



Roj: **SJM VI 781/2017 - ECLI: ES:JMVI:2017:781**

Id Cendoj: **01059470012017100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **199/2016**

Nº de Resolución: **125/2017**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ

MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008 TEL.: 945-004877

FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: 01.02.2-15/002133

NIG CGPJ / IZO BJKN : 01059.47.1-2015/0002133

Procedimiento / Prozedura: Inc.concur. 171 / Konk.intz. 171 199/2016 - E

Descripción de la pieza/Pieza: Incidente concursal de oposición a la calificación / Konkurtso-intzidentea: kalifikazioari aurka egitea

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Concurso ordinario/Konkurtso arrunt 103/2015

Demandante / Demandatzailea: ESCOBOSA Y ASOCIADOS S.L.P., MINISTERIO FISCAL y MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD

Abogado/a / Abokatua: Procurador/a / Prokuradorea:

Demandado/a / Demandatua: Juan Enrique , Arcadio , ASOCIACION MIK INNOVALAB, ASOCIACION PARA EL FOMENTO Y PROMOCION DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y DEPORTIVAS DE AUTOMOCION, BASQUE ROBOT WHEELS S.L., BASQUE ROBOT WHEELS SL, Damaso , CIRCUITO DEL NORTE S.L., DENOKINN-ASOCIACION PARA LA PROMOCION DE LA INNOVACION, Felipe , Isidoro , LANBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA S.A., LAUNORTE SOCEIDAD DE PROYECTOS S.L., Matías , MICROELECTRONICA MASER S.L., SAPA OPERACIONES S.L., SAPA PLACENCIA S.L., SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES S.A., TALLERES MECANICOS ARAKISTAIN S.L., UNIVERSAL ARABA S.A. y VILAU MEDIA

Abogado/a / Abokatua: EDORTA JOSU ECHARANDIO HERRERA, EDORTA JOSU ECHARANDIO HERRERA, LUIS FELIPE FERNANDEZ DE TROCONIZ NUÑEZ, EDORTA JOSU ECHARANDIO HERRERA, EDORTA JOSU ECHARANDIO HERRERA, PEDRO LEARRETA OLARRA, RAIMUNDO ARRIBAS GOMEZ, JOSE LUIS MARTINEZ FERNANDEZ, MARINA MUÑOZ DELGADO

Procurador/a / Prokuradorea: IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA, IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA, COVADONGA PALACIOS GARCIA, IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA, SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ, IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA, CARMEN CARRASCO ARANA, PATRICIA LASCARAY PALACIOS, PATRICIA LASCARAY PALACIOS, SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ, MARIA BOULANDIER FRADE, JUAN USATORRE IGLESIAS, JUAN USATORRE IGLESIAS, PATRICIA LASCARAY PALACIOS, IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA, PATRICIA LASCARAY PALACIOS

**SENTENCIA Nº 125/2017**

En Vitoria-Gasteiz, a 20 de diciembre de 2017.



Vistos por mí, M<sup>a</sup> Teresa Trinidad Santos, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos de la pieza de oposición a la calificación nº 199/16, de la Sección 6<sup>a</sup> del Concurso Ordinario 103/2015, siendo partes demandantes, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, integrada por la sociedad ESCOBOSA Y ASOCIADOS Auditores Consultores S.L.P, la FISCALÍA DE ÁLAVA, parte interviniente como acreedor personado en la sección sexta, la ABOGACÍA DEL ESTADO, en representación y defensa del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (anterior MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN); y siendo demandados, la concursada ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y DEPORTIVAS DE AUTOMOCIÓN (AFYPAIDA), representada por la Procuradora Sra. Palacios García y asistida del Letrado Luis Felipe Fernández de Trocóniz Núñez; señalados como afectados, Felipe , Damaso , Juan Enrique e Arcadio , representados por el Procurador Sr. Sanchiz Capdevila y asistidos del Letrado Estipan Etxarandio; y señalados como cómplices, ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA INNOVACIÓN SOCIAL, INNOVATION PARK (DENOKINN), representada por la Procuradora Sra. Carranceja Díaz y asistida del Letrado Diego del Cuadro Fueyo, Matías , representado por la procuradora Sra. Carranceja Díaz y asistido del Letrado Miguel Cintas Madrid, Isidoro representado por la Procuradora Sra. Carrasco y asistido del Letrado Pedro Learreta Olarra, MICROELECTRÓNICA MASER S.L, representada por la Procuradora Sra. Boulandier Frade y asistida del Letrado Raúl Tenés Iturri, SAPA PLACENCIA S.L. y SAPA OPERACIONES S.L.U. representadas por el Procurador Sr. Usatorre y asistidas del Letrado Marina Muñoz, UNIVERSAL ÁLAVA, S.L, SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES, S.A. y LANBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. representadas por la Procuradora Patricia Lascaray Palacios y asistidas del Letrado Miguel Ángel Manzano, LAUNORTE SOCIEDAD DE PROYECTOS S.L. representada por la Procuradora Sra Patricia Lascaray Palacios y asistida del Letrado Raimundo Arribas, TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN, S.L, representada por el Procurador Iñaki Sanchiz y asistida del Letrado Fco. Javier Hierro -Olabarría, CIRCUITO DEL NORTE, S.L, en rebeldía procesal, BASQUE ROBOT WHEELS, S.L. en rebeldía procesal, ASOCIACIÓN MIK INNOVALAB, en rebeldía procesal, y VILAU MEDIA, S.L. en rebeldía procesal, se procede a dictar la presente sentencia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Declarado el concurso voluntario de acreedores de ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y DEPORTIVAS DE AUTOMOCIÓN (en adelante AFYPAIDA) por auto de fecha 25.02.2015, se acordó abrir la sección sexta por resolución de 11.11.2015 por la que se aprobaba el plan de liquidación.

Dentro del plazo conferido a los acreedores para personarse y formular alegaciones, lo hizo la Abogacía del Estado (en adelante AE) en nombre y representación del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (en adelante MINECO), señalando hechos a su juicio relevantes para la calificación del concurso como culpable.

SEGUNDO.- A petición de la Administración Concursal (AC) se acordó la suspensión del plazo para emitir Informe de Calificación (en adelante IC), a la espera de la emisión del informe pericial encargado a la firma GESVALT S.A, en el seno de la instrucción penal llevada a cabo en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz (DIP 797/2015).

Presentado dicho informe y aportado a la presente sección sexta, se alzó la suspensión y la AC emitió IC en el que propone:

-Calificación del concurso de AFYPAIDA como culpable.

-Señala como personas afectadas por la calificación a los miembros de la Junta Directiva en fecha inmediatamente anterior a la declaración de concurso, Felipe (Presidente), Damaso (Vicepresidente), Juan Enrique (Tesorero) e Arcadio (Secretario).

-Señala como cómplice a la mercantil CIRCUITO DEL NORTE S.L.

-Interesa la inhabilitación de los afectados por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar cualquier persona, durante el periodo de dos años.

-La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa.

-La condena solidaria de las personas afectadas por la calificación, en concepto de indemnización de daños y perjuicio a la concursada, al pago del importe de 197.611 euros por el retraso en la solicitud de declaración de concurso, más 535.000 euros por la compra del vehículo Epsilon EE1 LMP1; en total, para las personas afectadas por la calificación, 733.111 euros.



-La condena de la sociedad cómplice CIRCUITO DEL NORTE S.L. de forma solidaria con los afectados, al pago del importe de 535.000 euros por la venta del vehículo Epsilon EE1 LMP1.

TERCERO.- Conferido el traslado legal, y previa prórroga del plazo, el Ministerio Fiscal (MF) emitió su dictamen. Interesa igualmente la declaración de concurso culpable, si bien, con los siguientes pronunciamientos:

-Declaración de personas afectadas por la calificación a los mismos cuatro miembros de la Junta Directiva.

-Que se declaren cómplices a:

CIRCUITO DEL NORTE S.L. (en adelante CN), LAUNORTE SOCIEDAD DE PROYECTOS (en adelante LAUNORTE), UNIVERSAL ARABA, S.L. (en adelante UA), SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES S.A. (en adelante SAINSA), LAMBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A (en adelante LAMBIDE), BASQUE ROBOT WHEELS, S.L (en adelante BRW), SAPA PLACENCIA S.L, SAPA OPERACIONES, S.L (en adelante SAPA), MICROELECTRÓNICA MASER, S.L (en adelante MASER), DENOKINN, ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA INNOVACIÓN (en adelante DENOKINN), ASOCIACIÓN MIK INNOVALAB (en adelante INNOVALAB), VILAU MEDIA S.L, TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN, S.L (en adelante TMA), Isidoro y Matías .

-Interesa la inhabilitación de los afectados por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar cualquier persona, durante el periodo de diez años.

-La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa.

-Indemnización de daños y perjuicios en los siguientes importes:

-Los cuatro afectados por la calificación, de forma solidaria entre sí y con los cómplices BASQUE ROBOT WHEELS, S.L, SAPA PLACENCIA S.L, y SAPA OPERACIONES, S.L, MICROELECTRÓNICA MASER, S.L, DENOKINN, Isidoro y Matías , en la cuantía de 15.739.524,48 euros.

-Los demás cómplices en los siguientes importes: ASOCIACIÓN MIK INNOVALAB 649.000 euros, VILAU MEDIA S.L. 169.212 euros, TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN, S.L. 151.632 euros, CIRCUITO DEL NORTE, S.L. LAUNORTE SOCIEDAD DE PROYECTOS, S.L. de forma solidaria entre sí 647.955 euros, UNIVERSAL ALAVA S.L. y SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES S.A. de forma solidaria entre sí: 327.952 euros y LAMBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 369.960 euros.

-La condena a los afectados a la cobertura total del déficit concursal en la siguiente proporción: Felipe e Arcadio en un porcentaje del 75 % y Damaso y Juan Enrique en un 25 %.

CUARTO.- Se dio audiencia a la deudora y se emplazó a los afectados y señalados cómplices. Presentaron oposición a la calificación culpable la concursada AFYPAIDA, los cuatro afectados y los cómplices siguientes: DENOKINN, Matías , Isidoro , MICROELECTRÓNICA MASER S.L, SAPA PLACENCIA S.L, SAPA OPERACIONES S.L.U, UNIVERSAL ÁLAVA, S.L, SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES, S.A, LAMBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A, LAUNORTE SOCIEDAD DE PROYECTOS S.L. y TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN, S.L.

No se han personado CIRCUITO DEL NORTE, S.L, BASQUE ROBOT WHEELS, VILAU MEDIA S.L, y ASOCIACIÓN MIK INNOVALAB siendo declarados en rebeldía procesal en Diligencias de Ordenación de 04.07.2016, de 02.09.2016, de 02.02.2017 y de 31.05.2017 respectivamente.

QUINTO.- Por auto de 01.06.2017, se pronunció la juzgadora sobre la celebración de vista, se tuvo por anunciada la prueba propuesta por las partes y se realizó un señalamiento a fin de celebrar una primera sesión de la vista con el objeto de oír a las partes sobre cuestiones formales o procesales, aclaraciones, fijación de hechos litigiosos y hechos no controvertidos, impugnación de documentos, decisión sobre la prueba propuesta y programación de sesiones posteriores.

Tras un aplazamiento de esa primera sesión, solicitada por la AE, se celebró finalmente la primera sesión el 15.09.2017, en la que se interrogó a las partes sobre posibles hechos nuevos ocurridos desde la presentación de sus respectivos escritos iniciales. Únicamente MASER hace notar la previa presentación el 14.07.17 del escrito aportando el edicto de la subasta judicial electrónica convocada por el Juzgado. Ninguna resolución recaída en los procedimientos contencioso - administrativos y penal ponen de manifiesto las partes.

Las partes ratifican sus posiciones iniciales, se pronuncian sobre los documentos aportados por los contrarios, admitiéndolos en su totalidad y se fijan hechos básicos del procedimiento.

Se ratificaron las partes en la prueba propuesta -desistiendo el MF de lo solicitado en Otrosíes de su demanda-, y previo a pronunciarse sobre su admisión se requirió especificación al Ministerio sobre la relación de los testigos propuestos con los hechos así como la identificación de aquellos que por ser representantes legales



de los demandados cómplices habrían de declarar como parte y no como testigo. Se admite finalmente la prueba útil y pertinente, resolviendo también sobre la petición de los afectados de no declarar amparados por su derecho a no hacerlo en el procedimiento penal.

Se procedió a continuación a fijar el calendario de sesiones que finalmente con las modificaciones necesarias se celebraron el 22 y 29 de septiembre, el 3, 6, 17, 20, 27, 31 de octubre y finalmente el 4 de diciembre de 2017.

SEXTO.- Se ha oído el interrogatorio de parte de los cuatro miembros de la Junta Directiva de AFYPAIDA, Sr. Felipe , Sr. Damaso , Sr. Juan Enrique , Sr. Arcadio , los señalados como cómplices a título personal Sr. Isidoro y Sr. Matías , los representantes legales de las también señaladas como cómplices Sr. Arsenio , Sres. Gabino y Abilio . Se ha interrogado también al representante de la AC.

Han declarado 26 testigos: Ex - trabajadores de AFYPAIDA, trabajadores de DENOKINN, de INNOVALAB, de VILAU MEIDA, de ADIGEST, de SAPA, de MASER, el Director General de la Sociedad para la Transformación Competitiva (SPRI), Romeo y el Sr. Jose Augusto .

Se han oído peritos de parte; Jaime de parte de AFYPAIDA; los peritos David y Florencio por parte de SAPA; y el perito Mauricio de la empresa SEGULA propuesto por LAUNORTE. Finalmente el perito Sr Anselmo de la sociedad GESVALT nombrado en las Diligencias Previas.

La sesión señalada para el día 10.11.2017 se suspendió por Diligencia de Ordenación de 08.11.2017, en la medida en que el Director del Tribunal de Distrito alemán de Landshut, comunicó a este Juzgado que pese a haberse recibido la citación por el testigo Gonzalo y el Tribunal la petición de colaboración internacional para la práctica de la testifical por videoconferencia, el testigo había informado sobre la imposibilidad de hacerlo por hallarse fuera del territorio.

Previo traslado a las partes se dictó providencia de fecha 09.11.2017 en la que se decide prescindir de la declaración del último testigo al amparo de la norma allí citada. Recurrida en reposición la providencia por el MF y previa tramitación del recurso, se resolvió oralmente en la última sesión su desestimación. Finalmente las partes formularon sus conclusiones en sesión celebrada el 4 de diciembre, quedando el pleito visto para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La AC solicita la calificación del concurso como culpable. Considera hechos relevantes para dicha calificación la solicitud tardía del concurso, es decir, con infracción del plazo legal previsto en el art. 5 en relación con el 5 bis LC , y la compra del vehículo Epsilon EE1 LMP1 por parte de AFYPAIDA, lo que estima agravó la situación de insolvencia de la concursada. Ampara su propuesta de calificación en el art. 164.1 LC en relación con el art. 165.1.1 y, en relación a la compra del vehículo, en su caso art. 164.2.4 o 5 LC .

El Ministerio Fiscal también califica el concurso como culpable pero a las causas que señala la AC, añade otra, que sustenta en el art. 164.1 LC consistente en que:

"La situación de insolvencia en que se encuentra la asociación concursada constituye consecuencia forzosa, inmediata y directa de quienes tenían a su cargo y ostentaban el dominio sobre la gestión social que de manera voluntaria provocaron con su intervención la descapitalización de la asociación. Actuación -cuanto menos, gravemente culposa, por situarnos en la hipótesis más benigna que contempla la LC- demostrada en los siguientes extremos, que como denominador común denotan, una total ausencia de lógica e interés social en la toma de decisiones de especial trascendencia para la ejecución del proyecto, que constituía la única razón de ser de la asociación concursada" (pág.3 del dictamen).

En la página siguiente: "AFYPAIDA contaba así con fondos públicos que debían ser destinados a una acción de I+D+I en el sector de la automoción y sin embargo fueron empleados únicamente con fines de enriquecimiento propio de sus administradores llevando con ello a ésta a una situación de insolvencia de manera dolosa".

Con ello utiliza parte de la querrela criminal interpuesta por la Fiscalía Provincial de Álava el 16.02.2015 (aportada como anexo 75 del IC la AC) y que dio lugar a las Diligencias Previas 797/15 que se tramitan en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz y que a su vez fue precedida de las Diligencias de Investigación núm 35/13, parte de las cuales (declaraciones particulares e informe final del agente nº NUM000 ) son aportadas por la AC como anexos 39 a 74 de su informe.

Recoge también, aunque de forma parcial, el relato de la AE, que en su escrito de alegaciones apuntaba directamente a: "...la evidente gestión dolosa que ha conducido a la situación de descapitalización e insolvencia de AFYPAIDA no solo por quienes ostentaban el dominio legal sobre su administración social





sino, cualificadamente por terceros intervinientes en su condición de cómplices" (pág. 11 del escrito de alegaciones).

También la AE se debate entre un comportamiento doloso (plan urdido para apropiarse de fondos públicos bajo la apariencia de un proyecto de construcción de un número determinado de prototipos de vehículo) y una imprudencia grave, manifestada en decisiones adoptadas en el desarrollo del Proyecto Hiriko que "no se adecúan a una diligente gestión empresarial y (que) han conducido inexorablemente a la descapitalización de AFYPAIDA y su estado de insolvencia" (página 129).

SEGUNDO.- Que nos encontramos en la Jurisdicción Civil y no en la Penal es algo que todos los intervinientes saben. No se juzga ni se investiga aquí ningún delito.

