

Roj: **SJM M 13602/2022 - ECLI:ES:JMM:2022:13602**Id Cendoj: **28079470062022100010**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **23/12/2022**Nº de Recurso: **508/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Concurso ordinario**Ponente: **FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia****JUZGADO DE LO MERCANTIL****NÚMERO SEIS****MADRID****PROCESO: Concurso nº 508/2011 (IMAGENTES 2004, S.L.)****SECCIÓN 6º: SENTENCIA DE CALIFICACIÓN.****SENTENCIA N.º .**

En la Villa de Madrid, a VEINTITRÉS DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS.

Vistos por **D. FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN**, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta Villa y su partido judicial, los presentes autos de **CONCURSO N.º 508/2011**; actuando como demandantes de calificación culpable la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** y el **MINISTERIO FISCAL**; contra la *mercantil concursada* y demandada **IMAGENTES 2004, S.L.**, no personada y comparecida en la presente pieza; y como *personas afectadas por la calificación* el demandado D. Marco Antonio y el demandado D. Abilio , representados por el Procurador Sr. Martínez de la Casa Rodríguez y asistidos del Letrado Dña. Graciela Montenegro García- Paz; siendo parte procesal en esta sección la mercantil **PELAYO MUTUA DE SEGUROS**, representada por la Procuradora Sra. Maroto Gómez y asistida del Letrado D. Julio Romero Fernández-Sancho; sobre **calificación del concurso**; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la presente causa por Auto de 3.10.2011 se acordó la declaración de concurso de **IMAGENTES 2004, S.L.**, por sentencia 276/2018 de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11.5.2018, se declaró incumplido el convenio aprobado por sentencia de 27.3.2013, por Auto de 4.3.2021 se acordó la apertura de la fase de liquidación y por Auto de 15.4.2021 se acordó la aprobación del plan de liquidación y la formación de la sección 6ª o de calificación; todas ellas Resoluciones firmes.

SEGUNDO.- Formada dicha Sección y realizada la publicidad a que se refiere el art. 447 TRLCo [anterior art. 168.1 L.Co.], por escrito de 29.4.2021 de la Procuradora Sra. Maroto Gómez en representación de **PELAYO MUTUA DE SEGUROS**, se personó en la sección, no alegando hechos en que sustentar la pretensión por las partes legitimadas.

TERCERO.- Transcurrido el plazo de personación de interesados al amparo de igual precepto, por la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** mediante escrito de 2.6.2021 se presentó informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, formulando propuesta de resolución calificando el concurso como culpable en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando a los miembros del órgano de administración como personas a la que debe extenderse la calificación culpable, determinando las sanciones que pretende respecto de los mismos, en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.



Por el MINISTERIO FISCAL mediante dictamen de 21.6.2021 se realizó propuesta de calificación culpable del concurso en base a los hechos y motivos que constan en su escrito, señalando a los miembros del órgano de administración como personas a la que debe extenderse la calificación culpable, determinando las sanciones que pretende respecto de los mismos, en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito; acompañando los documentos unidos.

CUARTO.- Emplazadas las personas afectadas por la calificación en el modo dispuesto en el art. 450.2 TRLCO [antes art. 170.2 L.Co.] mediante Providencia de 21.6.2021, por escrito de 21.7.2021 del Procurador Sr. Martínez de la Casa Rodríguez en representación de D. Marco Antonio y de D. Abilio se formuló oposición a la calificación de culpabilidad interesando su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos; acompañando los documentos unidos.

Por la concursada IMAGENTES 2004, S.L. no se formuló escrito de personación ni se formuló oposición a la calificación culpable formulada.

QUINTO.- Interesada por las partes la práctica de prueba documental, y no habiendo más prueba que practicar, se acordó la resolución del incidente sin necesidad de la celebración de la vista; ordenando la práctica de las alegaciones finales por escrito.

SEXTO.- Por escrito de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de 30.12.2021 se realizaron las alegaciones finales que constan en el expediente.

Por escrito de 21.1.2022 del Procurador Sr. De la Casa Rodríguez en representación de D. Marco Antonio y de D. Abilio se realizaron las alegaciones que constan en autos.

Por escrito de 23.2.2022 de la Procuradora Sra. Maroto Gómez en representación de PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA se realizaron las alegaciones finales que constan en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el art. 44 y 52 TRLCO; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 532 y ss del TRLCO.

SEGUNDO.- Régimen de derecho inter-temporal.

