinar los costes que figuran en el informe Deloitte no se podían dar de baja las existencias de acuerdo con la NRV 14ª del PGC. Se remite al informe pericial de D. Tomás aportado como doc. 13 junto a su escrito de oposición a la calificación.

Las alegaciones se reproducen de nuevo en las pgs. 73 a 78.

Este hecho ya se ha examinado en relación al recurso interpuesto por D. Jose Carlos . Hemos considerado que, a pesar de que concurre la irregularidad contable en que se sustenta la calificación, no se ofrece explicación en el informe de calificación de los presupuestos que conforman dicha causa, ya que la irregularidad debe ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial.

El motivo debe prosperar.

4. En las cuentas del ejercicio 2011 se debía provisionar el importe de 10.357.018,02 euros, que son créditos que la Cooperativa ostenta frente a los socios adjudicatarios.



Recordemos que la irregularidad contable que en concreto sustenta la calificación es la siguiente (pg. 40 de la sentencia, primer párrafo):

*"Las cuentas del ejercicio 2011 de MELCO tampoco reflejan la imagen fiel del patrimonio de la Cooperativa por que se ha debido provisionar el importe de 10.357.018,02 € que son créditos que la Cooperativa tiene frente a los socios adjudicatarios de las viviendas. En el ejercicio 2011, MELCO está incurso en causa de disolución prevista en los artículos 93.1ºg) de la LCCM.*

*En consecuencia, concurren los hechos base [se refiere la sentencia también al hecho anteriormente examinado] de la presunción iuris et de iure del artículo 164.2.1º de la LC, y el concurso debe ser declarado culpable."*

Esta cifra procede de las diferencias entre el coste de adjudicación y el coste real de las viviendas que la sociedad había acordado reclamar a los socios, con sus intereses. Es decir, los créditos frente a los socios derivados del acuerdo adoptado por la AG de la Cooperativa. Los socios adjudicatarios se negaban a abonar dichas cantidades.

Esta cuestión debe diferenciarse de otra distinta: si las pérdidas por deterioro deben computarse o no para la reducción obligatoria del capital (RDL 10/2008, de 12 de diciembre en su redacción dada por el RDL 5/2010, de 31 de marzo).

Lo que aquí interesa es si el referido importe se debía o no provisionar. Tampoco interesa analizar la provisión por deterioro de terrenos y existencias que por importe de 12.885.000 euros se incluyó en las cuentas del ejercicio.

Lo que sustenta la calificación es lo que no se ha provisionado la referida cantidad cuando no pueden considerarse "ingresos fiables", es decir, el deterioro de los referidos créditos que la Cooperativa considera que ostenta frente a los socios.

El motivo de la impugnación no puede prosperar.

Conforme a la NRV 9ª del PGC, al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un crédito, o de un grupo de créditos con similares características de riesgo valorados colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que pueden venir motivados por la insolvencia del deudor.

Hemos de advertir que el deterioro puede provenir de cualquier situación que ocasione reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, no solo por insolvencia del deudor y ni siquiera sobre el presupuesto de la insolvencia.

Para aplicar la corrección debe atenderse especialmente al principio de prudencia, conforme al cual se deberá ser prudente en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre y se deben tener en cuenta todos los riesgos, con origen en el ejercicio o en otro anterior, tan pronto sean conocidos.

Pese a que la Cooperativa considere que ostenta un derecho de crédito frente a los socios a los que se adjudicó la vivienda por debajo de su coste real - y sin entrar en la existencia de dicho crédito -, lo cierto es que los socios se opusieron e incluso iniciaron acciones a tal efecto.

En esta situación cabe apreciar que los créditos que se reclaman y se consideran vencidos no van a resultar satisfechos, al menos en un periodo de tiempo muy prolongado, lo que obliga a efectuar la corrección valorativa.

Constituyendo este hecho una irregularidad, ya desde el punto de vista cuantitativo resulta relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad, al margen de que, desde el punto de vista cualitativo, la Cooperativa se encontraría incurso en causa de disolución, aspecto éste que contempla la sentencia impugnada.

Tampoco puede aceptarse que las facultades de imputación de pérdidas - artículo 61 LCCM - supongan que una Cooperativa no puede encontrarse incurso en causa de disolución. El citado precepto incluso contempla la posibilidad de que tenga que reducirse el capital en compensación de las pérdidas sufridas.

La impugnación debe ser parcialmente estimada, de modo que procede revocar parcialmente la resolución impugnada a fin de estimar parcialmente la oposición, limitando las causas de calificación culpable a las que hemos apreciado que deben mantenerse, sin efectuar expresa imposición de las costas derivadas de la primera instancia en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 LEC y 196.2 LC.

No se efectúa expresa imposición de las costas de la impugnación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

**FALLAMOS**

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Carlos y la impugnación promovida por D. Jose Daniel de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones, y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia,

1. Estimamos parcialmente las oposiciones a la calificación formuladas por D. Jose Carlos y D. Jose Daniel .
2. Limitamos la calificación culpable del concurso a las causas contempladas en la presente resolución.
3. Absolvemos a D. Jose Carlos de la pretensión ejercitada contra él, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

Ello manteniendo el pronunciamiento absolutorio de D. Jose Daniel , sin imposición de costas.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso y de la impugnación de la sentencia.

La estimación total o parcial del recurso conlleva la devolución del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal contra la referida sentencia, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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