En la Jurisdicción civil rigen los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil (carácter supletorio reconocido con carácter general en su art. 4 y en la Ley Concursal en la D.F. 5º). De ahí que pese a los términos que emplea la Ley Concursal en su art. 169 LC al referirse al escrito de la AC como "informe" y al del MF como "dictamen", nos encontremos frente a verdaderas demandas.

Así lo entendió el TS en su sentencia de 22.04.2010, exigiendo que en la fundamentación del informe y del dictamen "consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente". Y ello tienen consecuencias no solo en materia de prueba -que también-, sino en primer lugar, y por exigencia del principio dispositivo, aportación de parte, congruencia de la sentencia con la pretensión y la prohibición de mutatio libelli, en materia de relato de hechos, alegaciones recogidas expresamente en la demanda, razonamientos -no ya jurídicos, sino fácticos- y su relación concreta con la petición final.

En el recurso extraordinario por infracción procesal resuelto en STS 991/2011, de 17 de enero, el TS recuerda las consecuencias prácticas de los principios básicos del proceso civil. Como manifestación del principio dispositivo, junto con el de rogación, se encuentra el de aportación de parte. "La Exposición de Motivos LEC afirma que [s]egún el principio procesal citado [justicia rogada o principio dispositivo], no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho.

29. Lógica consecuencia de lo expuesto, como afirma la sentencia 722/2009, de 23 de marzo, es "que los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes"

, de tal forma que, con los matices que derivan de las reglas iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius, hemos declarado en la sentencia 994/2011, de 16 de enero - reproduciendo la 19/2011, de 11 de febrero- que " es incongruente aquella cuya parte dispositiva se apoye en hechos relevantes o fundamentales no introducidos válidamente en el proceso por las partes en apoyo de su acción o excepción en sentido propio, de conformidad con la regla "; y en la 448/2010, de 6 de julio, que reproduce la 716/2008, de 9 de julio, que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir (...) teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida, sin que sea lícito al juzgador modificarla ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras".

Aplicado lo anterior al incidente de calificación de un concurso de acreedores lo hallamos en STS 203/2016, de 1 de abril :

" Tanto el petitum como la causa petendi, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, deben quedar claros en el informe y el dictamen que interesan la calificación culpable, pues con arreglo a ello se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse.

Obviamente, estos «demandados» deberán contestar en función de la concreta calificación postulada y de las razones que la justificaban, de las que forman parte los hechos que las sustentan en la práctica, y no podrán ser juzgados por causas y hechos no alegados en el informe de la administración concursal o en el dictamen del ministerio fiscal. De tal forma que, a la vista del informe y el dictamen, con sus respectivos escritos de oposición se conforma el objeto litigioso, que, como ocurre en un juicio declarativo, impide que pueda ser juzgado algo distinto, a riesgo de incurrir en incongruencia la sentencia. (...)

No se trata de una mera aclaración o concreción de la causa de pedir, pues se apoya en hechos y valoraciones jurídicas distintas, cuya alteración no puede venir justificada por la manifestación realizada por el administrador de las concursadas después de la emisión del informe y del dictamen".

Esta cuestión es particularmente importante cuando además existe otro factor a tener en cuenta: El papel secundario que la Ley Concursal, así interpretada hasta ahora por el TS, da los acreedores personados en



la sección sexta. Tras unos pronunciamientos previos ( SSTS 13.9.2012 , 24.10.2012 , 30.10.2012 ) que no abordaban directamente el carácter autónomo o coadyuvante del acreedor, sino únicamente su acceso al recurso de apelación, finalmente, en STS de 03.02.2015 , el Alto Tribunal estima que el legislador ha querido establecer un régimen especial de intervención de los acreedores personados en la sección sexta, lo que extrae de la redacción de los arts. 169 y 170 LC , y ello comporta unas limitadas facultades para los mismos:

"4ª.- Solo la administración concursal y, en su caso, el ministerio fiscal pueden formular "propuestas de resolución", mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, la explicación de las causas con arreglo a las cuales procede calificar, en su caso, culpable el concurso y, también en su caso, las concretas consecuencias de la calificación culpable ( art. 169.1 y 3 LC ). En consecuencia, la sentencia que se dicte en la sección de calificación, no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros, sino que deberá ajustarse a los hechos y las concretas pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

5ª.- Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar ( art. 172. bis. 4 LC ). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte.

(...) Luego, iniciado ya el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas."

Todo esto tiene una importancia capital en el asunto que tratamos. Abierta la sección sexta se personó la Abogacía del Estado y presentó un extenso escrito de alegaciones en el que exponía los hechos que a su juicio eran relevantes para la calificación, pero asumiendo la posición que le confiere la LC y la Jurisprudencia citada, se limita a sugerir la calificación culpable, la intervención de terceros que de forma "cualificada" han contribuido a los hechos que considera relevantes y apunta entre otras consecuencias a la condena a la cobertura del 100 % del déficit concursal por importe que cifra en 18.971.728,67 euros.

La AC, que también solicita la calificación culpable, difiere en cambio del criterio del acreedor público. El AC presenta un extenso informe, justificando las causas de culpabilidad que a su juicio concurren y rebatiendo aquellas insinuadas por la AE con las que discrepa. Analiza así punto por punto los hechos que pone de manifiesto la AE y ofrece las razones, fundamentando su opinión con extensa documental que se añade a la ya abultada información facilitada en el Informe del art. 75 LC , que le llevan a concluir que: (i) unos hechos no son relevadores de causa de culpabilidad alguna; (ii) y no comparte la existencia de una confabulación y creación de un entramado empresarial para obtener un lucro personal con cargo al dinero público porque - dice- lo que es público, transparente y comunicado a la propia Administración Pública que concede los fondos no puede merecer tal calificación.

A continuación el MF, apartándose del criterio de la AC, presenta un Dictamen en el que recoge parcialmente las alegaciones de la AE. Sin una remisión general ni concreta que pudiera salvar las omisiones, recoge algunos de los hechos que se ponen de manifiesto por el acreedor público y otros se abandonan. Pero incluso en los que se asumen, nos encontramos con relatos parciales y sesgados que exigen al lector imaginar lo que quiere decirse o acudir a las alegaciones de la AE o al Informe de la AC para saber de qué se está hablando; ejemplo de ello lo tenemos, por citar tan solo uno, en los hechos que se alegan respecto de las obras ejecutadas en el edificio Alas por LAMBIDE (pág.14). Ocurre además que junto con un relato sesgado contiene afirmaciones genéricas de las que obtiene juicios de valor a modo de conclusión deductiva, señalando un conjunto de quince cómplices, entre sociedades mercantiles, asociaciones y personas físicas, en algunos casos sin concretar los hechos exactos que se les imputa, como es el caso de LAUNORTE, de SAPA OPERACIONES, Matías , entre otros.

Como demandante autónomo que es, el Ministerio Público, no es que pueda, es que debe tener su propio criterio, pero tanto respecto de la AC como de cualquier acreedor personado en el procedimiento, sea privado o público. Recordemos que si la AC es el defensor y representante de los intereses generales del concurso y del conjunto de los acreedores -pero no de uno en concreto sino del conjunto-, el Ministerio Fiscal lo es de los intereses públicos. Sea cual sea la jurisdicción en la que esté llamado a intervenir, es el órgano al que constitucionalmente se encomienda la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. Pero la defensa del interés público, del conjunto de los ciudadanos o la sociedad, ha de hacerse como no podría ser de otro modo, con sujeción al principio de imparcialidad y de legalidad ( art. 124 CE ). De hecho la Instrucción 1/2013 refiere que el Fiscal ha de alcanzar "sus propias conclusiones examinando



lo actuado desde la más absoluta autonomía e imparcialidad", y a tal efecto recuerda la posibilidad de solicitar al Juzgado la ampliación del plazo para presentar el dictamen. En nuestro caso pidió la prórroga y se le dio.

El principio dispositivo y de aportación de parte rige tanto para las partes como para la Juzgadora, de manera que no cabe pedir complemento, explicación o ampliación a una de las demandantes -lo que implicaría un posicionamiento en apoyo de una de las partes del proceso en perjuicio de las demás-, siendo el resultado de la prueba practicada en relación con hechos correctamente introducidos en el objeto del proceso lo que ha de regir la suerte de las distintas pretensiones. Y también por supuesto las del MF, que es una parte mas en el procedimiento, con un plus de responsabilidad si se quiere por los principios que han de guiar su actuación.

Pero ha resultado que ante afirmaciones genéricas de la existencia de una trama constituida para succionar fondos públicos, imputada tanto a los socios de AFYPAIDA como, al parecer, a todos aquellos que se consideran cómplices, aunque con distinta graduación y que todavía hoy resulta una incógnita, los demandados han formulado extensas alegaciones y prueba para poner de manifiesto lo que era el proyecto HIRIKO, su intervención, los distintos contratos, acuerdos, convenios, trabajos, investigaciones, etc. realizadas.

En la primera sesión de la vista, aun contando ya con las contestaciones de sociedades que hasta entonces no habían sido oídas en el concurso -ni al parecer en las diligencias previas, pues no se dirige contra ellas la querella- y con la documental aportada por las mismas, el MF decidió ratificar su dictamen en todos sus extremos, haciendo lo mismo la AE en relación a su posición coadyuvante. Con ello, quedó fijado o "perpetuado" el objeto del proceso y a él debe dedicarse a dar respuesta la juzgadora. Se ha analizado numerosa documental aportada por las partes, en soporte papel y formato CD, se han oído testigos, peritos e interrogatorio de partes. Todo ello ha llevado a esta juzgadora a formar su convicción acerca de lo que fue y no fue el proyecto HIRIKO y la intervención de quienes han sido traídos a este procedimiento. Por ello la sentencia empezará dando un relato de la "verdad procesal" que resulta del análisis de la prueba traída por las partes. No escapará a nadie que en Derecho percibir la "verdad material" en su integridad es una quimera inalcanzable porque se trata de construir retrospectivamente una realidad pasada que no hemos visto y vivido y a lo más que puede llegar la juez es alcanzar su propia convicción sobre la verdad procesal que cabe extraer de los elementos de prueba que se le presentan por las partes.

Después me adentraré a analizar las distintas pretensiones, de la AC y del MF, pues con independencia de dar una visión global de los hechos que hay tras las pretensiones de culpabilidad del concurso de AFYPAIDA, hay que volver a los principios de la jurisdicción civil y estar al objeto correctamente introducido en el debate. Al respecto debe tenerse en cuenta que cuando la AC examina punto por punto las alegaciones de la AE, no es para asumirlas como hechos reveladores de la culpabilidad del concurso, sino para rebatir precisamente que se ajusten a la realidad o que sean reveladores de la culpabilidad del concurso. Cuando las partes demandadas, como afectados por la calificación y como cómplices, introducen hechos en el debate que pretenden impedir, extinguir o enervar la eficacia jurídica de aquellos que pudieran llegar a probar los demandantes, es para eso precisamente, para rebatir la acusación y no pueden ser sustento de acusación. Finalmente, cuando el MF interroga a partes y testigos sobre hechos que luego no tienen reflejo concreto en su demanda, no cabrá más que obviarlos, pues por mas que se intente restringir la pertinencia de las pruebas y las preguntas concretas a testigos, la propia generalidad de las acusaciones en muchos casos ha impedido a la juzgadora limitar la prueba y los interrogatorios dirigidos a testigos y partes.

Si la técnica puede ser aceptada en una instrucción penal, en la que una querella tiene el valor de denuncia, en la que se ponen de manifiesto hechos que indiciariamente pueden ser constitutivos de ilícito penal y precisamente a esclarecer los mismos se dirigen las diligencias de instrucción, pudiendo llegarse a un resultado tanto desfavorable como favorable a la imputación formal; en la jurisdicción civil tal cosa no puede pasar. El objeto del proceso, los hechos concretos en los que se sustenta la culpabilidad, no pueden cambiar y evolucionar en función de lo que vaya resultando de los interrogatorios y declaraciones testificales.

La cuestión puede tener incluso trascendencia constitucional. Baste recordar únicamente la Sentencia del TC, Sala Segunda, nº 265/2015 de 14.12.2015 , que nos alerta del peligro de introducir en la sentencia hechos alegados únicamente en la contestación, desfigurando el objeto del proceso que ha de venir definido y delimitado por el que acciona, no por el que solo contesta o rebate. Salvadas las diferencias, pues en el caso analizado por el TC el demandante de amparo era el actor del incidente concursal, concede amparo el TC porque la sentencia no se limitó a atender el allanamiento de la demandada sino que introdujo y varió el objeto del proceso con datos introducidos no en la demanda, sino en la contestación.

TERCERO.- Se comenzará en todo caso fijando un relato de hechos que resulta de la valoración de la prueba practicada ante la juzgadora.

CIRCUITO DEL NORTE - AFYPAIDA.



La constitución de AFYPAIDA como asociación sin ánimo de lucro, el 09.06.2008 e inscrita en el Registro de Asociaciones del Gobierno Vasco ( anexo 1 del Informe del art. 75 LC , en adelante Informe 75) y su dedicación al proyecto HIRIKO guarda indisoluble relación con el conocimiento por parte de los socios de CIRCUITO DEL NORTE S.L. de un proyecto ideado por Massachusetts Institute of Technology (en adelante MIT), que les fue presentado por la ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA INNOVACIÓN SOCIAL, INNOVATION PARK, DENOKINN. Así lo han relatado en el juicio los miembros de la Junta Directiva, así como el Sr. Isidoro . DENOKINN tenía suscrito un acuerdo (de sponsor o patrocinio) con el MIT, por el que a cambio de una contribución económica el MIT comparte con sus sponsors el conocimiento de los proyectos en los que trabaja. En una de las visitas que se hicieron a Media Lab, uno de los centros del Instituto Tecnológico de Massachusetts, ingenieros de DENOKIN, entre ellos Isidoro , conocieron un proyecto concebido por el equipo de Smart Cities (Ciudades Inteligentes), encaminado a desarrollar un nuevo concepto de movilidad urbana, el llamado "Citycar Concept Vehicle Project". Posteriormente, conociendo el interés de determinados empresarios alaveses agrupados en la sociedad limitada CIRCUITO DEL NORTE en promocionar actividades relacionadas con la automoción en Álava, se presentó el proyecto, primero a Arcadio , que fue invitado a acudir con Isidoro al MIT, y después a los socios de CN. Así resulta sin contradicción alguna de la declaración de Felipe , de Arcadio , de Isidoro y, entre otros, del testigo Patricio .

Felipe , Damaso , Juan Enrique y Juan Ignacio , constituyeron el 10.03.2006 la sociedad CIRCUITO DEL NORTE, S.L. (anexo 97 Informe de calificación de la AC, en adelante IC) con objeto social consistente en la promoción de circuitos deportivos para las ramas del automovilismo, motociclismo, ciclismo, etc; la creación, construcción, explotación de de cualesquiera otros recintos de carácter deportivo, como puedan ser, estadios y pabellones deportivos de toda clase de deportes....

La afición de algunos de estos empresarios al mundo del motor (hecho declarado por el Sr. Felipe y el Sr. Juan Enrique ), aún sin experiencia en la industria automovilística, y la expectativa de negocio hicieron embarcarse a estas personas en varios proyectos. Uno, la llamada "Ciudad del Motor", que trataron de impulsar a través de CIRCUITO DEL NORTE, y otro, el proyecto HIRIKO que abordaron mediante una asociación sin ánimo de lucro, AFYPAIDA.

En relación a la "Ciudad del Motor" que se planeaba construir en Vitoria, se llegó a redactar un Master Plan (doc. 1 de la oposición de los Sres. Felipe , Juan Enrique Damaso y Arcadio , a la que en lo sucesivo me referiré como oposición de los afectados), que explicaba el proyecto y el alto valor que podría representar para el desarrollo económico de Álava. Se trataba de crear unas instalaciones punteras en las que empresas dedicadas a la automoción o sus componentes (Michelin, Mercedes....) o a actividades deportivas relacionadas con el mundo del motor, pudieran desarrollar pruebas, procesos y estudios de investigación, desarrollo e innovación relacionados con sus propios proyectos, industria y actividad.

Al margen de la suerte que corrió esa iniciativa, que no interesa realmente para nuestro caso, lo que sí es relevante es la relación que ya desde entonces se entabló entre estos empresarios (en CIRCUITO DEL NORTE) y EPSILON EUSKADI S.L. (en adelante solo EPSILON). El propio Sr. Felipe explica, cuando se le interroga sobre la compra del LMP1, que en su día hubo interés en atraer a EPSILON a Vitoria-Gasteiz; querían que esta empresa viniera a Vitoria -Gasteiz, refiriéndose al interés de CIRCUITO DEL NORTE. El Sr. Felipe habla de "pacto de intereses", sobre lo que mas adelante se volverá, pero en este momento conviene señalar que al menos parte de ese pacto de intereses se materializó en la compra por parte de CIRCUITO DEL NORTE a EPSILON, el 10.12.2007, del prototipo EE1 LMP1 (al que venimos llamando en este concurso LMP1), por un precio de 1,9 millones. También el Sr. Romeo encuadra la compra del vehículo por CN como parte del acuerdo comercial que se alcanzó y por virtud del cual ellos (EPSILON) estaban dispuestos a promocionar el llamado "Circuito del Norte" o "Ciudad del Motor". Sin perjuicio de ello, se pactó que EPSILON seguiría utilizando el vehículo hasta el 31.12.2011, con reserva de derecho de compra por la vendedora a la finalización del plazo de uso (anexo 91 del Informe de Calificación de la AC). La entrada en concurso de EPSILON, hizo que CIRCUITO DEL NORTE recuperara la posesión del vehículo el 13.12.2011 con autorización de los Administradores Concursales de EPSILON (anexos 92- 94 del Informe de Calificación). Como se verá mas adelante, sin solución de continuidad, CIRCUITO DEL NORTE concertó con Afypaida un contrato de cesión gratuita y promesa de compra con Afypaida (el 13.12.2011) que posteriormente fraguó en la efectiva compraventa del LMP1 suscrita el 20.11.2012 (anexos 83 y 89 del Informe de Calificación).