1.- En fecha 1 de septiembre de 2020 ha entrado en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal [-en adelante TRLCO-], que dedica a la calificación concursal el Título X del Libro I -arts. 441 a 465-, por lo que siendo el escrito de calificación de fecha 15.1.2021 debe estarse a la regulación vigente al tiempo de la apertura de la calificación por Auto de 15.4.2021, por el que se aprobaba el plan de liquidación consecuencia de la apertura de la liquidación por declaración firme de incumplimiento de convenio en virtud de sentencia 276/2018 de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11.5.2018.

2.- De igual modo, de conformidad con lo dispuesto en la STS, Sala 1ª, de 12.1.2015 [ROJ: STS 256/2015] el régimen de responsabilidad concursal a la cobertura del déficit será la recogida en la redacción dispuesta en el TRLCO aprobado por el citado Real Decreto-Ley 1/2020, de 5 de mayo.

TERCERO.- Calificación del concurso.

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

Frente al Derecho histórico - art. 886 y art. 887 del Código de Comercio- donde se recogía una definición legal de la quiebra fraudulenta, la legislación concursal vigente no define el concurso fortuito, limitándose a afirmar en el art. 441 TRLCO que "... el concurso se calificará como fortuito o como culpable...", por lo que debe concluirse que deben incluirse dentro de su ámbito todos aquellos no calificables de culpables; concurso culpable que sí define la Ley Concursal (en adelante TRLCO.).

2.- Al concurso culpable se refiere el art. 442 TRLCO que señala que "... el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o,



si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho..."

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

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

CUARTO.- Presupuestos de la calificación concursal culpable.

1.- El citado art. 442 TRLCo exige que la indicada causación o agravación de la insolvencia lo sea por dolo o culpa grave del deudor; elementos subjetivo o intencional de la conducta activa u omisiva que debe concurrir para la declaración del concurso como culpable; debiendo entender por dolo la malicia, voluntariedad y mala fe en el resultado de causación o agravación de la insolvencia, siendo culpa grave aquel comportamiento no voluntaria en la infracción de la norma de conducta ni en el resultado producido, pero integrada por una vulneración de la diligencia exigible en cuanto impuesta por normas jurídicas que contienen normas de comportamiento básico en cuanto exigibles de cualquier persona, para distinguir tal comportamiento de la culpa leve o levísima.

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

QUINTO.- Supuestos especiales y presunciones.

1.- Ahora bien, consciente el legislador de la dificultad probatoria de tales presupuestos en el ámbito del concurso, especialmente el elemento o presupuesto subjetivo o intencional, establece la Ley distintos supuestos especiales otros a los que dota de una presunción de dolo o culpa grave.

Así, los supuestos especiales del art. 443 TRLCo recogen conducta que por razón de su concurrencia y acreditación, determinan por sí solas y necesariamente la calificación del concurso como culpable como *"hecho consecuencia"*, como se deduce de la expresión *"... en todo caso..."* incluida en la Ley. Sin embargo, las presunciones del art. 444 TRLCo son presunciones *" iuris tantum"*, admitiendo prueba en contrario, presumiendo la concurrencia del presupuesto o elemento subjetivo (dolo o culpa grave) en la causación o agravación de la insolvencia, sin que sea necesario acreditar la relación de causalidad.



2.- En interpretación de tales preceptos, bajo la conformación legal de presunciones fuertes y débiles, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27.10.2017 [ROJ: STS 3796/2017] que "... El art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que "En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)". Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (sentencias de esta sala 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 421/2015, de 21 de julio ; 492/2015, de 17 de septiembre ; 269/2016, de 22 de abril ; y 490/2016, de 14 de julio)..."

Añade la Sentencia del Alto Tribunal de 22.4.2016 [ROJ: STS 1781/2016] que "... Como hemos afirmado en la sentencia 421/2015, de 22 de julio , conforme al art. 172.2 LC , la sentencia de calificación debe justificar la calificación culpable, con arreglo a los criterios normativos propios de cada una de las conductas imputadas, bien sea conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC , que se complementa con las presunciones iuris tantum del art. 165, bien a tenor de la conductas tipificadas en el art. 164.2 LC . Y también sería preciso justificar a qué persona/s afectada/s por la calificación son imputables tales conductas.

En igual interpretación de la adecuada articulación entre los citados preceptos y conductas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 1.4.2014 [ROJ: STS 1368/2014] indica que "... esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre , 994/2011, de 16 de enero de 2012 , y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción " iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala num. 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril , 298/2012, de 21 de mayo , 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio)..."

SEXTO.- Incumplimiento del convenio [art. 443.6º TRLCo; antes art. 176.2.3º L.Co].

A.- Posición de las partes.

1.- Abierta la fase de liquidación y sección de calificación por consecuencia de la declaración de incumplimiento de un convenio no gravoso [-al apreciar la presencia de esperas no superiores a tres años-], la primera de las causas de culpabilidad invocadas por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y el MINISTERIO FISCAL es el supuesto especial de culpabilidad del art. 443.6º TRLCo, afirmando -en esencia- que el incumplimiento del convenio resulta imputable a los administradores sociales y personas afectadas por la calificación.

2.- Frente a ello los demandados como afectados por la calificación D. Marco Antonio y de D. Abilio , en cuanto administradores mancomunados de la concursada, afirman que la causa del incumplimiento del convenio no resulta imputable a los demandados, sino que es atribuible a la mercantil PELAYO MUTUA DE SEGUROS por cuanto existiendo entre ésta y la concursada una intensa litigiosidad que la concursada estimó, aplicando la excepción de contrato no cumplido, que no debía proceder al pago en tanto aquella mutua no realizara en suyo.

B.- Régimen jurídico.

1.- El ordinal 6º del art. 443 TRLCo estipula, como supuesto especial de declaración culpable del concurso, cuando "... la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado..."; y no habiéndose tramitado previa sección de calificación por razón de la aprobación de no convenio gravoso, de conformidad con la doctrina recogida en sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13.4.2016 [ROJ: STS 1647/2016] es admisible que en la presente pieza de calificación se realice un completo examen de las causas de culpabilidad de los arts. 442 TRLCo [-cláusula general de culpabilidad-], supuestos especiales del art. 443 y presunciones de culpabilidad del art. 444 TRLCo.

2.- En tal sentido afirma dicha Resolución que, en tales supuestos de apertura [-que no reapertura-] de la calificación por consecuencia del incumplimiento del convenio "... Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC , pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio.



Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio "poco gravoso" pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (" incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado ")..."

3.- La causa de culpabilidad examinada encuentra su fundamento no solo en la declaración judicial firme y previa de incumplimiento del convenio, sino en que la misma le resulta imputable objetiva y subjetivamente.

Es preciso que los motivos y razones que objetivamente llevan al incumplimiento [-sea total o parcial-] de los pagos comprometidos en el convenio [-en cuantía y plazos-], encuentre su soporte causal en la conducta o conductas desplegadas por el deudor, o por sus administradores sociales -en su caso-; hasta el punto de que si dichas causas resultan ajenas al deudor y sus administradores, o eran previas a la aprobación judicial del convenio [-por imposibilidad absoluta de cumplir un convenio plenamente irreal en su plan de pagos e ingresos previstos por el deudor-], no podría hablarse de imputabilidad objetiva del incumplimiento, pero ello [-y esto resulta esencial-] desprovisto de la alegación y examen judicial del elemento subjetivo del dolo o culpa grave, en cuanto ésta va incardinada en los supuestos especiales de culpabilidad.

En tal sentido afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 29.5.2020 [ROJ: SAP Z 686/2020] que *"... en estos casos no es preciso acreditar la existencia de dolo o culpa en sentido estricto pues tal conducta incumplidora, si es atribuible al concursado, conlleva la automática calificación del concurso como culpable. Según tiene dicho la jurisprudencia (por todas, sent. TS de 24 de octubre de 2017), las conductas descritas en el art. 164.2 LC no son presuntivas de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial "en todo caso, el concurso se calificará culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes..."*. Así pues, *lo que debe probarse es que el incumplimiento del convenio se debe a causa imputable al concursado, lo cual constituye per se una conducta culpable o negligente..."*

Eso es lo que hace la sentencia al imputar a la administradora de la concursada, no haber "llevado a cabo un control de la actividad de la sociedad para el cumplimiento del convenio aprobado por los acreedores y abonar los créditos de estos..."

C.- Examen de la pretensión y motivos de oposición.

1.- En la presente causa existe, a juicio de este tribunal, un elemento sustancial que permite atribuir a la concursada [-y personas afectadas por la calificación en su órgano de administración mancomunada-] la causa y motivo del incumplimiento del convenio.