Hasta aquí por el momento la relación de los empresarios Felipe , Damaso , Juan Enrique y Juan Ignacio con EPSILON.

ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA INNOVACIÓN SOCIAL, INNOVATION PARK, DENOKINN.

DENOKIN es una asociación sin ánimo de lucro constituida el 16.10.2008 bajo la denominación Asociación para la Promoción de la Innovación DENOKINN, actualmente Asociación para la Promoción de la Innovación-





Social Innovation Park. Sus fines estatutarios son la promoción de la innovación social y corporativa, así como el desarrollo local y regional a través de procesos innovadores. Cuando fue constituida fijó su domicilio en Bermeo y la Junta Directiva estaba formada por Mateo (Presidente), Salvador (Secretario) y Carlos Ramón (Tesorero). La composición de la Junta Directiva ha sufrido diversas modificaciones, en virtud de acuerdos adoptados en Asambleas Generales, inscritos en el Registro de Asociaciones, habiendo formado parte de la misma el Ayuntamiento de Elantxobe, sociedades como BERUALA S.A. y MUNDAKARENTZAT S.L.U (anexo 60 del Informe 75).

No consta en la hoja Registral de la asociación que ninguno de los socios de Afypaida haya tenido cargo alguno en DENOKINN. Tampoco que lo tenga o haya tenido el Sr. Isidoro , que mantiene una relación meramente laboral con la asociación (doc. 1 oposición Isidoro y anexo 60 del Informe 75) y que fue quien expuso a los socios de CIRCUITO DEL NORTE el proyecto del MIT. Los cuatro empresarios estudiaron la posibilidad de atraer el proyecto a Vitoria y abordaron el proyecto junto con Arcadio que era trabajador contratado por CIRCUITO DEL NORTE, el único, hasta que pasó a formar parte de Afypaida.

Buscaron financiación pública, presentando el proyecto en distintas instancias y lo obtuvieron. Para ello crearon una asociación sin ánimo de lucro, constituyéndose así el 09.06.2008 AFYPAIDA por los cuatro socios de CN más Arcadio . Juan Ignacio causó baja voluntaria como socio y como tesorero el 10.02.12. En Asamblea de 12.06.2012 se acordó la modificación de la Junta Directiva como consecuencia de la baja del Sr. Juan Ignacio , acordándose su cese del órgano de administración (anexo 1 Informe 75). Desde entonces hasta el momento mismo de la solicitud de concurso la Junta ha estado formada por Felipe (Presidente), Damaso (Vicepresidente), Arcadio (Secretario) y Juan Enrique (Tesorero). Conforme a los arts. 37 y 38 de los Estatutos (publicados en el Registro de Asociaciones del País Vasco), el patrimonio inicial de la asociación era de cero euros. Los recursos económicos con los que habría de contar la asociación para el desarrollo de sus fines, tal y como declara el art. 38, venían constituidos por: Cuotas de entrada de los socios y cuotas periódicas que se acuerden; los productos de los bienes y derechos que le correspondan, así como las subvenciones, donaciones y legados que puedan recibir en forma legal; los ingresos que obtenga la asociación mediante las actividades lícitas que acuerde realizar la Junta Directiva dentro de los fines estatutarios Arcadio realizó junto con Isidoro y los demás miembros de la Junta Directiva de Afypaida una labor de presentación del proyecto en diferentes ámbitos. El propio Sr. Arcadio declara que se mantuvo una primera reunión en diciembre de 2009 con el subdirector del INTA (Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, dependiente del Ministerio de Defensa), a quien se expuso el proyecto y quien les aseguró que el vehículo podría llegar a homologarse como cuadríciclo pesado. Ábrase paréntesis en este punto para poner de relieve que si bien en conclusiones ha resultado negada la mayor por parte de la AE, ahí tenemos aportados los dos Convenios firmados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en los que se recogen los principales aspectos del proyecto que se aviene a subvencionar el Estado y donde consta la intervención del INTA y la homologación futura a conseguir en un trabajo conjunto.

Reconoce el Sr. Arcadio que se mantuvieron también reuniones con prácticamente todo el espectro político (pues, dice, al margen de sus propias afinidades políticas, otros miembros de la Junta Directiva de Afypaida tienen la suyas), reuniones en las que se presentaba el proyecto como algo revolucionario a desarrollar en Álava, procedente del prestigioso MIT, y a llevar a cabo de la mano de EPSILON y DENOKINN. Finalmente recuerda una concreta reunión que se mantuvo en la Delegación del Gobierno de España en Bilbao con el Secretario de Estado de Innovación, en la que, junto con Isidoro , se cerraron las condiciones y objetivos que luego trasladaron al Convenio que suscribieron con el MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN (MICINN en adelante). Llegó así, dice, como consecuencia de un pacto político, la partida presupuestaria prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el 2010, que luego se materializó en subvenciones nominativas.

Contamos con el libro de actas de Afypaida (aportado como anexo 2 del Informe 75), en el que puede observarse, cómo se empieza a orientar la actividad de la asociación al llamado proyecto HIRIKO. Así, leemos en acta de 05.10.2009 lo siguiente: "Se da cuenta de los avances destacando la colaboración de Denokinn y la detección de un proyecto estratégico para los intereses de la asociación consistente en la fabricación de un vehículo urbano para solucionar los problemas de movilidad en las grandes ciudades desarrollado por el MIT de Boston. Se acuerda: 1º Analizar la oportunidad y avanzar en traer el proyecto a Vitoria contactando tanto a MIT como a Epsilon."

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PROFESIONALES, DENOKINN, MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY.

El 11.01.2010 AFYPAIDA suscribe con DENOKINN un contrato de arrendamiento de servicios profesionales (anexo 27 del Informe 75), por el que la prestadora se obliga a canalizar hacia la prestataria el proyecto desarrollado por el MIT. Siguió una Adenda de 15.02.2011, al que se acompaña un "resumen ejecutivo de las actividades desarrolladas por DENOKINN para Afypaida, describiendo los servicios profesionales que comprende el contrato de arrendamiento de servicios (anexo 28 del Informe 75), una prórroga de fecha



11.04.2011 y otra de 20.12.2011 (anexo 29 y 30 del Informe 75). Estos documentos son suscritos en nombre de DENOKINN por Matías , Director corporativo en aquel entonces, y en el primero se nombra a Isidoro coordinador general del equipo de proyecto.

DENOKINN a su vez había suscrito con el MIT un Acuerdo de Consorcio (Media Laboratorio Consortium Agreement) el 21.12.2009 y dos adendas de 11.05.201 y 07.07.2010 (doc. 1, 2 y 3 contestación de DENOKINN, anexo 31 del Informe 75, en castellano a los folios 4162 y ss), en virtud de los cuales establecieron los parámetros para la colaboración de ambas instituciones en el desarrollo del Proyecto HIRIKO, así como para la transferencia de tecnología y conocimientos por parte del MIT a DENOKINN a estos efectos.

Conforme al contrato inicial de prestación de servicios entre Afypaida y DENOKINN, la prestataria se obliga, a cambio de un precio cerrado, a la prestación de servicios referentes a las labores propias de coordinación general del proyecto HIRIKO, mediante el suministro y aportación de aquellos conocimientos técnicos, logísticos y operativos que puedan en cualquier momento optimizar la calidad del mismo.

El objeto del contrato tiene dos partes. Por un lado (i) se contrata la transferencia o canalización del propio proyecto y servicios del MIT. Por otro, (ii) servicios profesionales que presta el personal de DENOKINN (la dirección del equipo del proyecto, el asesoramiento y colaboración en el proceso de estructuración del consorcio empresarial, la elaboración del pliego de especificaciones técnicas del vehículo, el desarrollo del modelo de negocio, la gestión industrial, la tramitación de ensayos y homologaciones, la coordinación de bancos de ensayo, la coordinación de infraestructuras, la tramitación de acuerdos con diputaciones, ayuntamientos y gobiernos, la realización de informes encaminados a desarrollar y mejorar las técnicas de marketing y comunicación).

Respecto del primer apartado, ya hemos dicho que DENOKINN suscribe un Acuerdo de Consorcio con el MIT y dos adendas, en relación con el proyecto ideado por el equipo de Smart Cities y por tanto al margen del acuerdo de sponsor o patrocinio de carácter general tenía con este organismo y que es el que precisamente permite a Afypaida atraer al MIT. Sin la participación de DENOKINN el MIT no habría suscrito colaboración alguna con una Asociación para ellos desconocida. Y no es que así lo hayan declarado desde el Sr. Arcadio , pasando por el Sr. Isidoro y otros trabajadores de DENOKINN ( Aurelio , Doroteo y Patricio ), sino que ni el MF ni la AE han traído prueba alguna de que la colaboración y aportación del MIT hubiera sido posible -o que hubiera sido siquiera sugerida desde el MICINN- sin el previo acuerdo de patrocinio de DENOKINN - MIT.

La aportación del MIT y que comprende no solo la puesta a disposición de Afypaida de "su" proyecto, sino también de ingenieros propios desplazados a Vitoria, ha sido puesta en valor, por testigos como Aurelio , Patricio (de DENOKINN), Plácido (de SAPA PLACENCIA S.L) y de la propia AFYPAIDA ( Luis Carlos ), entre otros y sin perjuicio de la valoración subjetiva de cada uno de ellos acerca del grado de detalle y avances en el proyecto de la mano de los ingenieros del MIT. Lo que resulta incuestionable, aunque un vacilante Luis Carlos haya empleado el término "estudiantes", es que las personas puestas a disposición del proyecto procedentes del MIT -y algunos de los cuales residieron largo tiempo en Vitoria, precisamente para esta dedicación- eran cualificados ingenieros procedentes del prestigioso Instituto tecnológico norteamericano. Quienes tienen suscrito convenio de patrocinio con el MIT, DENOKINN, declaran que era la primera vez que el MIT salía de EEUU a trabajar en un proyecto propio en Europa y el Proyecto Hiriko se exponía en el centro Media Lab en Boston como proyecto del año.

Respecto del segundo apartado del contrato de arrendamiento de servicios con DENOKINN, han depuesto testigos directos que ejecutaron parte de los cometidos, al margen del propio Isidoro , coordinador general del equipo del proyecto, y cuyo trabajo efectivo ha sido atestiguado por prácticamente la totalidad de quienes han declarado a lo largo de las distintas sesiones del juicio. Así, el Sr. Aurelio , encargado de trabajar en la ideación y desarrollo el modelo de negocio desde el punto de vista de la innovación social; pone el acento en lo novedoso de la idea de que ingenierías que participaran en el proyecto de investigación y desarrollo pudieran ser quienes formaran parte en el hipotético futuro proceso de industrialización mediante participación en el capital de la sociedad que llevara a cabo esa posterior fase; el Sr. Doroteo , centrado en el área de las tecnologías y encargado de trabajar en el concepto de "mobility on demand"; describe el sistema de trabajo en innovaciones y proyectos informáticos, que parte de la concreción de unas especificaciones, es decir, definición del modelo que se busca (cómo los sujetos pueden hacer una reserva, el alquiler, cómo y dónde se pone a disposición los vehículos, cómo y dónde se dejan o entrega, forma de pago...) y una vez que se concretan las especificaciones se encarga la programación informática que ha de ejecutar las especificaciones; Patricio , que trabaja en el desarrollo del modelo de negocio, colaborando en la parte técnica y sobre todo en la parte de carga rápida del vehículo, colaboración en la redacción de las memorias técnicas que se presentan en la oferta pública de subvenciones para su obtención y posteriores que han de presentarse anualmente para justificar el destino dado a los fondos públicos.



No puede dejar de apuntarse que inicialmente se cuestionaba por la AE la posible duplicidad en las labores concretas encomendadas a DENOKINN y las contratadas con otras empresas HIRIKO DM, S.A, DANGERHARD, S.L, BLACKSMITH CONSULTING S.L, en cuanto a "desarrollo de negocio", EIDOSTECH CONSULTORES S.L. y GRUPO EMPRESARIAL DE GESTIÓN ADIGEST S.L. en cuanto a "tramitación de acuerdos con las diputaciones, ayuntamientos y gobiernos regionales y centrales", entre otras. Al respecto se solicitó y emitió un informe pericial, en el seno de las Diligencias Previas 797/15 que se tramitan en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, a cargo de un perito elegido por insaculación, del despacho GESVALT, Consultoría y Valoración, que descarta dicha duplicidad y de hecho esta acusación de duplicidad no ha sido recogida por el Ministerio Fiscal, motivo por el cual, no se volverá sobre esta cuestión y el informe pericial -al que me referiré como informe GESVALT- será analizado, al tratar los hechos por los que el MF interesa la calificación culpable, exclusivamente, con relación a la posible duplicidad de encargos, a lo referente a INNOVALAB, a Marino y la empresa EQUILQUA BRANDING AND COMUNICACIÓN AND COMMUNITY S.L, aspecto que es objeto de cuestionamiento por el Ministerio Fiscal, y en todo caso a la realidad de los servicios prestados por DENOKINN que aún no expresamente mencionado a este efecto el informe por el MF, frente a la acusación que se hace de frustración del proyecto por la intervención de esta última, tanto la AC como las defensas traen a colación el Informe GESVALT en este punto.

También debe dejarse indicado, que en las posteriores adendas (de 11.04.2011 y 20.12.2011) además de acordarse la prórroga del periodo de prestación de servicios, se reducen los servicios a prestar por DENOKINN, de forma que hay servicios que desaparecen del objeto del contrato, como también se analizará al tratar de los hechos por los que el MF y la AE interesa la calificación culpable.

#### PROYECTO HIRIKO.

De una lectura atenta de la Memoria de actividades (de mayo de 2010), incorporada como Anexo 1 al Convenio suscrito con el MICINN para la concesión de la primera subvención nominativa con cargo a los Presupuestos Generales de 2010 (anexo 17 del Informe 75 de la AC y doc. 7 de la oposición de los afectados), del Resumen Ejecutivo de la Memoria de Gestión (de mayo de 2011) incorporada como anexo 1 al Convenio de la segunda subvención nominativa con cargo a los presupuestos de 2011 (anexo 19 del Informe 75 AC) y también del Resumen Ejecutivo de relaciones de AFYPAIDA y DENOKINN, hecho en enero de 2013 (anexo 32 del Informe de Calificación de la AC), se obtiene que el llamado Proyecto HIRIKO fue un proyecto de extraordinaria complejidad y un reto de suma altura, que generó importantes expectativas -realistas o no- y fue apoyado y respaldado por autoridades públicas a diferentes niveles. No solo mediante subvenciones y ayudas públicas, del Estado, de la Comunidad Autónoma Vasca, de la Diputación Foral, sino también mediante acuerdos de colaboración, como el firmado con el INTA (no olvidemos, organismo público dependiente del Ministerio de Defensa) y se mantuvieron en ejecución del mismo contactos y reuniones para posibilitar un desarrollo del vehículo HIRIKO que permitiera su homologación, (doc. 11, 12, de la oposición de DENOKIN), se realizó la presentación pública del primer prototipo en Bruselas, en la Comisión Europea, el 24.01.2012, ante el Presidente de la misma Jose Enrique (hecho público y notorio, además de noticia en su día de actualidad publicada en los medios de comunicación vascos y estatales). El Sr. Jose Pedro, que la AE dice en conclusiones desconocer quien es, firma el acuerdo de colaboración en nombre del INTA /CESTT, en calidad de Adjunto al Director (f. 3229 de las actuaciones).

Participaron en el proyecto ingenierías como ETUD IBÉRICA (anexo 36 del Informe 75) y EPSILON EUSKADI (anexo 35 del Informe 75), sociedades como SAPA PLACENCIA S.L. con origen en 1888, dedicada a actividades comerciales y de investigación relacionadas con material de defensa (doc. 1-4 oposición SAPA PLACENCIA Y SAPA OPERACIONES S.L. en adelante solo SAPA), MICROELECTRÓNICA MASER, S.L. (año 2000), empresa de base tecnológica dedicada a actividades de I+D+i, dirigida a la fabricación de productos electrónicos y mecatrónicos para la automoción, las energías renovables y la gestión de recursos hídricos (doc. 1-3 oposición MICROELECTRÓNICA MASER, S.L. en adelante solo MASER), entre otras muchas, algunas de las cuales son señaladas como cómplices por el Ministerio Fiscal y otras no, profesionales de alta cualificación y experiencia en empresas dedicadas a la automoción, cuya incorporación al proyecto ha sido puesta en valor por la propia Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, como Gonzalo, ex -presidente de los centros productivos de Mercedes en España (anexo 37 y 38 Informe 75, doc. 4 y 5 de la oposición de los afectados) y se proyectaba crear -y de hecho se crearon- sociedades que estaban llamadas a ejecutar y poner en práctica una ulterior fase de fabricación y comercialización, una vez culminada la fase de I+D+i (BASQUE ROBOT WHEELS que se proyectaba se dedicase en el futuro a la fabricación de la llamada robot-rueda o roborueda y en la que participarían las industrias SAPA (cuando CIE AUTOMOTIVE decide retirarse) y MASER; HIRIKO DM S.A. que sería la encargada de la comercialización del vehículo, o mas bien sería la titular de las participaciones sociales de HIRIKO DM CARS S.L., HIRIKO DM SERVICES, S.L. e HIRIKO INFRAESTRUCTURES S.L. que se encargarían de la industrialización, comercialización y áreas de negocio diferenciadas y que ahora son tildadas de "entramado societario" como si de un hecho ilícito se tratara).



El Proyecto HIRIKO estaba dirigido a desarrollar un nuevo concepto de movilidad urbana sostenible. No se trataba solamente de un vehículo, que ya de por sí resultaba totalmente innovador. Como se ha dicho hasta la saciedad en esta pieza y en el proceso concursal, el llamado HIRIKO era un vehículo urbano concebido por el equipo de Smart Cities del MIT liderado por Ernesto y Ismael, pensado para dar solución a problemas de movilidad en las ciudades, más que eléctrico electrónico, compuesto por siete módulos ensamblables en concesionarios franquiciados. Contaba, entre otras características, con un chasis plegable, un exoeskeleton o estructura de aluminio que conforma el vehículo haciendo a la vez las funciones estéticas como funcionales y estructurales, tanto exteriores como interiores, un módulo trasero que incorpora sistemas suplementarios de energía, cámaras de visión trasera y sistemas de control además de estar constituido con materiales ligeros unidos con adhesivos que debían superar los test de crash y colapso; electrónica de control avanzada, conducción mediante un Joy Stick o un volante electrónico, la gestión de la dirección y todas las funcionalidades del vehículo se desarrolla a través de sistemas de comunicación directos sin la intervención de sistemas mecánicos; la tracción, la dirección y la suspensión se encuentran integradas en las ruedas, desarrollando un nuevo concepto de movilidad, un nuevo motor "in Wheel" de alto par, con cuatro ruedas motrices y directrices, con capacidad de manejo y movilidad total; un sistema de vidrios que además de captar energía, son parte fundamental de la estructura de seguridad del vehículo; un sistema de energía revolucionario con el desarrollo y la incorporación de baterías de nano-fósforo con Ion-litio que permitieran su recarga en doce minutos y una autonomía de 120 km con solo 96 kg; se trataba también de simplificar reduciendo el número de componentes de un automóvil convencional de los 40.000 a los 4.000.

Se trataba de algo que, no solo no existía en el mercado de la automoción; ni siquiera era solamente un vehículo que incorporara alguna invención inexistente todavía en el estado de la técnica, sino que incorporaba varias innovaciones tecnológicas al mismo tiempo. Es decir, con el vehículo HIRIKO se trataba de hacer algo que antes no se había hecho; desarrollar un vehículo con varias creaciones -y no una ni dos- que hasta el momento no existían en el mercado. Obviamente se trataba de un proyecto de I+D+i, y por tanto en fase de desarrollo. En ningún caso era un diseño ya terminado, listo simplemente, para ponerse en práctica su fabricación. Ni mucho menos. Lo que el MIT tenía era un proyecto y un prototipo fabricado a escala de un tercio. Y esto no es algo que se afirme exclusivamente por la concursada o DENOKINN. Es que la declaración de los trabajadores más críticos con el proyecto, que trae el MF como prueba central de la tesis de la trama, confirman precisamente la enorme complejidad que implicaba fabricar un vehículo con tantas innovaciones y conseguir su homologación por el INTA. Pero para percibir el grado de desarrollo del proyecto del MIT es muy ilustrativa la explicación que da el testigo Patricio, ingeniero industrial de DENOKINN con cerca de 30 años de experiencia, entre otras cosas. Explica este señor que en proyectos de I+D+i se conocen distintos niveles (del 1 al 9) de TRL, como niveles de maduración de un proyecto, de forma que el nivel 1 es el diseño en su fase más básica y el nivel 9 se refiere ya a producto listo para fabricar y comercializar. El proyecto del MIT se encontraba en un nivel TRL 3 y mediante el proyecto HIRIKO se pretendía alcanzar las fases TRL 7 u 8. No me voy a adentrar por ahora en si conforme a los convenios suscritos con el MICINN debería haberse llegado o no a un nivel 9 porque la homologación del vehículo fuera objetivo a alcanzar en el proyecto. La cuestión que quería dejarse apuntada en este momento, pues es necesaria para comprender qué era el Proyecto HIRIKO -para los que se sorprenden ahora-, es que se trataba de un diseño, de una maqueta a escala de 1/3 y de una idea de innovación social con la que había que realizar un trabajo de investigación y desarrollo para, en su caso, llegar a una innovación real que pudiera ponerse en el mercado.

Pero el proyecto HIRIKO no era solo el coche. Se trataba también de algo novedoso y revolucionario porque implicaba un nuevo modelo de desplazamiento en ciudades. Se expresaba con el concepto de "movilidad a la carta" o "mobility on demand" y sistema de pago por uso, con distintos puntos en las ciudades donde coger y dejar los vehículos y pagar por su uso.

Finalmente, también había novedad en el modelo de producción y comercialización, pues se planteaba que industrias que participaran en la fase de investigación y desarrollo tecnológico tuvieran después participación en el capital social de la sociedad -mercantil, no una asociación sin ánimo de lucro- que tendría que afrontar la fase de fabricación y comercialización. También había condiciones específicas pactadas con el MICINN para la concesión de las subvenciones en cuanto a la transferencia de los resultados de la fase de investigación y desarrollo y comercialización del producto que incorporara las innovaciones tecnológicas conseguidas. Debe tenerse en cuenta que en el método de producción que se proyectaba se planteaba instalar plantas de montaje en las distintas ciudades que acogieran el proyecto y donde los diferentes módulos del coche serían ensamblados, es decir, el mismo proceso de fabricación futura y producción en serie del vehículo, era algo novedoso.

El testigo de propia concursada, Luis Antonio (presentado como asesor fiscal y siendo persona de amplia formación y experiencia en el mundo del asesoramiento financiero) y que participó tanto en la génesis del proyecto, como posteriormente en una ulterior fase a partir de mayo de 2012, pone de manifiesto, con total





naturalidad, el hecho diferencial de este proyecto y el porqué se ideó un sistema que concebía la constitución de tres sociedades HIRIKO.

Primero había que pensar que si el proyecto resultaba exitoso a largo plazo habría que transferir el "know how" a una sociedad mercantil que pudiera industrializar y comercializar el producto con expectativa de negocio, lo que no podía llevarse a cabo con una asociación sin ánimo de lucro. De ahí que desde el principio se planteara, incluso con el Ministerio, la forma en la que en caso de éxito del proyecto de I+D+i el beneficio del aprovechamiento económico repercutiera en la asociación sin ánimo de lucro que gracias a la financiación pública había conseguido el logro (se barajó la constitución de una sociedad mercantil en la que Afypaida tuviera una participación significativa, un mecanismo de compraventa por parte de una sociedad mercantil a Afypaida de las patentes e invenciones o un sistema de Royalties). Por otro lado había que diversificar las distintas líneas de negocio para atraer inversores a los que pudiera interesar solo una de ellas. Es decir, se pensó en un HIRIKO DM S.L. como cabecera, un HIRIKO CARS que se encargara del coche, HIRIKO SERVICES que se centrara en el negocio de empresas concesionarias que iban a encargarse de la distribución, un HIRIKO INFRAESTRUCTURAS, que se encargaría de la gestión de las electrolineras. Todo esto con la idea de que el coche no se pone en marcha sin una estructura de puntos de ensamblaje, de electrolineras, de concesionarios o puntos de alquiler..., había que buscar inversores y participantes y podría ser que a algunos les interesara participar solo en la fabricación de un módulo del coche y no en todo el sistema de las distintas redes necesarias.

En definitiva, del Proyecto HIRIKO resultaban importantes retos no solo tecnológicos, también económicos, comerciales, sociales, y desde luego, de gestión, pues había que formar un equipo de empresas multidisciplinar para, primero la fase de I+D+i y luego para la fabricación y comercialización. Se planteaba la participación en el equipo de una serie de empresas, algunas de las cuales luego se retiraron de la iniciativa. En los motivos no nos vamos a adentrar, algunas entraron en situación concursal o pre-concursal, otras no han tenido la ocasión de explicarse, y tampoco tendrían porqué hacerlo, pues participar en cualquier proyecto empresarial, sea de producción, industrialización y comercialización, sea de investigación y desarrollo, sea de cualquier otro tipo, es una decisión que adoptan las compañías en función de muchos factores que desde luego aquí no interesan.

Pero la cuestión es que la extraordinaria dificultad del proyecto era perceptible desde el inicio, para algunos con mayor optimismo que para otros. Y no me refiero únicamente a la percepción de los ingenieros sobre la consecución del objetivo de homologación del vehículo original del proyecto, el ideado por el MIT, incluso el basado en el diseño del MIT adaptado inicialmente por ETUD. Es obvio que desde DENOKINN se tendría plena confianza en el proyecto, basado en el prestigioso equipo que había concebido la idea y en las capacidades y aptitudes de las industrias que se postulaban a colaborar en el mismo, y por descartado en las propias. No se ve ni un atisbo de duda acerca de los logros conseguidos en la declaración del Sr. Isidoro , que presenta los resultados de la gestión de DENOKINN (ahí está el desarrollo de un proyecto de movilidad bajo demanda, el diseño de un modelo de infraestructuras de carga rápida, el diseño y desarrollo de un vehículo que desde el punto de vista de I+D se cumplieron todos los objetivos, lo que queda demostrado por las patentes conseguidas, los diseños, la nomenclatura y listado de piezas, e incluso el diseño de las plantas de ensamblaje, dijo en su declaración). Los ingenieros que declararon reconocen la altura del reto y dificultades que encontró, como se esperaba que se encontrarán en un proyecto de I+D+i como el proyecto HIRIKO.

Tenemos, por otro lado, la opinión más crítica de la AC, que podría decirse que juega -como todos nosotros- con la ventaja de valorar los hechos de forma retrospectiva. En el Informe del art. 75 (pág. 85/162) y que ha sido traído como prueba documental, entre otras partes, por el Ministerio Fiscal, decía: "El Consorcio de Empresas, ideado en origen bajo la premisa de que sus integrantes colaborarían en el desarrollo del proyecto sin recibir prestación económica alguna a cambio de que en el futuro se les atribuyera una participación determinada en el proyecto (generalmente alrededor de un 3%) y el compromiso de mantener su condición de suministrador en exclusiva del mismo, adoleció desde un principio de una cierta descoordinación, lo que supuso, que sin tener un producto totalmente definido y ni siquiera la seguridad de que el mismo fuera finalmente homologable, se presentara en público y se mantuvieran contactos a nivel internacional, basados en una previsión de puesta en el mercado de un producto a un precio que no estaba en absoluto en concordancia con los costes que se estaban realmente contrastando y con unas características tecnológicas que, como se ha señalado, no estaban completamente definidas ni desarrolladas. Estas razones, entre otras, formaron parte de las esgrimidas por CIE AUTOMOTIVE para abandonar el proyecto y separarse definitivamente de las empresas que conformaban el consorcio".

En la vista, a preguntas del Ministerio Fiscal, vuelve a repetir que en su opinión existió una inadecuada gestión tanto de quien es financiado como de quien financia. Resulta "chocante" que cuando expertos en el sector del automóvil afirman que para que un proyecto de I+D+i culmine con la puesta en venta y circulación de un coche nuevo es necesario una inversión de unos 100 millones y 6 años de pruebas, aquí se presente un proyecto, con



retos tecnológicos de máximo nivel, y el Ministerio considere conceder una subvención nominativa, es decir, sin concurrencia alguna, a diferencia de las subvenciones del programa ETORGAI, para que arranque con 5 millones de euros. Y al año siguiente concede otros 9 millones de euros, para un proyecto que parte con una ingeniería (EPSILON) que entra en concurso, se tiene que contratar una nueva (ETUD), esta última no es capaz de sacar adelante tampoco el proyecto y cuando has agotado un año y medio con los esfuerzos anteriores, la Junta directiva da un golpe de timón y contrata a un profesional que da un enfoque radicalmente distinto al proyecto, en el intento de salvar el objetivo inicialmente previsto de homologar un vehículo.

#### FINANCIACIÓN PÚBLICA.

Sea como fuere, es una realidad que así presentado el proyecto obtuvo fondos públicos del Estado como de la Comunidad Autónoma vasca y de la Diputación Foral de Álava.

El Gobierno de España del año 2009, aprobó los presupuestos para el año 2010 que albergaban una partida nominativa para Afypaida. El 29.06.2010 se firmaba el primer Convenio entre el Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN) y Afypaida, por el que se concede una subvención nominativa dispuesta en los presupuestos generales del estado para 2010 por importe de 5.750.000 euros y se establecen las condiciones de la concesión. Se acompañaba de una memoria de actividades y presupuesto al que se debía sujetar el proyecto subvencionado (anexos 16 y 17 del Informe 75).

Conforme al indicado convenio (anexo 16), Afypaida se obligaba "a la ejecución del Proyecto HIRIKO, proyecto dirigido al desarrollo de un nuevo vehículo urbano concebido por el equipo de Smart Cities del MIT, como nuevo concepto de movilidad sostenible, de acuerdo con los objetivos descritos en la memoria adjunta".

Debía someterse a las actuaciones de comprobación y de control financiero que correspondían al órgano concedente y que implicaban que en el plazo de justificación, fijado en el 31.03.2012 como máximo, la presentación de: A) Memoria descriptiva de las actividades desarrolladas. B) Memoria económica de los gastos efectuados con aportación detallada de los documentos justificativos de su realización y pago. C) Informe de auditor de cuentas emitido normalizado al efecto conforme a la Orden EHA/1434/2007 de 17 de mayo con la verificación de que las inversiones y gastos realizados se corresponden con los que figuran en el convenio. D) Acreditación, en su caso, del reintegro al Tesoro Público del remanente no utilizado.

La subvención concedida debería destinarse a cubrir gastos de personal, equipamiento, suministros, gastos generales y otros gastos imputables al proyecto, directamente relacionados con el desarrollo del mismo, los cuales deberán estar pagados antes de la finalización del plazo de justificación de la subvención para que se considere realizado. El periodo a justificar se encontraba en esta primera nominativa entre el 01.01.2010 y el 31.12.2011.

Para que un gasto tuviera la consideración de gasto justificado, además, debía ser efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del plazo de justificación de la subvención.

Podía compatibilizar la subvención con otras, informando de ello y siempre que el total subvencionado no superara el 100% del gasto.

Podía subcontratarse el 100 % de la realización de la actividad subvencionada, autorizándose a la formalización de contratos escritos para ello.

En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, el período durante el cual el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención se establece en 20 años en caso de bienes inscribibles en un registro público, y en 2 años para el resto de bienes.

Se remitía para casos de incumplimiento al régimen de los arts. 36 y 37 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones y se contemplaba que "(s)alvo en el caso de modificación del convenio al efecto, el cumplimiento parcial de las condiciones o la realización en plazo sólo de una parte de la actividad podrá dar lugar al reintegro parcial, aplicando la proporción en que se encuentre la actividad realizada respecto de la total, siempre que se acredite una actuación del beneficiario inequívocamente tendente a la satisfacción de los compromisos, como la utilidad de lo ejecutado en el proyecto hasta el 31 de diciembre de 2011".

A la genérica descripción de la actividad subvencionada recogida en el Convenio "ejecución del proyecto HIRIKO", le sigue la remisión a los objetivos definidos en la memoria (anexo 17 Informe 75), que primero indica:

"El presente proyecto persigue explorar nuevos conceptos ligados al desarrollo de una movilidad urbana sostenible. Ello implica tanto el análisis de las pautas de transporte en ciudades de tamaño medio (a partir de 100.000 habitantes) y los retos que ello presenta, como el diseño de un vehículo eléctrico (que se llamará HIRIKO) capaz de responder de manera eficiente a esos retos".

Por tanto, como vemos, en lo referente al coche de lo que se habla es de su "diseño". Pero luego se contempla un plan de trabajo, con diferentes fases (desde WP0 a WP9) que se iniciaría en marzo de 2010 con "gestión y coordinación del proyecto" y terminaría 26 meses después (mayo 2012) con "ensamblado y homologación". El objetivo de esta última fase era:

"1. Producir 20 prototipos de HIRIKO totalmente funcionales, mediante la integración de todos los módulos prototipo elaborados en los WP anteriores.

Utilizar algunos de estos módulos para todas las pruebas y ensayos que sean necesarias para obtener la homologación del vehículo por parte del Ministerio de Industria" (página 90 del Anexo 17 del Informe 75).

En cuanto a la homologación, por un lado, se decía estar "garantizada" (pág. 5 de la Memoria, anexo 17 del Informe 75). Exactamente, contempla la memoria - adjunta al Convenio que es firmado por las dos partes, tanto AFYPAIDA como el MICINN: "La homologación del Vehículo está garantizada gracias a la participación del INTA (instituto de Tecnologías Aeroespaciales) del Ministerio de Defensa y de su Subdirector General como miembro del equipo de proyecto y del Ministerio de Industria en lo relativo a las normas de tráfico y legislación respecto a uso de este tipo de vehículo en las carreteras españolas e internacionales, Hiriko se homologará como cuatriciclo pesado y podrá circular en las ciudades y en vías interurbanas cuyo límite de velocidad sea igual o inferior a 100 Km/h. Este proyecto además servirá de referente al INTA para el desarrollo de nueva legislación para la homologación de vehículos eléctricos."