2.- Baste recordar que en el mismo se aprobó una quita del 45% y una espera de tres años para créditos ordinarios y subordinados, de tal modo que el pasivo ordinario y subordinado a satisfacer consecuencia de la novación modificativa propia del convenio concursal, ascendía a la cantidad de 356.832,17.-, siendo que los créditos privilegiados ascendían a la cantidad de 39.764,86.-€.

3.- Pues bien, aprobado dicho convenio y eficaz por sentencia de 27.3.2013, es hecho pacífico y admitido por los afectados por la calificación que en virtud de ejecución de sentencia de la Sección 20ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 3.10.2014 [-no 2021 como se afirma en el escrito de calificación-] la concursada ingresó en enero de 2015 la cantidad de 418.254,84.-€ consecuencia de proceso seguido contra PELAYO MUTUA DE SEGUROS.

Consta de la contabilidad de la concursada que dicho importe, bastante para atender la totalidad de los créditos comprometidos en el convenio, que la concursada destinó dichos importes a atender en el ejercicio 2015 pagos postconcursoales a favor de sociedades vinculadas, con igual administrador D. Marco Antonio que la concursada, y con igual domicilio social; lo cual fue consentido, tolerado, conocido y autorizado por D. Abilio como administrador mancomunado.

En dicho ejercicio la concursada abonó a sociedades vinculadas, sin que conste la presencia de contratos y acuerdos justificativos de dichos pagos, la cantidad de 393.917.-€; mientras al cierre de 2017 solo había abonado compromisos nacidos del convenio por importe de 135.729,63.-€, de los cuales 96.333,75.-€ fueron antepuestos al atender el pago de créditos subordinados de personas igualmente vinculadas a la concursada.

4.- No impide tal conclusión la reiterada invocación de la presencia de la excepción de contrato no cumplido; y ello no solo porque este tribunal se reitera en que su invocación no es admisible en sede de cumplimiento del convenio, sino porque [-tal como afirma la Ilma. Audiencia Provincial en sentencia 276/2018, de 11.5.2018 (Rollo 529/2017)-] tal excepción sería, en su caso, admisible por razón de parte de los créditos novados a favor de quien instó el incumplimiento, no a los demás.



Por otro lado, si el examen y análisis de aquella excepción se circunscribe al incidente de incumplimiento del convenio, de los datos expuestos resulta que el incumplimiento devino general e imputable a las decisiones de pago anticipado y preferente de determinados créditos adoptados por la concursada.

SÉPTIMO.- Cláusula general de culpabilidad [art 442 TRLCO] de causación dolosa o culposa de la insolvencia o su agravación.

A.- Posición de las partes.

1.- Siendo los hechos invocados bajo la cláusula general los mismos ya dispuestos y explicitados anteriormente, sostienen las demandantes de culpabilidad que tales conductas de pagos a mercantiles y personas naturales vinculadas, suponen conducta postconcurzal determinantes de un agravamiento de la insolvencia.

2.- A ello se oponen las personas afectadas por la calificación afirmando que tal cuestión no puede examinarse por ajena a las causas y conductas válidamente invocables en los supuestos de reapertura, cuales son las del art. 443.6ª y no las del art. 442, ambos TRLCO.

B.- Régimen jurídico.

1.- En interpretación de la cláusula general y sobre la que descansa la calificación de todo concurso culpable del art. 442 TRLCO [antes art. 164.1 L.Co.], es doctrina reiterada recogida -entre otras- en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 7.5.2012 [ROJ: SAP M 13211/2012] que "... *Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.*

A la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. La primera y más compleja exige la cumplida prueba de todos y cada uno de los requisitos antes enumerados...".

En iguales términos señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 19.3.2014 [ROJ: SAP B 2945/2014] que "... *La aplicación de esta causa general de culpabilidad exige la concurrencia de tres requisitos legales: a) un elemento subjetivo: el dolo o culpa grave; b) un elemento objetivo: la insolvencia; y 3) un nexo o relación causal entre la acción u omisión grave o dolosa y la insolvencia, esto es, que el hecho doloso haya generado o agravado la insolvencia...*"; añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 22.12.2010 [ROJ: SAP PO 3057/2010] que "... *Ello implica que el legislador ha tenido en cuenta, como presupuesto básico para la calificación, la situación de insolvencia del deudor, para luego examinar si su conducta ha tenido incidencia en la causación o agravamiento de la insolvencia; de esta manera, solo estaremos en presencia del concurso culpable si el deudor ha participado en la causación o agravación del estado de insolvencia. Sin embargo, se requiere un requisito adicional para que el concurso pueda ser calificado como culpable, requisito que afecta a la conducta, ya que es necesario que el deudor común haya actuado de forma dolosa o con culpa grave. Por lo tanto, si el deudor común, con su actuar doloso o culposo (culpa grave), ha causado o agravado la situación de insolvencia, el concurso debe ser calificado como culpable...*".