Pero después, a la hora de describir el último hito o fase del proyecto (WP9), se decía: "Se realizarán todos los test y ensayos con los prototipos funcionales que sean necesarios para conseguir la homologación del vehículo como cuatriciclo pesado (coche sin carnet), previamente a comenzar con la fabricación en serie. En contactos previos realizados con el INTA (organismo asesor responsable del análisis técnico para la homologación formal de los vehículos, realizada por el Ministerio de Industria y con validez europea) nos confirma que ninguno de los aspectos conceptuales implicado en el prototipo de "city car" desarrollado por el MIT está prohibido expresamente, pero hay muchos de esos aspectos que son totalmente novedosos y necesitan mayor trabajo de definición. La idea es trabajar conjuntamente con los técnicos del INTA, presentándoles el desarrollo técnico de los módulos según este se vaya realizando, y realizar las adaptaciones precisas (en caso necesario) para su homologación" (pág. 90- 91).

Se indicaban quienes habían de ser los integrantes del Consorcio empresarial: Afypaida actuaría como líder y coordinador del proyecto; CIE Automotive como responsable del módulo de interior del vehículo; CEGASA como responsable de las baterías; MASER responsable de los módulos electrónicos del vehículo; los principales elementos estructurales, el chasis y el "eskeleton" del vehículo, serán responsabilidad de Afypaida con el apoyo de CIE Automotive; Guardian sería el responsable de toda la parte acristalada del vehículo; la "roborueda" sería realizada conjuntamente por CIE Automotive y Maser, que conjuntamente con los promotores de Hiriko constituirán una nueva empresa para la fabricación de las mismas.

Afypaida, que impulsaba el proyecto, debía subcontratar actividades específicas a los siguientes agentes: (i) La coordinación industrial del proyecto sería realizada por Denokinn, el centro vasco para la innovación, el emprendizaje y el desarrollo de nuevos negocios. (ii) La asistencia técnica del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts), en concreto del laboratorio Media Lab del MIT, que debía colaborar en el diseño técnico del vehículo, a partir de un primer prototipo ya realizado en sus instalaciones. (iii) El INTA (Instituto Nacional de Tecnologías Aeronáuticas) que es quien se ocuparía de la homologación del vehículo. (iv) Epsilon Euskadi sería la responsable de la coordinación técnica e integración de los sistemas en el coche.

Se señala en la Memoria (pág. 21) que todos los participantes en el proyecto han suscrito un acuerdo a través del cual serán socios de la empresa Hiriko Cars S.A. quien será la responsable de comercializar los vehículos resultantes de este proyecto. Veremos después si se mantuvo finalmente ese modelo o hubo de optarse por otro.

En cuanto al presupuesto, decía la memoria: El presupuesto global del presente proyecto en su parte de investigación y desarrollo asciende a 7.076.600 euros corresponden a actividades propias de I+D. Se señalaba la cantidad destinada a AFYPAIDA en concepto de gastos de personal (250.000 euros), viajes y gastos (40.000 euros), gastos de funcionamiento (420.000 euros); cantidad destinada a DENOKINN (gastos propios mas contratos con el MIT, 1.438.000 euros para el primer año 2010 y 1.270.000 euros para el segundo 2011), además de gastos propios del MIT (35.600 euros el primer año y 17.000 euros el segundo), servicios de EPSILON (1.060.000 euros para el 2010), entre otras partidas. Todas insisto, incluidas en el presupuesto adjunto al Convenio aprobado y firmado por el Secretario de Estado de Investigación en nombre del Ministerio de Ciencia e Innovación. Por tanto se contemplaba cuanto se pagaba y a quién.



Se reconocía que: "2. Es evidente que el desarrollo de un nuevo vehículo requiere de grandes inversiones, en este caso la estrategia de desarrollar los componentes para los 20 prototipos en los procesos y los medios más próximos a los de producción final implica dos retos, el primero desde el punto de vista de la investigación en nuevos procesos de fabricación para series cortas y por otro la necesidad de invertir en medios cuyo coste es ampliamente superior a la realización de las piezas con procesos de prototipado más manuales.

El presupuesto global del proyecto, incluyendo la gestión, las inversiones para la producción y la implantación del producto final en el mercado supera los 45 millones de euros.

El presupuesto de I+D se corresponde con la primera fase del proyecto en lo referente al vehículo city-car a desarrollar. Debemos recordar que el proyecto también cuenta con otras dos áreas importantes que son el desarrollo de las infraestructuras de recarga y las plantas de montaje donde los vehículos serán ensamblados".

No se va a avanzar sin poner de manifiesto que de entrada resulta sorprendente que un proceso de I+D tan extraordinariamente complejo se contemple cubrir con un presupuesto de 7,076 millones cuando el presupuesto global del proyecto se cifra en 45 millones; sorprende que se estime finalizado el proceso de investigación y desarrollo con la homologación del vehículo, corrección, ajuste definitivo del diseño y lanzamiento a producción, en un plazo de 26 meses y al tiempo se reconozca la complejidad y necesidad de investigación de nuevos procesos de fabricación para series cortas, cuando tal y como consta en el Dictamen elaborado por la Comisión parlamentaria de Investigación que se llevó a cabo en el Parlamento Vasco, y que trae a colación la AE en sus alegaciones (aportada la propuesta de Dictamen como anexo 33 del Informe de Calificación de la AC), expertos en el sector del automóvil afirmaron que solo por razones de homologación y el elemento clave de seguridad, lanzar un vehículo conlleva en torno a 100 millones de inversión unos 6 años de pruebas antes de vender ni un solo coche.

El caso es que con este contenido (anexo y presupuesto) fue firmado el Convenio por el que se concede la primera subvención nominativa por el Sr. Erasmo , Secretario de Estado de Investigación en representación del Ministerio De Ciencia e Innovación y por el Sr. Felipe en representación de AFYPAIDA.

En los Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, el Gobierno de España concedió una segunda subvención directa o nominativa de 12.000.000,00 € incluida en la partida 21.03.463B.78919, que comprendía 3.000.000,00 € de la concedida en 2010 de 5.750.000,00 € y otros 9.000.000 € con cargo al año 2011.

El 15.07.2011 se firma el segundo Convenio de Colaboración entre el MICINN y Afypaida para regular las condiciones de concesión de la subvención nominativa prevista la LPGE para 2011 (anexo 18 del Informe 75).

El MICINN se obligaba a abonar anticipadamente la subvención concedida de 9.000.000,00 € y AFYPAIDA se obligaba a la ejecución del programa de trabajo del año 2011 correspondiente al proyecto HIRIKO (recordemos que se contemplaban 26 meses de trabajo de marzo de 2010 a mayo de 2012). Los objetivos y compromisos eran los mismos que en el primer Convenio, con las siguientes modificaciones (Convenio en anexo 18 y Memoria en anexo 19 del Informe 75):

Las actuaciones debían iniciarse el 1 de enero de 2011 y finalizarse el 31 de diciembre de 2011.

En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, el período durante el cual el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención se mantenía en 20 años en caso de bienes inmuebles inscribibles en un registro público, 5 años para el resto de bienes inscribibles en un registro público que no sean inmuebles (bienes de propiedad intelectual e industrial, bienes de equipo, línea de ensamblaje, etc.) y 2 años para el resto de bienes.

El plazo de justificación de la subvención era el mismo que el previsto para la 1ª subvención nominativa, esto es, el 31 de marzo de 2012.

En cuanto al consorcio y modelo cooperativo del desarrollo de HIRIKO, se ponen de manifiesto en la Memoria (Anexo nº 19) los cambios habidos: Se modificaban la coordinación técnica y la ubicación física para el montaje, ocupándose de aquella la empresa ETUD Ibérica y trasladando las instalaciones de las de EPSILON a las de AFYPAIDA en arriendo en el Edificio Alas de Vitoria dado que EPSILON había comunicado el 5 bis el 2 de marzo de 2011. A estos efectos se explicaban y justificaban los cambios:

"1- AFYPAIDA ha contratado a Denokinn para la coordinación general del proyecto, a ETUD Ibérica para la coordinación técnica de diseño del City Car y para el montaje en las instalaciones de AFYPAIDA de los veinte primeros prototipos correspondientes.

AFYPAIDA ha negociado con cada uno de los co-fabricantes para que estos ubiquen un ingeniero/a (jefe/a de proyecto) en destino para el desarrollo de su módulo y produzcan 20 módulos-prototipo en materiales y procesos lo más próximos posible a los definitivos para cuando el coche entre en producción.





Estos ingenieros trabajarán bajo las órdenes de Vicente , de ETUD Ibérica, y esta actividad se desarrollará bajo la supervisión y coordinación de Luis Carlos (AFYPAIDA).

AFYPAIDA, a través de Denokinn, ha contratado al M.I.T. para el soporte tecnológico del proyecto, la transferencia de los resultados de sus investigaciones y el trabajo en el desarrollo de los sistemas que se estimen necesarios a lo largo de estos 18 meses de proyecto.

Es responsabilidad exclusiva de los co-fabricantes la elaboración de piezas y componentes del city car.

Para el desarrollo de este proyecto, AFYPAIDA cuenta con un espacio en sus instalaciones de Vitoria-Gasteiz (Álava), (salas y locales en edificio industrial con 4 islas/ 16 puestos de trabajo dobles), en el que se desarrollará el proyecto de forma autónoma. En este espacio, AFYPAIDA instalará los sistemas informáticos necesarios para el desarrollo de la actividad, servidores, workstations y el software necesario. Cada co-fabricante solo tendrá acceso a los diseños correspondientes a su módulo, y únicamente los coordinadores de cada parte accederán a la información completa correspondiente.

Todos los desarrollos, diseños, cálculos y piezas que se desarrollen para los prototipos son propiedad exclusiva de AFYPAIDA, y ninguna información podrá ser extraída sin el permiso expreso de ésta".

Se aprueba un presupuesto de 9.245.000 euros, recordemos incluido como anexo I del Convenio suscrito por el propio Ministerio de Ciencia e Innovación, que contemplaba partidas como gastos propios de Afypaida (1.408 millones) servicios de Denokinn (900.000 euros), servicios de Innovalab (550.000 euros), fabricación de prototipos, subcontratación de empresas co-fabricantes y compra de componentes (Maser, Forging Products, TMA, Sapa, Guardian, Ingeinnova, BRW): 3, 592 millones; bancos de ensayos (495.000 euros), servicios INTA (50.000 euros), servicios de ingeniería ETUD IBERICA S.L. (490.000 euros), proyecto de líneas de montaje piloto (240.000 euros), líneas de ensamblaje de las roba ruedas y del vehículo completo (320.000 euros).

3. No solo el Gobierno de España, también el Gobierno Vasco apoyó el proyecto, aunque con ayudas mas modestas. Por distintas resoluciones del Director de Tecnología del Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo del GV, se concedieron subvenciones en el marco del programa de apoyo a la realización de proyectos integrados de investigación industrial y desarrollo experimental de carácter estratégico, ETORGAI, en el año 2010, en el 2011 y 2012 (anexo 20, 21, 22 del Informe 75). Igualmente, a través de la SPRI Agencia Vasca de Desarrollo Empresarial dependiente del GV, se concedieron ayudas en el marco del programa EKINTZAILE mediante resolución de 11.07.11 (anexo 23). Por resolución de 29.11.2012 del Director de Tecnología del Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo del GV se adjudicaron también ayudas en el seno del programa EKINTZAILE (anexo 24 del Informe 75). Recibió también ayuda pública con cargo al programa llamado PROINTER en diciembre de 2012 (anexo 25 del informe 75). La Diputación Foral de Álava, participó en el respaldo al proyecto, concediendo una subvención dentro de la línea de ayudas para promover la innovación en Álava (ÁLAVA INNOVA-12), anexo 26 del informe 75.

5.4. Aunque el plan de trabajo contemplado en la Memoria terminaba con la fase WP9, en mayo de 2012, conforme a la segunda subvención nominativa, el período aprobado para la ejecución del proyecto, se extendía al año 2011, exactamente hasta el 31.12.2011.

Sin embargo, fueron solicitadas y concedidas por el MICINN dos prórrogas, primero hasta el 31 de julio de 2012 y, finalmente, hasta el 31 de diciembre de 2012 (anexos 61-64 del Informe 75). En la solicitud, se justificaba la petición reconociendo el retraso que sufría la ejecución de las actividades, su causa, y los problemas que se estaban encontrando a nivel técnico. Además de la ampliación del plazo, se solicitaba la modificación de algunas de las partidas presupuestarias (gastos de Afypaida, servicios Denokinn, servicios Innovalab...).

El Ministerio accede y aprueba la prórroga del plazo para la ejecución de las actividades subvencionadas, para la acreditación del cumplimiento de la finalidad de la subvención y la modificación presupuestaria, tanto en la primera (anexo 62 del Informe 75), como en la segunda ocasión (resolución de fecha 08.08.2012, anexo 64 del mismo informe), autorizando la prórroga hasta el 31.12.2012 para la ejecución de las actividades subvencionadas y la prórroga del plazo de acreditación del cumplimiento hasta el 31.03.2013. Autoriza también la modificación del presupuesto en resolución de 20.12.2012 (anexo 66 del Informe 75). Por cierto que en la petición de modificación del presupuesto se exponían, entre otras razones, la imposibilidad de llevar a cabo el proceso de homologación por parte de la asociación, cambios en la dirección de ingeniería (desde Epsilon, pasando por Etud Ibérica y finalmente por Gonzalo ).

#### EVOLUCIÓN O DERIVA DEL PROYECTO

A lo largo de la ejecución del proyecto se fueron produciendo modificaciones tanto en el consorcio de empresas, como en el modelo de colaboración con AFYPAIDA, como en el desarrollo de las distintas innovaciones del vehículo -ejemplo de ello son los distintos modelos de robot-rueda (roborueda) que trataron



de desarrollar SAPA y MASER-, y finalmente en la propia concepción del vehículo. Cambios que no solo no han sido negados por los demandados, sino que venían acreditados desde el inicio, con el Informe del art. 75 de la AC y la documentación anexa al mismo; informe que es empleado como prueba documental por el MF y cuyo contenido y anexos afirmó no impugnar en la primera sesión de la vista. La prueba practicada desde entonces a lo largo de las distintas sesiones, a instancia del MF, de la AC y de las defensas, no ha hecho sino confirmar y profundizar en hechos que explican cómo se llegó a la paralización y frustración del proyecto.

Respecto del modelo proyectado a través de la participación de los que serían co-fabricantes mediante convenios de colaboración gratuitos en los que se contemplaba su aportación al proceso de I+D+i a cambio de una futura participación en el capital de la sociedad que habría de comercializar los vehículos (pág. 21 de la Memoria del primer Convenio), desde luego que no llegó a fraguar y los motivos se han explicado por distintas personas:

Desde alguno de los afectados por la calificación, como Arcadio - que manifestó que en la medida en que no todos los co-fabricantes secundaron el modelo colaborativo tuvo que cambiarse-, hasta la misma AC -que en el Informe del art. 75, pág. 85/162, ya manifestó que este modelo colaborativo estaba llamado al fracaso por adolecer desde el principio de cierta descoordinación-. Sin contar con la obvia lógica del argumento de MASER cuando llama la atención sobre la contradicción que supone hablar de suministro "gratuito" si es "a cambio" de participaciones sociales de la sociedad mercantil -con expectativa de beneficio- futura. Si a ello añadimos que la complejidad de la fase previa a una hipotética industrialización podía razonablemente hacer temer a los co-fabricantes que nunca llegaran a ver resarcido su esfuerzo -y entonces sí habría sido gratuito- puede fácilmente entenderse que la idea inicial tuviera que sufrir cambios y pasar a un modelo, al menos en la fase de I+D+i, de contratos de obra o de arrendamiento de servicios, lo que por otro lado venía autorizado en los Convenios de las subvenciones que autorizaban a subcontratar nada menos que el 100 % de la actividad a desarrollar.

Pero no puede afirmarse que la propuesta recogida en la Memoria de la primera nominativa fuera una treta, pues (i) se firmaron efectivamente convenios de colaboración con distintos co-fabricantes: FORGING PRODUCTS TRADING S.L. (anexos 39- 42 del Informe 75), GUARDIAN LLODIO UNO S.L. (anexo 44), MASER (anexo 45), SAPA (anexo 47), TMA (anexo 54); (ii) con otros, en cambio, se firmaron directamente contratos de arrendamiento a cambio de precio: PID S.A. (anexo 49), EPSILON (anexo 35), ETUD (anexo 36); y posteriores a los convenios de colaboración "gratuita" se firmaron contratos de arrendamiento con los "colaboradores" FPT (anexo 43), SAPA (anexos 48, 50 y 51), MASER (anexo 46), TMA (anexo 55, todos del Informe 75), todo lo cual abona la tesis de que hubo de abandonarse el modelo inicial. (iii) En la Memoria que acompaña el Convenio de la segunda nominativa se ponen de manifiesto los cambios en los sujetos co-fabricantes, ya no se habla de convenios gratuitos y se presenta un presupuesto que comprende partidas destinadas a la fabricación de prototipos (1+19) mediante subcontratación a empresas co-fabricantes, señalando cuales son (MASER, FPT, TMA, SAPA GUARDIAN...), por importe total de 3.592.000 euros.

Por tanto, se da a conocer el cambio de modelo y pese a ello se aprueba la segunda nominativa (por importe de 9 millones con cargo al año 2011). Se solicitan al Ministerio dos prórrogas y modificaciones presupuestarias señalando en la petición la dificultad que se tiene en alcanzar un vehículo terminado susceptible de presentarse a homologación -no a exposición o presentación como sí se produjo en Bruselas- y se conceden.

No se va a profundizar en este apartado de hechos probados en los distintos desarrollos del concepto de roborueda, lo que se hará mas adelante a la hora de analizar la acusación del MF y AE, pero a fin de proporcionar una visión general de la evolución experimentada por el proyecto, sí que se dejará constancia del paso de distintas ingenierías a lo largo de su desarrollo y del giro del proyecto impulsado por Gonzalo , tal y como resulta de la documental aportada y de las testificales practicadas, sin que exista controversia al respecto.

Inicialmente la ingeniería que debía liderar el proyecto con la colaboración del MIT era EPSILON, así se presentó en el proyecto que dio lugar al primer Convenio suscrito con el MICINNN (memoria, anexo 17 del Informe 75) y se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios el 03.05.2010 (anexo 35 del informe 75) y un contrato de arrendamiento de parte de sus instalaciones, sitas en el Parque Tecnológico de Álava en Vitoria (anexo 8 IC) donde empezó a trabajar un equipo de ingenieros y mecánicos, junto con los procedentes del MIT. Pero después ÉPSILON fue sustituida como ingeniería por ETUD IBÉRICA, suscribiendo con AFYPAIDA el contrato de arrendamiento de servicios el 01.12.2010 (anexo 36 del Informe 75). El que se debiera a una incapacidad de EPSILON para llegar a una solución técnica satisfactoria o a su delicada situación económico-financiera, poco importa en realidad cuando la intervención inicial de EPSILON, la posterior sustitución por ETUD y finalmente la entrada en el proyecto de Gonzalo fueron hechos puestos en conocimiento del MICINN, contando con la mas que obvia aprobación al acordarse la prórroga del periodo de ejecución y justificación del proyecto y el cambio del presupuesto.



EPSILON acabó entrando en concurso tras presentar la comunicación del art. 5 bis LC, tal y como consta documentado en el I.75 de la AC y en la memoria del segundo Convenio con el MICINN se recoge cómo es sustituida EPSILON por ETUD IBÉRICA. Que la intervención de ETUD fuera conducente a lograr los objetivos del proyecto, tampoco parece que pueda ponerse en duda, con independencia del resultado conseguido. Sabemos, porque consta aportada la sentencia a la contestación de AFYPAIDA, que bajo la dirección ya de Gonzalo, ETUD acabó demandando a AFYPAIDA, por falta de pago de -parte- los servicios contratados. AFYPAIDA alegaba, entre otras cosas, defectos en la prestación del servicio y la concursada resultó condenada a pagar a la ingeniería la suma de 170.779,04 euros (Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz, doc. 21 oposición Afypaida) luego la sentencia no estimó falta de cumplimiento por parte de ETUD.

Finalmente, por seguir un relato lineal de los hechos, los miembros del órgano de administración de AFYPAIDA decidieron contratar a Gonzalo, en el intento de dar un impulso al proyecto, que veían iba agotando el presupuesto con el que contaba sin conseguir los objetivos propuestos. Consta así en acta de la Asamblea General de AFYPAIDA de 07.11.2011 (anexo 37 Informe 75) que junto con la decisión de pedir la primera prórroga de la segunda subvención (hasta julio de 2012) se acuerda por los socios de forma unánime la incorporación al proyecto de Gonzalo, como persona de alta cualificación, experiencia y conocimiento del sector de la automoción, sobre todo en los campos relacionados con proveedores, procesos de fabricación y los mercados. El 01.02.2012 se firma el contrato de prestación de servicios (doc. 5 oposición de los afectados). En virtud del mismo el Sr. Gonzalo, como consultor externo, se compromete a asumir la gerencia técnica de la producción de los primeros 20 prototipos Hiriko.

No ya de noticias periodísticas (doc. 35, 36 oposición de MASER), de actas de reuniones el Consejo de BRW (doc. 18 AFYPAIDA), de los distintos correos, comunicaciones y burofaxes (entre otros, doc. 40 y ss MASER), resulta el cambio de rumbo que experimentó el proyecto con la llegada de Gonzalo, sino que los propios testigos propuestos por el Ministerio Público lo relatan, sin que los demandados lo nieguen, resultando por ello un hecho no controvertido. Obdulio, Luis Carlos, Carlos Miguel, por poner algunos ejemplos, declaran que cuando llegó Gonzalo "vio" la dificultad del proyecto de conseguir la homologación de un vehículo electrónico con la innovaciones que proponía el proyecto del MIT y se empezó a trabajar en un proyecto más realista, dirigido a conseguir un vehículo electrónico que en apariencia externa se asemejaba al HIRIKO inicial pero que al abandonar buena parte de las innovaciones más problemáticas, podría haber conseguido -en opinión de los testigos- su homologación.

## 1 JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA

En cumplimiento de las condiciones de las subvenciones estatales AFYPAIDA presentó la Memoria justificativa económica, la Memoria justificativa técnica y el informe de auditoría llevado a cabo por la firma KPMG, tanto en relación con la primera como con la segunda nominativa (anexos 67-74). Tales documentos e informes se presentaron el 28.03.2012 y el 27.03.2013.

a) En los informes de auditoría, que no obstante su denominación no son propiamente una auditoría de cuentas y por ello, no hallándose sometidos a la Ley 12/2010 de Auditoría de Cuentas, no se emite una opinión de auditoría en sentido estricto, se señala: "Nuestro trabajo se ha realizado siguiendo lo dispuesto en las Normas de Actuación aprobadas mediante Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, Orden Eue HA/1434/2007 de 17 de mayo de 2007, en las que se fijan los procedimientos que se deben aplicar y el alcance de los mismos, y ha consistido en las comprobaciones que de forma resumida se comentan a continuación:

Comprensión de las obligaciones impuestas a la Asociación en la normativa reguladora de la subvención, así como en la convocatoria y resolución de concesión y en cuanta documentación que establezca las obligaciones impuestas al beneficiario de la misma.

Verificación de la cuenta justificativa aportada por la Asociación al objeto de comprobar que la misma contiene todos los elementos señalados en el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Subvenciones y, en especial, con los establecidos en las bases reguladoras de la subvención y en la convocatoria.

Comprobación de que la cuenta justificativa ha sido suscrita por una persona con poderes suficientes para ello.

Análisis de la concordancia entre la información contenida en la memoria de actuación y los documentos aportados para la revisión de la justificación económica.

Comprobación de que la información contenida en la memoria económica abreviada está soportada por una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad subvencionada, con identificación del acreedor y del documento justificativo correspondiente, su importe, fecha de emisión y fecha de pago.



l) Verificación de que la Asociación dispone de documentos originales acreditativos de los gastos justificados incluidos en la relación citada en el párrafo e) anterior y de su pago, así como que dichos documentos han sido reflejados en los registros contables".

En el primero (anexo 68 del Informe 75 AC y anexo 37 del Informe de Calificación), sus conclusiones se limitan a los siguientes hechos y circunstancias que, dice, pudieran suponer incumplimientos de la normativa aplicable o de las condiciones impuestas a Afypaida para la percepción de la subvención:

Justificación de "Gastos de personal": El presupuesto finalmente justificado de gastos de personal asciende a 408.650,12 euros, inferior al aprobado en la concesión de la ayuda, que ascendía a 423.000 euros.

Justificación de "Viajes y gastos": La relación clasificada de los gastos de la partida presupuestaria "Viajes y gastos" incluye en varios casos como proveedor el extracto mensual de tarjetas de crédito de diferentes entidades financieras. Dichos extractos mensuales incluyen los pagos por gastos de diferente naturaleza. Nuestro trabajo ha consistido en la verificación de la documentación soporte del gasto justificado incluido en dichos extractos mensuales.

Justificación de "Gastos de funcionamiento": El presupuesto finalmente justificado de Gastos de funcionamiento asciende a 1.166.879,88 euros, superior al aprobado en la concesión de la ayuda, que ascendía a 1.102.530,00 euros.

A continuación se exponen las causas objetivas que justifican la desviación al alza en esta partida presupuestaria: Incremento de gastos de marketing respecto al presupuesto aprobado en 66.641,20 euros. Incremento de gastos varios e imprevistos respecto al presupuesto aprobado en 14.331,34 euros. Reducción de gastos de sede respecto al presupuesto aprobado en 15.719,97 euros.

Justificación de "Subcontratación Servicios Epsilon": El presupuesto finalmente justificado por Servicios Epsilon asciende a 633.150,00 euros, superior al aprobado en la concesión de la ayuda, que ascendía a 551.600,00 euros.

Justificación de "Estructura: ingeniería": El presupuesto finalmente justificado por este concepto asciende a 776.450,00 euros, inferior al aprobado en la concesión de la ayuda, que ascendía a 858.000,00 euros.

Justificación de "Robo - Wheel: ingeniería": El presupuesto finalmente justificado por este concepto asciende a cero euros, siendo el aprobado en la concesión de la ayuda de 50.000 euros.

En el segundo, correspondiente al presupuesto para 2011 (anexo 72 del Informe 75 AC y anexo 38 del Informe de Calificación), el único hecho que se considera digno de mención es el siguiente:

" (i) Justificación de "GASTOS de AFYPAIDA": La relación clasificada de los gastos de la partida presupuestaria "GASTOS de AFYPAIDA" incluye en varios casos como proveedor el extracto mensual de tarjetas de crédito de diferentes entidades financieras. Estos conceptos se componen a su vez de varios documentos justificativos de gastos relacionados que han sido verificados. Dichos extractos mensuales incluyen los pagos por gastos de diferente naturaleza. Nuestro trabajo ha consistido en la verificación de la documentación soporte del gasto justificado incluido en dichos extractos mensuales."

El testigo Luis Antonio nos ha explicado la dificultad añadida que entraña a su juicio la labor de comprobación de un informe de auditoría de cumplimiento de subvenciones, con respecto a un informe de auditoría de cuentas anuales, pues a diferencia de estas últimas, en las primeras debe realizarse una labor de comprobación añadida. No se trata solo de ver si el gasto está soportado en documentos regulares, si está bien contabilizado, si está valorado con arreglo a criterios contables, todo ello mediante un criterio estadístico o de muestreo, sino que hay que determinar, casi partida por partida, si cada gasto está destinado a los fines del proyecto o actividad subvencionada. De ahí que se buscara en su día una de las firmas más prestigiosas para esa labor, como es KPMG, una de las conocidas como big four.

Muestra también el testigo su extrañeza con las resoluciones de reintegro, opinión en la que coincide con Dolores y Cayetano , de la empresa ADIGEST, empresa especializada en el asesoramiento y gestión de subvenciones y ayudas oficiales, contratada por AFYPAIDA. Sra. Dolores , que al igual que el Sr. Cayetano , describe su labor concreta y que no se adentra en las memorias técnicas iniciales ni justificativas posteriores -que sabemos fueron a cargo de DENOKINN- ni lógicamente en la extracción de documentación contable y administrativa de la propia AFYPAIDA, que es controlada, clasificada, verificada y remitida a ADIGEST por los trabajadores responsables del área administrativa y contable de Afypaida -fundamentalmente Ofelia con Roque como superior inmediato- y se concreta como empresa de asesoramiento y gestión en la preparación de la documentación económica y administrativa a presentar para la petición y concesión de subvenciones, modificaciones presupuestarias y justificación documental posterior.





Pues bien, los dos testigos manifiestan que cuando se recibió la resolución que comunicaba el inicio del procedimiento de reintegro, solicitando justificación añadida sobre determinados gastos, fueron ellos mismos quienes efectuaron las alegaciones complementarias y quienes aportaron la documentación justificativa, en la creencia -según Dolores - de que iban a ser estimadas sus alegaciones, de hecho, puntualiza la Sra. Dolores , lo fueron en su gran mayoría.

Y efectivamente el 22.04.2014 la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, dentro del ya denominado MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (en adelante MINECO), dicta resolución de inicio de expediente de reintegro (anexo 75 del Informe 75), en la que se advierten desviaciones en determinadas partidas aprobadas (gastos de personal, gastos de viajes, gastos de funcionamiento, gastos de contratación y gastos en robot -wheels) respecto de la justificación presentada por la beneficiaria, y se le confiere un plazo de 15 días para presentar documentación justificativa y para realizar las alegaciones oportunas.

De un total de gastos presentados por importe de 5.750.000 euros, se estiman justificados 1.434.471,84 euros y por tanto, no justificada la cantidad de 4.315.528,16 euros. La concursada presenta alegaciones y documentación justificativa (anexo 76 del Informe 75) y el MINECO dicta en fecha 28.01.2015 Resolución por la que acuerda el reintegro del 100 % de la subvención, 5.750.0000 euros recibidos en la primera nominativa (anexo 77), no obstante admitir al menos parte de las alegaciones y estimar al menos parte de la documentación justificativa adicional presentada. La resolución, a cuyos "extensos argumentos" se remite el escrito de alegaciones de la AE (pág. 177) y el del MF (pág. 35) mantiene la consecuencia del íntegro reintegro del importe de la subvención, añadiendo ahora otro argumento: El incumplimiento del objetivo de desarrollo de 20 prototipos operativos y la falta de homologación del vehículo para su uso urbano. Se argumenta que no se contempla un posible cumplimiento parcial de los objetivos de la subvención, motivo por el que pese al cumplimiento parcial, el reintegro ha de ser del 100 %. Recordemos en cambio que en el Convenio de la primera nominativa que mas arriba se ha citado se decía que en caso de realización parcial o de solo una parte de la actividad podría producirse el reintegro parcial.

No se va a pasar por alto la opinión que emite el testigo Sr. Luis Antonio y que en la medida en que es una opinión y de un testigo, puede aquí decirse: Cambió el signo político en el Gobierno, entramos en una percepción distinta del escenario económico y se trataba de recuperar todo el dinero público que se había dado.

Esta resolución fue objeto de recurso de reposición (anexos 78-82) y posteriormente de recurso contencioso -administrativo (doc. 13 oposición Afypaida).

El mismo proceso se sigue con la segunda nominativa. El 01.10.2014 se dicta resolución de inicio del procedimiento de reintegro de la segunda nominativa (anexo 83 del Informe 75). La concursada presenta alegaciones (anexo 84) y se dicta en fecha 08.04.2015 Resolución de reintegro del 100 % de la segunda nominativa (anexo 85 y 85 bis). La concursada presentó recurso de reposición (anexos 86-93) y posteriormente recurso contencioso-administrativo (doc. Anexo 14 de la oposición Afypaida).

En el Informe del art. 75 (I.75) de la AC, de fecha 31.07.2015, que no solo no es discutido por el MF y la AE sino que, como se ha dicho, forma parte de la proposición de prueba documental del MF, se realiza un detallado estudio de los fondos públicos obtenidos, su justificación, destino, fechas de cobros y pagos, y cuyo resumen o síntesis se recoge en el cuadro de la página 76/162 del Informe.

En el Informe de Calificación vuelve la AC a recopilar los datos principales de lo gastado en el proyecto Hiriko y su origen, indicando a quién se pagó y cuánto. El detalle de la inversión realizada se aporta como documento anexo 1 del informe: De un total de 17.582.875,46 euros dedicados al proyecto HIRIKO (17.023.082,18 euros según sumatorio que resulta de libro de facturas recibidas y de la contabilidad, debiéndose la diferencia a que en esta segunda cifra falta por incluir determinados gastos que no se registraron en cuenta individualizada de acreedor), 15.739.524,48 son cantidades efectivamente recibidas en subvenciones concedidas por el Gobierno Central, el Gobierno Vasco, el SPRI (Sociedad para la Transformación Competitiva, dependiente del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del GV) y la Diputación Foral de Álava, de un total de 17.250.345,24 euros de ayudas aprobadas.

La cantidad de 273.800 euros es dinero puesto por los socios constituyentes o sus empresas y fundaciones. Los socios constituyentes, salvo Arcadio , realizaron una aportación inicial de 12.000 euros (el 30.03.2009) a la que posteriormente siguieron otras hasta alcanzar la suma de 68.450 euros por socio; total 273.800 euros (cuadro de la página 19/ 130 del informe de calificación). Esto al margen de las sumas que hayan podido pagar los socios y miembros de la Junta directiva (según se acredita el Sr. Felipe , a través de UNIVERSAL ÁLAVA y el Sr. Juan Enrique en menor medida) una vez frustrado el proyecto para el pago de deudas ya generadas por AFYPAIDA (doc. 24 y 25 oposición afectados, f. 2909- 2919).



Se aporta como documento anexo 2 del Informe de Calificación el detalle de todo lo gastado, encabezando la lista, ordenada de mayor a menor importe, DENOKINN con 3.592.204,14 euros, a la que siguen gastos de personal por importe de 2.278.770,08 euros, ETUD IBERICA con 1.447.923,50 euros, BRW con 1.216.030 euros, SAPA 905.897,40 euros, CN 578.500 euros, EPSILON 574.663,50 euros, MASER 570.570 euros, INNOVALAB 550.000 euros, Gonzalo 477.000 euros...

7. 2 . a) Junto a la memoria económica e informe de auditoría, se aportaron memorias descriptivas de la actividad desarrollada en relación con cada una de las dos subvenciones nominativas (anexos 70 y 74 del Informe 75), en las que colaboró DENOKINN como parte de los servicios profesionales contratados. En la Memoria Técnica justificativa de la segunda subvención nominativa, se recogen los siguientes hitos, que se dicen realizados:

WP0: Gestión y Coordinación del proyecto

WP1: Desarrollo del Modelo de Negocio y puesta en marcha del Plan de Marketing WP3: Homologación

WP4: Desarrollo de Sistemas de Gestión de la Movilidad bajo Demanda, Identificación de Usuarios y Tarificación Dinámica

WP5: Desarrollo de Bancos de Ensayo para las Robot-ruedas y el Vehículo WP6: Definición y Lanzamiento de las Líneas de Ensamblaje

WP7: Primera Planta de Ensamblaje, Exposición y Venta

Aunque efectivamente se dicen realizados, en su descripción concreta, vemos que se reconocen retrasos y dificultades en su consecución. Así, en relación al desarrollo y fabricación de los prototipos, se reconoce realizado únicamente lo siguiente:

Una maqueta a escala 1:1 para definir y valorar la ergonomía del vehículo, accesibilidad, posiciones de conducción, mantenimiento,...