Y afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 25.1.2018 [ROJ: SAP MU 294/2018] que "... *El art 164.1 LC establece los requisitos esenciales para la declaración del concurso culpable, y que son los siguientes: a) comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales; b) que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia; c) un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia y d) la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado como culpable...*".

C.- Examen de la pretensión.

1.- El pago por la deudora de créditos vencidos y exigibles, sea por entrega de la prestación o sea por otros mecanismos sustitutivos del pago [-en nuestro caso, la compensación-] en fechas anteriores y muy próximas a la solicitud concursal, ya en estado de insolvencia actual, no resultan per se infractoras del deber de diligencia exigible a la concursada y su administrador social; y ello porque se está pagando lo debido y, en igual medida se reduce el activo y el pasivo.

2.- Haciendo aplicación de tal doctrina y presupuestos a los hechos descritos y declarados probados, debe concluirse que ingresado por la concursada constante convenio un importe bastante [418.254,84.-€] para



atender los créditos e importes en los plazos estipulados en el plan de pagos tras la quita [396.764,03.-€, tal importe fue destinado en su integridad a abonar en el mismo ejercicio de su percepción créditos no acreditados ni documentados y titularidad de personas y sociedades vinculadas.

Las sociedades vinculadas a D. Marco Antonio percibió la cantidad de 292.235.-€ y en su propio nombre D. Abilio percibió la cantidad de 10.950.-€; conducta que se estima agravó [-impidiendo el cumplimiento del convenio-] la insolvencia, una vez desaparecidos los efectos de éste.

OCTAVO.- Alcance subjetivo de la declaración culpable.- Órgano de administración.

1.- Declarada la calificación culpable del concurso, procede, de conformidad con el art. 455 TRLCo establecer el alcance subjetivo de tal declaración y las personas afectadas por la misma; por cuanto las demandantes llaman como personas afectadas a nueve personas físicas y jurídicas.

2.- El órgano de administración plural estaba integrado en los dos años anteriores a la declaración concursal por D. Marco Antonio y por D. Abilio, como administradores mancomunados.

3.- Del examen los hechos y conductas activas u omisivas recogidas en los arts. 443 y art. 444 TRLCo resulta que mientras algunas de ellas hacen referencia a elementos o actividades propias de la esfera jurídica del administrador social [- cuentas anuales, contabilidad, solicitud de concurso y documentos que la acompañan, deber de colaboración con el administrador concursal, entre otras-], otras conductas no presentan una específica atribución competencial al administrador de derecho o de hecho pudiendo ser realizadas por los directores generales a que se refiere el art. 442 TRLCo [-actos de simulación, salida fraudulenta, alzamiento o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, entre otras-].

4.- Procede la calificación de los citados administradores como personas afectadas por la calificación en cuanto los hechos antes referidos fueron realizados por los mismos en aquella condición, por lo que integrados aquellos en el art. 443 TRLCo, en cuanto dotados los mismos de la naturaleza de supuestos especiales de culpabilidad, resulta acreditada la responsabilidad de los integrantes del órgano de administración respecto a la simulación de operaciones con saldos entre vinculadas e inexactitudes graves y relevantes en los documentos contables de la solicitud concursal.

NOVENO.- Alcance objetivo de la declaración culpable.

1.- En base a todo lo indicado, procede fijar el alcance objetivo de la declaración de culpabilidad y de conformidad con lo dispuesto en el nº 2 del art. 455.2 TRLCo, es preciso ordenar la inhabilitación del administrador social D. Marco Antonio para administrar bienes ajenos durante el periodo de seis (6) años desde la firmeza de la presente Resolución, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo; dada la extrema gravedad de los hechos en relación con el incumplimiento del convenio y la importancia de los mismos en relación con el evidente y buscado perjuicio patrimonial causado a los acreedores en la cuantía de 292.235.-€ que, sin justificación, abonó a sociedades vinculadas; así como al número y relevancia e intensidad del desvalor recogido en las dos conductas de culpabilidad apreciadas; lo que debe reducir el ámbito temporal solicitado por las demandantes.