Un primer prototipo funcional, integrando los elementos motrices y la electrónica de control sobre el chasis del vehículo, para probar la movilidad.

Un prototipo completo del vehículo, con el aspecto definitivo, sobre el que se han realizado las correspondientes pruebas funcionales, con resultado positivo.

-Se ha procedido al desarrollo de un nuevo modelo de vehículo, el modelo "buggy", para un segmento de mercado concreto.

En relación a la homologación, se afirma que la tarea se encuentra en curso "debido al proceso de reingeniería que ha afectado a alguno de los componentes clave del concepto del vehículo (específicamente, a las robot-ruedas) y a los ensayos funcionales que se están realizando con los prototipos disponibles para garantizar la fiabilidad del vehículo, todo lo cual está provocando un retraso en la obtención de las homologaciones". Se excusa en que teniendo en cuenta el próximo cambio en la normativa de homologación aplicable a este tipo de vehículos, se está trabajando en la adaptación del vehículo para el cumplimiento de la futura normativa. Se reconocen las dificultades que se han encontrado, entre otras cosas, para el cumplimiento con la limitación del peso en 400, y finalmente, en el resumen de actuaciones llevadas a cabo en esta fase de homologación, prácticamente se limita a la petición de alta en el Ministerio de Industria como fabricante de vehículos de HIRIKO DM CARS S.L. (Resolución de Inscripción en el Registro de Firmas de Fabricantes y Representantes de 19-10-12).

Lógicamente no se reduce a la homologación los objetivos a alcanzar en el proyecto HIRIKO y a su justificación se dedica la Memoria Técnica en toda su extensión. Se van describiendo así los hitos marcados y el grado de consecución.

Termina la memoria técnica por señalar que "Se han conseguido plenamente los objetivos tecnológicos del proyecto, habiéndose desarrollado un concepto innovador de vehículo eléctrico, en el que el elemento diferencial es la sustitución de partes mecánicas propias de los vehículos eléctricos presentes en el mercado por desarrollos electrónicos equivalentes". Y aún reconociendo que no se ha conseguido la homologación del vehículo como cuadríciclo pesado, se aventura a pronosticarla para el segundo semestre del 2013. Y añade: "No obstante, el principal hito del proyecto, que es el diseño y fabricación de un prototipo de vehículo eléctrico altamente innovador y el desarrollo de la nueva tecnología necesaria para su materialización se ha conseguido plenamente, habiéndose realizado una primera presentación "oficial" del prototipo el 24 de Enero del 2012, en la sede de la Comisión Europea, en Bruselas, estando presidido el acto por el Presidente Sr. Jose Enrique , que presentó el proyecto como ejemplo de proyecto de amplio alcance en el terreno de la innovación social."



b) Al igual que no se reduce a los prototipos el trabajo y resultado del proyecto, tampoco el inventario de la sociedad se limita a los mismos. El inventario o masa activa es indicador del producto, que no del trabajo, inversión, tiempo y dedicación, que ha llevado a su consecución, y no de los miembros de la Junta Directiva, que son el órgano de administración de la asociación, sino de las ingenierías, industrias, sociedades, profesionales de distintas cualificaciones y de muy diversas áreas que han intervenido en el mismo.

Debe recordarse, puesto que en el Dictamen del MF y alegaciones de la AE se afirma que el resultado de una inversión pública de 15.755.170,87 euros se reduce a los cuatro prototipos que señala (D1, M1, Buggy y City Car), que la AC presentó ya en julio de 2015 el Inventario de bienes y derechos de la concursada, que está a disposición de las partes personadas en la sección 6ª y se aporta como anexo 95 del I. 75 LC, que además es propuesto como prueba documental por el MF, que además de los llamados prototipos, coches, chasis o como se quiera, pues efectivamente ninguno de ellos ha llegado a presentarse siquiera a homologación, ni se ha dicho nunca que estén completos y aptos para circular, existen otros bienes materiales e inmateriales que se señalan en grupos, sub-grupo, cuenta, sub-cuenta, descripción, número de unidades, ubicación, valor de adquisición, valor neto contable, valor de demanda, valor de mercado; cuyo interés o atractivo para el mercado es ciertamente escaso -o nulo- si se consideran de forma aislada, desconectada o desfasada del propio proyecto al que servían y en el que estaban involucrados. Pero es que se trata del concurso de una sociedad cuya actividad se limitó a un proyecto de I+D+i que resultó frustrado.

Así, junto a dos (no una) unidades del llamado City Car, el desarrollado después de la llegada de Gonzalo, aunque con distinto grado de acabado, en su momento situados en SAPA, se incluye en el inventario un prototipo-plataforma de coche electrónico (MIT) M1, sito en un principio en MASER, un prototipo de coche electrónico (MIT) tipo D1 (Fold) que fue el presentado en Bruselas y que se encontraba en SAPA, y finalmente un prototipo de coche electrónico tipo buggy en fase de desarrollo e implementación de electrónica. También un banco o plataforma de ensayos para test y verificación de las roboruedas, banco de ensayos de final de línea o vehículo completo, banco de ensayos de apertura de puertas sito en Tecnalía, banco de ensayos plegado sito en FTP, componentes diversos sitios -en su momento, en MASER y también en SAPA-, patentes nacionales, modelos industriales nacionales, diseño comunitario, marcas denominativas comunitarias, entre otras, softwafe, licencias....entre otros bienes materiales e inmateriales. Bienes que, desde febrero de 2016 se encuentran en el Edificio Alas que sigue siendo el domicilio social de Afypaida, salvo algunos que permanecieron ubicados físicamente en FTP, en TECNALIA y en MASER, y que, al menos los situados en instalaciones de esta última fueron entregados, previo inventario detallado, con fotografías incluidas, y albarán de entrega, a la AC (doc. 58-61 de la oposición de MASER, f. 3549/499- 3549/513 y que dan respuesta al Otrosí I del Dictamen del MF).

Hasta aquí por el momento el relato de hechos, sin perjuicio de retomarlo mas adelante.

CUARTO.- La calificación de un concurso de acreedores como culpable no deriva de una suerte de juicio general sobre si la insolvencia es "culpa" de los administradores. La sanción legal que implica la calificación culpable en el seno de un proceso de ejecución universal deriva de la concurrencia de unos concretos requisitos que deben analizarse con rigor.

La conducta que da lugar a la calificación culpable resulta del art. 164.1 LC : 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 hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el art. 165.2.

Junto a esa cláusula general la Ley Concursal prevé dos tipos de presunciones que facilitan la prueba de los elementos anteriores. Las presunciones iuris et de iure del art. 164.2 y las presunciones iuris tantum del art. 165 LC . El art. 164.2 LC contiene unos supuestos de hecho, un listado de conductas, consideradas por el legislador de suficiente gravedad como para determinar por sí solas, si se acredita su realidad o existencia, la calificación culpable del concurso, es decir, implican presunción de que ha existido una acción u omisión gravemente imprudente o dolosa que ha causado o agravado en relación de causa - efecto la insolvencia. El art. 165 LC contiene también un listado de conductas que determinan la calificación culpable del concurso porque se presume que con ellas concurren los tres elementos de la culpabilidad concursal, pero a diferencia de las presunciones absolutas del 164.2 LC, las relativas del 165 LC admiten prueba en contrario de los demandados, es decir, que pese a concurrir la conducta o supuesto de hecho de la norma, no por ello se ha generado o agravado la insolvencia, no existe relación causal o/y no hay conducta dolosa o gravemente imprudente.



El escalonamiento es imperfecto pues el primer estadio -la cláusula general- es a su vez cláusula de cierre y elemento vertebrador de la insolvencia culpable. Opera solo en defecto de una presunción de culpabilidad pero, al tiempo, contiene los elementos definitorios de la culpabilidad concursal.

Son elementos o presupuestos de la calificación culpable:

Una acción u omisión 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, tanto actuales como pasados pero con el límite temporal de los dos años previos a la declaración de concurso.

Un elemento subjetivo, concretado en el carácter doloso o gravemente culposo de la acción u omisión inicial.

La producción de un resultado que se concreta en la generación o agravación de un estado de insolvencia.

Una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o gravemente culposa y la generación o agravación de la insolvencia.

Ha de tratarse de una conducta llevada a cabo por los miembros del órgano de administración en su condición de tales y por tanto aunque exista coincidencia de sujetos (socios -miembros del órgano de administración) no deben confundirse ambos planos y por ello a la hora de someter a juicio una determinada conducta primero habrá que ver quién la toma, o mejor dicho, en qué ámbito competencial cae la decisión. Cuando el legislador ha querido ampliar la esfera de responsabilidad a los socios, lo ha hecho expresamente al incluir en el listado de sujetos responsables a los socios en el supuesto del art. LC es decir, quienes se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando con ello la consecución de un acuerdo de refinanciación. Fuera de este supuesto concreto, debe diferenciarse claramente las decisiones adoptadas en el ámbito de responsabilidad del órgano de administración.

Por otro lado, el TS ha resuelto y consolidado la interpretación del límite temporal de los dos años previos a la declaración de concurso, que se discutía si era un límite que afectaba solo a la cualidad subjetiva de quienes podían ser declarados afectados o si afectaba también a las conductas, a los hechos, que podían ser objeto de juicio. En primera STS 202/2017, de 29 de marzo, el TS señaló que "(c)onviene 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. 165.5º LC". Es decir, salvo en los supuestos en los que el propio supuesto de hecho de la norma, la conducta contemplada en el mismo, se somete a un plazo o tiempo específico (p.e. salida fraudulenta de bienes y derechos en los dos años previos a la declaración), la declaración de concurso culpable puede provenir de hechos ocurridos en más de dos años atrás. Se acepta con ello el trato discriminatorio que puede producirse cuando juzgándose hechos acaecidos en más de dos años antes de la declaración de concurso, el que entonces fuera administrador -o formara parte del órgano colegiado de administración- haya de dejado de serlo de forma que no podrá afectarle por la culpabilidad si en los dos años previos a la declaración no ha sido parte del órgano.

Reitera doctrina y crea con ello Jurisprudencia, en posteriores SS nº 574 y 575/2017, ambas de 24 de octubre, si bien dejan todas sin resolver otro problema como es el relativo a si cabe extender la responsabilidad a un cómplice -para el que no hay previsión expresa de límite temporal- cuando los miembros del órgano de administración han resultado inmunes por el límite temporal señalado.

El elemento subjetivo, como se ha dicho, exige la concurrencia de dolo o imprudencia grave, todo lo cual debe ponerse en relación con la actuación y diligencia que resulta exigible en el ámbito del Derecho, societario/ concursal, en el que nos movemos.

El dolo exigiría nada menos que una voluntariedad en la causación o agravamiento de la insolvencia. El concepto del dolo en la responsabilidad civil ha evolucionado en la Jurisprudencia; desde entender preciso un propósito consciente e intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones ( STS 15.03.1934 ) ha pasado a una equiparación del dolo civil a la mala fe. El TS pasa (por ejemplo en Stc de 28.01.1944 ) a hablar de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo prevenido, es decir, que viene a acomodar su criterio con el del art. 1107 CC que contrapone la buena fe al dolo, haciendo coincidir éste con la mala fe para cuya existencia no hace falta la voluntad de perjudicar o de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conociendo que con su actividad ejecuta algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico.

En el caso de la imprudencia, que ha de ser grave, el MF trae a colación como parámetro la diligencia de "un buen padre de familia". Habrá de tratarse de error del Ministerio Público pues en el ámbito mercantil el estándar





de diligencia exigible será el de un "ordenado empresario" que es cosa bien distinta. El estándar de diligencia concursal no puede desligarse de los conceptos que se manejan en el ámbito del Derecho de Sociedades, pero teniendo bien presente que en el ámbito concursal la responsabilidad es más restringida; y lo es porque así lo ha querido el legislador.

De entrada, el deber general de "diligencia de un ordenado empresario", recogido en el art. 225 LSC, debe valorarse teniendo en cuenta la discrecionalidad empresarial, cuya protección se contempla expresamente en la LSC actual (art. 226 LSC). Siendo consciente de que no son completamente trasladables al concurso que nos ocupa los parámetros de valoración de las conductas de un órgano de administración de una mercantil con ánimo de lucro en el marco de una actividad empresarial ordinaria, pues tratamos de una asociación sin ánimo de lucro cuyo único objeto real de actividad fue un proyecto de I+D+i subvencionado en su práctica totalidad, no cabe olvidar que mientras que la Ley de Sociedades de Capital fija un estándar abstracto de diligencia (arts. 225 y ss en relación con el art. 236), lo que puede abarcar todos los grados de la imprudencia (a diferencia de la antigua LSA de 1951 que exigía el grado de culpa máximo), la Ley Concursal opta por limitar la responsabilidad concursal a decisiones gravemente imprudentes del órgano de administración (imprudencia grave) y con ello ha de exigirse la infracción más flagrante de las normas de conducta que rigen su actividad específica; culpa grave concebida como el desconocimiento de las normas de cuidado más básicas y que cualquiera en la misma situación habría atendido. En relación a esa antigua regulación de la LSA de 1951 se hablaba por doctrina y Jurisprudencia ( SSTS Sala 1ª, 13.10.1986 y 22.03.2006 ; SAP de Castellón, sección 3ª de 8.10.2010 ) de franquicia de la imprudencia leve, lo que ahora es trasladable al ámbito de la responsabilidad concursal.

Por otro lado, la valoración de la conducta exigible al órgano de administración no puede desconectarse de la actividad concreta de la sociedad y de las circunstancias que concurren en ella, tal como señaló la STS 304/2013 de 24 de mayo , que analizaba la responsabilidad del órgano de administración de la Real Sociedad, en la que reconocía que "estándar de comportamiento exigible al administrador de una sociedad ha de concretarse en función de la actividad de la misma y de las circunstancias en que se encuentre".

Comentando la indicada sentencia, la SJM nº 1 de Alicante, de 22.01.2015 señalaba: "...lo que viene a decir el TS (...) se inserta en la doctrina general según la cual la responsabilidad del administrador es una obligación de medios y no de resultado, puesto que el ejercicio de una actividad mercantil comporta un riesgo que, en las sociedades de capital, es asumido directamente por éstas de manera que el administrador no tiene por qué responder del éxito de su gestión".

Por tanto, la culpabilidad en un concurso no deriva simplemente de "una mala gestión", que tan recurrentemente ha sido invocada por el MF y por la AE. Ni siquiera de una gestión errónea o equivocada o incluso imprudente. Hay que ser bien consciente del grado de negligencia que resulta exigible para sancionar una gestión empresarial en el ámbito de un concurso de acreedores.

Y además, hay que ser consciente de que a la conducta dolosa o gravemente culposa deben añadirse otros presupuestos, como son la causación o agravación de la insolvencia y la relación de causalidad; es decir, hay que alegar y demostrar, que la situación de insolvencia o su agravación se deben directamente a la decisión, acto u omisión -o conjunto de ellos- imputados al órgano de administración. Esa relación directa se puede romper o ver interferida por otras causas o concausas que influyen en el resultado. Es decir, como se verá, el resultado insolvente de AFYPAIDA quizás no se deba a una, varias o al conjunto de decisiones tomadas por el órgano de administración o quizás no solo a ellas; quizás algo tenga que ver la naturaleza de la actividad para la que fue constituida, como era una proyecto de I+D+i, que ahora se dice que era irreal o una ilusión, pero que en su día obtuvo el apoyo de distintas instituciones públicas. Y que fue, así concebido, para lo que se dio el dinero público.

QUINTO.- Tanto la AC como el MF y AE coinciden en calificar el concurso como culpable sobre la base de la solicitud tardía del concurso de acreedores, si bien como se verá con diferencias en cuanto al momento en el que uno y otros sitúan la insolvencia, a lo que se va a dedicar el presente Fundamento Jurídico.

Hechos.

La actividad de la Asociación concursada quedó paralizada, aproximadamente, al término del primer trimestre del año 2013. Como se ha visto, el 31.12.2012 concluyó el plazo -prorrogado ya por dos veces- de la ejecución del proyecto conforme a la autorización del MICINN en resolución de 08.08.2012. Debe tenerse en cuenta que hasta ese momento el proyecto se ejecuta prácticamente en su integridad con fondos procedentes de subvenciones públicas. A partir de ese momento, la asociación precisa de financiación privada si quiere continuar con el proyecto al que había dedicado su única actividad.



A finales de 2012, incluso a fecha 24.04.2013, la evolución del proyecto distaba todavía de haber culminado su fase de I+D+i. Sabemos que bajo la dirección de Gonzalo , a lo largo del año 2012, una vez presentado en Bruselas, en enero de 2012, el prototipo del HIRIKO inicial, el electrónico basado en la idea del MIT, se fue orientando el proyecto hacia un vehículo eléctrico más convencional. Pero tampoco hay constancia alguna en la prueba practicada de la culminación de un prototipo completo de este segundo vehículo (City Car), funcional y preparado al menos para basar una solicitud formal de homologación ante el INTA. Ya hemos visto también cómo en la memoria técnica justificativa de la segunda nominativa, pese a afirmaciones generales luego se reconoce que la culminación del prototipo es una tarea que "se encuentra en curso", apelando a un próximo cambio de normativa aplicable que pudiera variar la situación (anexo 74 del I.75, pág. 23). La AC es interrogada al respecto en la vista y manifiesta que según la información recabada, la documentación analizada -y habrá que añadir la masa activa que halla a la declaración de concurso- el estado del prototipo se encontraba en fase embrionaria, todavía precisaba de desarrollo y para ello se barajaba la necesidad de unos 2 o 3 millones de inversión.