2.- De igual modo procede ordenar la inhabilitación de D. Abilio, como administrador social mancomunado de la concursada, para administrar bienes ajenos durante el periodo de tres (3) años desde la firmeza de la presente Resolución, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo; dada la menor gravedad de los hechos en relación con el incumplimiento del convenio y la relativa importancia de los mismos en relación con el evidente y buscado perjuicio patrimonial causado a los acreedores en la cuantía de 10.950.-€ que, sin justificación, abonó a sí mismo.

3.- Procede, igualmente la condena de los demandados personas afectadas por la calificación, a la pérdida de cualquier derecho que las mismas tuvieran como créditos concursales y/o contra la masa; así como a restituir y devolver a la masa los bienes y derechos que indebidamente hubieran obtenido de la masa activa.

3.- Igualmente, estimando la pretensión resarcitoria principal de indemnización del art. 455.2.4º TRLCo procede condenar a D. Abilio a restituir a la masa la citada cantidad de 10.950.-€.

Y de conformidad con el art. 455.2.4º TRLCo procede condenar a D. Marco Antonio a resarcir a la masa con la cantidad de 292.235.-€ por razón de los pagos injustificados realizados a sociedades vinculadas administradas por el mismo, en cuanto daño cierto causado a la masa.

DÉCIMO.- Costas

En materia de costas, conforme a lo previsto en los arts. 394 y concordantes de L.E.C en relación con el artículo 196 de la LC, no procede hacer imposición de las costas al concurrir serias dudas de hecho y de Derecho.



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

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

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda de calificación, actuando como demandantes de calificación culpable la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** y el **MINISTERIO FISCAL**; contra la *mercantil concursada* y demandada **IMAGENTES 2004, S.L.**, no comparecida en esta sección; ; y como *personas afectadas por la calificación* el demandado D. Marco Antonio y el demandado D. Abilio , representados por el Procurador Sr. Martínez de la Casa Rodríguez y asistidos del Letrado Dña. Graciela Montenegro García-Paz; siendo parte procesal en esta sección la mercantil **PELAYO MUTUA DE SEGUROS**, representada por la Procuradora Sra. Maroto Gómez y asistida del Letrado D. Julio Romero Fernández-Sancho; y calificando como **CULPABLE** el concurso de **IMAGENTES 204, S.L.**, en consecuencia debo acordar:

a) Determinar como **personas afectadas** por la calificación del concurso a las siguientes personas físicas: el demandado D. Marco Antonio y el demandado D. Abilio , como administradores sociales mancomunados de la demandada concursada.

b) Inhabilitar al demandado D. Marco Antonio por el plazo de seis (6) años desde la firmeza de ésta Resolución, para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; y siendo firme la presente Resolución, líbrese mandamiento al Registro Mercantil y exhorto al Registro Civil donde conste el nacimiento del inhabilitado para hacer constar tales limitaciones a la capacidad civil.

c) Inhabilitar al demandado D. Abilio por el plazo de tres (3) años desde la firmeza de ésta Resolución, para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; y siendo firme la presente Resolución, líbrese mandamiento al Registro Mercantil y exhorto al Registro Civil donde conste el nacimiento del inhabilitado para hacer constar tales limitaciones a la capacidad civil.

d) Condenar al demandado D. Marco Antonio y al demandado D. Abilio a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedor concursal o contra la masa.

e) Condenar al demandado D. Marco Antonio a que indemnice a la concursada y resarza al patrimonio de la concursada en la cantidad de 292.235,00.-€; debiendo incrementarse dicha cantidad en el interés ejecutorios del art. 576 L.E.Civil desde la presente Resolución hasta su completo pago.

f) Condenar al demandado D. Abilio a que restituya a la concursada y resarza al patrimonio de la concursada en la cantidad de 10.950,00.-€; debiendo incrementarse dicha cantidad en el interés ejecutorios del art. 576 L.E.Civil desde la presente Resolución hasta su completo pago.

g) desestimar las demás pretensiones formuladas por las partes demandadas sin hacer imposición de las costas.

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

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), para el anuncio o la preparación o la interposición del recurso de apelación, **será precisa la consignación como depósito** de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-0508-11] en la entidad Banco Santander, S.A. y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito **no deberá consignarse** cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

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

Si por una misma parte se recurriera **simultáneamente** más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el



tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E\

PUBLICACIÓN

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