Por tanto, al igual que la actividad de AFYPAIDA no puede desligarse del proyecto HIRIKO para el que se constituyó y en el que trabajó, tampoco las causas de paralización de la actividad y la hibernación de la asociación puede desligarse del estado, evolución y necesidades del proyecto. El proyecto de I+D+i al que se había dedicado en exclusiva la asociación precisaba de dinero del que ya no se disponía.

Varios testigos -trabajadores de AFYPAIDA- han declarado haber estado en el "lunch" de Navidad -de 2012- en el que se les trasladó la necesidad de hallar capital privado para continuar con el proyecto. Sin embargo, sea como fuere, no se produce esa entrada de capital y la tesorería de la asociación se va agotando durante los primeros meses de 2013.

El 24.04.2013 los socios de AFYPAIDA se reúnen en Asamblea General Extraordinaria y acuerdan por unanimidad solicitar la declaración de concurso de acreedores (anexo 76 del IC). Exactamente lo que recoge el acta de la reunión es que Felipe expone los contactos habidos con SAPA desde noviembre de 2012, pero que la entrada de SPA en el proyecto no ha terminado por materializarse. En el punto 2º se tratan las dificultades de pago y listado de facturas vencidas y pendientes de abono, lo que luego no se desarrolla o al menos no se aporta el desarrollo de este punto del orden del día y finalmente se acuerda por unanimidad "solicitar la declaración de concurso voluntario de acreedores el próximo mes de mayo".

En cambio lo presentado no fue la solicitud de declaración de concurso sino una comunicación del art. 5 bis LC , en fecha 26.06.2013, recayendo decreto de fecha 04.07.2013 (anexo 98 IC). La solicitud, tan parca como es habitual en este tipo de comunicaciones, se limita a señalar que "como consecuencia de la grave crisis económica actual, la actividad de AFYPAIDA se ha visto drásticamente reducida" y que ha iniciado negociaciones con sus acreedores principales, citando a SAPA y a BRW, entre otros.

No se vuelve a tener noticias de la asociación en este Juzgado de lo Mercantil hasta febrero de 2015, cuando se presenta el 10.02.2015 en el Servicio Común Procesal General de Registro y Reparto la solicitud de declaración de concurso de acreedores (anexo 8 oposición). Ello responde al acuerdo alcanzado por los socios en Asamblea General, también por unanimidad, el 16.12.2014 (anexo 7 oposición concursada) y se presenta la solicitud el 10.02.2015 en la que se pone de manifiesto ya una insolvencia actual.

Para entonces se acababa de dictar la primera resolución de reintegro por parte del MINECO (de 28.01.2015, anexo 77 IC) y se había comunicado el inicio del procedimiento de reintegro de la segunda nominativa (anexo 83 IC). Escasos días después, el 16.02.2015, se presenta la querrela de la Fiscalía de Álava, que había iniciado Diligencias de Investigación en julio de 2013, por malversación de caudales públicos, falsedad documental, fraude a la Administración, Fraude de Subvenciones públicas, apropiación indebida y blanqueo de capitales contra Felipe , Juan Enrique , Arcadio , Damaso , Teodoro , Juan Ignacio y contra AFYPAIDA (anexo 75 IC). Si bien, bastante antes ya habían tenido los socios y miembros del órgano de administración de AFYPAIDA noticia del cuestionamiento público de las ayudas recibidas para el proyecto y de su gestión empresarial. El Parlamento Vasco aprobó la propuesta de creación de una comisión especial de investigación sobre las ayudas públicas recibidas del GV por las empresas EPSILON e HIRIKO, en febrero de 2014, que culminó con la propuesta de Dictamen publicada en el BOPV el 10.10.2014 (anexo 33 del IC).

¿Qué ocurrió entre abril de 2013 y febrero de 2015? Pues lo que no plantea duda alguna es que se paralizó la actividad de AFYPAIDA inmediatamente, por necesidad, por ausencia de recursos, sí, pero se puso en marcha un ERE extintivo de los 19 contratos de trabajo de la plantilla de AFYPAIDA, y se cesó en la asunción de nuevas deudas derivadas del desarrollo del proyecto HIRIKO que quedó en estado de hibernación. El 15.05.2013 se presenta comunicación al Departamento de empleo del GV (anexo 77 del IC), se desarrolla el periodo de consultas y finalmente AFYPAIDA comunica al GV la decisión empresarial (anexos 78-80 del IC) con efectos a fecha 14.06.2013. Posteriormente se alcanza un acuerdo con 15 trabajadores (16.10.2013, anexo 82 del IC)



por el éstos se comprometen a resolver la impugnación de la extinción de las relaciones laborales promovida en la Jurisdicción social y la asociación asume el compromiso de pago de una indemnización de 33 días por año trabajado.

Arcadio , que no figura en dicho acuerdo, posteriormente -24.05.2014- interpone demanda en reclamación de salarios impagados e indemnización por extinción, recayendo sentencia el 30.10.2014 (doc. 22 oposición afectados). También recayó sentencia en el Juicio Ordinario 511/13 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz, de 04.07.2014 (doc. 21 oposición afectados). Recayeron también resoluciones de reintegro de ayudas públicas, como las del MICINN- MINECO antes referidas, pero también del Gobierno Vasco, programas ETORGAI, IKERTU, PROINTER, con fecha de vencimiento de la deuda de 25.02.2015 (ficha individual del acreedor nº 33 del anexo 102 del I.75, pág. 18 ), sin perjuicio de referencia posterior al origen, vencimiento y devengo de otros créditos reconocidos.

También resulta acreditado que Felipe y Juan Enrique , bien personalmente, bien a través de sociedades por ellos participadas (PROMOCIONES ACHAERANDIO, S.L. f. 2912, UNIVERSAL ARABA S.A f. 2914- 2919) realizaron pagos de deudas de AFYPAIDA desde octubre de 2013 en adelante (doc. 25 contestación de afectados), por un total de 90.133,70 euros, destinados al pago de la indemnización pactada con los trabajadores, DFA, Consultores Urizar y gastos derivados de juicios contra AFYPAIDA).

Artículo 165.1.1º de la Ley Concursal .

Este artículo, que recoge las presunciones iuris tantum de culpabilidad, establece que el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, (1º) hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

La Jurisprudencia evolucionó en su día, de considerar que la presunción abarcaba únicamente la conducta dolosa o culposa, siendo en todo caso necesario acreditar tanto el resultado -generación o agravación de la insolvencia-, como la relación de causalidad, a estimar que la presunción comprendía todos los elementos del tipo básico de la culpabilidad, si bien a diferencia de las presunciones iuris et de iure del art. 164.2 LC , admitía prueba en contrario. La STS de 01.04.2014 señalaba: "No se trata de causas de calificación del concurso como culpable de naturaleza muy diferente, pues 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)". Argumentos que fueron reiterados en SSTs de 03.07.2014 y 01.06.2015 . Incluso el legislador dio carta de naturaleza a esta interpretación jurisprudencial cuando con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, cambia la redacción del primer inciso del art. 165 LC . Si antes decía "(s)e presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando..."; ahora dice "(e)l concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando..."

En la reciente STS de 27.10.2017 (nº 583/17 ), el TS sigue insistiendo en el alcance de la presunción y señala: "A su vez, hemos dicho en las sentencias 492/2015, de 17 de septiembre , y 269/2016, de 22 de abril , que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia."

Pero también trae a colación esta sentencia cuestiones interesantes como los elementos normativos de la disposición legal. Recordando así lo dispuesto en Sentencia del pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015 , en relación a la sanción de cobertura del déficit, dice: «Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable».

(...)

Como dijimos en las sentencias 349/2014, de 3 de julio , y 269/2016, de 22 de abril , el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió



conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el art. 5 LC ; en este caso, el año 2007".

Pero una cosa es si ha existido insolvencia actual y si se ha sobrepasado el plazo para solicitar la declaración de concurso (estadio 1) y después si pese a ello no ha existido agravación de la insolvencia o ésta no es imputable a título de dolo o culpa grave a los administradores (estadio 2) y a quien corresponde probar el qué. A la AC le corresponderá probar lo primero, a las defensas lo segundo.

No debe confundirse el supuesto de hecho del art. 165.1.1º LC , es decir, que concurra en un determinado momento una situación de insolvencia actual y haya transcurrido el plazo contemplado en la ley para solicitar la declaración de concurso, con la posible conducta de los socios tendente a evitar o minimizar el agravamiento de la insolvencia o con la falta de relación entre el pasivo existente a fecha de declaración del concurso y el retraso en la solicitud. Lo segundo no habrá impedido que concurra lo primero, pero quizás tenga efecto liberador de responsabilidad, porque se consiga acreditar que pese al retraso en la solicitud, pese a concurrir el supuesto de hecho del art. 165.1.1º LC , no se ha agravado la insolvencia o/y que si se ha agravado en algo no concurre dolo o culpa grave.

Que los socios hayan podido pagar deudas de la sociedad podrá dar lugar a distintos escenarios. Si lo que se hace es realizar aportaciones en concepto de préstamo, figurando ahora los socios como acreedores, no es indicativo -necesariamente- de haber anulado la insolvencia, ni quizás de haber evitado su agravación. En este caso se podrá haber evitado el perjuicio a los acreedores a quienes se paga, pero la sociedad sigue siendo insolvente, ha sido y sigue siendo incapaz de pagar sus deudas exigibles. Podrá seguir existiendo perjuicio a la masa por el retraso porque por ejemplo no se paguen todas las deudas y/o se sigan generando nuevas deudas o recargos e intereses en las previas existentes. Pero en todo caso debe valorarse la medida en la que se ha agravado la deuda en relación con el tiempo de retraso, con la actividad concreta que lleva a cabo la deudora durante ese tiempo; elementos y circunstancias que a poco que se revise la casuística judicial vemos que se valoran y analizan en cada caso.

Insolvencia concursal y el plazo para solicitar la declaración de concurso.

Establece el art. 5 de la Ley Concursal que "el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia".

El art. 2.2 LC indica que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

La SAP de Oviedo, Sección 1ª, de 20 de junio de 2011, señala que: "... el legislador como señala la doctrina concursalista, ha prescindido de una concepción patrimonial apegada a los criterios contables de desbalance y déficit patrimonial y se opta en su lugar por una concepción funcional en la que lo determinante es la imposibilidad del deudor de cumplir, cualquiera que sea la causa, con las obligaciones exigibles".

El TS en S. 269/16, de 22 abril, recuerda los principales pronunciamientos del alto tribunal en relación a este concepto: "En la sentencia 349/2014, de 3 de julio, dijimos que el deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el artículo 5 LC .

A su vez, en las sentencias 122/2014, de 1 de abril , y 275/2015, de 7 de mayo , esta Sala ha declarado que en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo y la deudora carecer de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación), lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual."

A fin de facilitar la prueba de la insolvencia, el artículo 2.4 LC prevé algunos supuestos reveladores: 1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. 4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases que se consideran singularmente significativas para el legislador: obligaciones tributarias exigibles, cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta y salarios, indemnizaciones y demás retribuciones laborales; en los tres casos durante al menos tres meses.

Pero, ni el presupuesto del concurso es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, ni la determinación de cuándo concurre la





insolvencia depende exclusivamente de la acreditación de uno de los supuestos que establece este precepto 2.4.4ºLC. La SAP Barcelona de 29.04.2016 , enumera a modo de ejemplo: a) A través de la constatación de que concurre alguna de las causas que determinan la presunción de insolvencia del art. 2.4 LC . b) A través de otros parámetros indicativos de la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles. c) El examen de la propia lista de acreedores confeccionada por los órganos del concurso para constatar, a partir de la misma, cuándo se ha producido la imposibilidad continuada de pago.

A su vez, la de 21.05.2013, de la misma Audiencia, indicaba: "Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores; lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, (...) Sin perjuicio, ya se ha dicho de que pueda considerarse como síntoma significativo, incluso casi decisivo, del estado de insolvencia la cesación generalizada en el pago de las obligaciones exigibles lo que evidentemente puede manifestarse también como una consecuencia del estado de insolvencia".

Por tanto, la insolvencia concursal en sentido propio exigiría ( SAP Bar. 29.04.2016 ):

Imposibilidad o incapacidad para cumplir con las obligaciones, aun cuando la voluntad no sea contraria al cumplimiento, como consecuencia de la carencia de recursos económicos con los que hacer frente a las mismas.

Exigibilidad de las obligaciones incumplidas.

Que esa imposibilidad o incapacidad de cumplimiento esté referida a los medios regulares de pago, esto es, a medios usuales en el mercado.

Pero junto a la insolvencia actual (el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, art. 2.2 ) y que hace surgir el deber de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses ( art. 5.1), se encuentra la insolvencia inminente y que consiste en la situación en la que puede hallarse el deudor común que "prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones " ( art. 2.3 LC ). Si la solicitud de concurso la presenta el deudor puede justificar la petición en hallarse en situación de insolvencia actual o inminente. En cambio, la solicitud del acreedor debe orientarse a probar, siquiera con los hechos reveladores a los que alude el art. 2.4 , un estado de insolvencia no meramente inminente sino actual.

Conforme al art. 5 LC hay dos meses para solicitar la declaración de concurso desde que se hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, pero en dicho plazo puede comunicar al Juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley ( art. 5 bis LC ), caso en el que ganará un plazo de tres meses más otro hábil. Dice el art. 5 bis5 LC : "Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, (...) deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya (...) no se encontrara en estado de insolvencia".

De la lectura sistemática y coordinada de los artículos anteriores obtenemos que si bien el deudor puede solicitar la declaración de su concurso o efectuar la comunicación del art. 5 bis cuando se encuentra en situación de insolvencia inminente, solo tiene el deber de hacerlo cuando concurre la situación de insolvencia actual. Por tanto, para determinar infringido el deber que da lugar a la causa de culpabilidad del art. 165.1.1º LC , debemos estar al momento en el que existe insolvencia no meramente inminente sino actual.

Tesis del MF y AE

Sirva lo anterior para descartar la tesis defendida por el MF, asumiendo en bloque la de la AE, consistente en estimar que AFYPAIDA "debió conocer su estado de insolvencia (...) no cuando se había descapitalizado por completo la asociación -a finales de 2012- sino cuando AFYPAIDA, por actos propios y de quienes coadyuvaron a ello, se apartó de las condiciones a que se había supeditado la percepción de los fondos públicos concedidos por el Gobierno Central". Se acude a lo que denomina concepto material de insolvencia, que estima aplicable aún cuando no concorra una situación de insolvencia concursal.

Las sentencias que se citan en apoyo de esta tesis ( SAP Alicante, num. 499/2012, de 4 de diciembre , SAP de Madrid, núm 279/2008, de 18 de noviembre y SAP Valladolid, núm398/2011, de 21 de noviembre ) al margen de que en ningún momento excluyan la aplicabilidad del concepto "concursal" de insolvencia, parten de una base fáctica que nada tiene que ver con la que tratamos en nuestro caso. En la primera, la concursada venía teniendo fondos propios negativos desde 2005 y se reconocía la imposibilidad de pago a los proveedores -incapacidad de pago de deudas exigibles- desde 2008, mientras el concurso se presenta en 2010; en la segunda, se parte de la existencia de deudas vencidas que no pueden atenderse; en la tercera, a las pérdidas cualificadas se añade



un fondo de maniobra negativo y la irrecuperabilidad de cantidades importantes por préstamos concedidos a una filial.

Por tanto, en sede de calificación solo podemos hablar de insolvencia en sentido concursal, y ésta viene definida en el art. 2.2 y por tanto, ha de tratarse de una insolvencia actual, ni siquiera la insolvencia inminente da lugar a la obligación del art. 5 LC. Insolvencia actual que precisa que existan obligaciones vencidas y exigibles que no pueden atenderse con los recursos ordinarios de la sociedad.

Es incorrecto prescindir a la hora de determinar cuándo devino insolvente AFYPAIDA de la capacidad que la misma tuviera en cada momento para atender los pagos de deuda vencida y exigible, con independencia de que los fondos procedieran de subvenciones o no. Pero además resulta conceptualmente imposible el planteamiento del MF y AE porque si parten de considerar que la misma constitución de AFYPAIDA tuvo como objetivo succionar fondos públicos bajo la apariencia de desarrollar un proyecto de I+D+i, y entienden que la insolvencia se produce desde que la asociación y sus cómplices se apartan de las condiciones a las que se habían supeditado las subvenciones, tendríamos que concluir que era insolvente desde su misma constitución.

No escapa a nadie que tal planteamiento busca la vía para la recuperación de los fondos públicos concedidos a la asociación, pues si se asumiera esa tesis no sorprendería que se hubiera razonado -aunque no se hace- que el perjuicio ocasionado por el retraso en la solicitud del concurso comprende, si no las dos, por lo menos la segunda nominativa. De esta forma extender la obligación de devolución, vía resarcimiento del daño, vía cobertura del déficit, al patrimonio personal de los afectados por la calificación, permite tener alguna posibilidad de recuperación de los fondos públicos, lo que no sucederá con las resoluciones de reintegro dirigidas contra una sociedad insolvente. Y la tesis de la Abogacía del Estado, que representa al MINECO en esta pieza, la asume sin crítica el MF.

Pero tal cosa no será posible sostenerla si se acaba por entender que la insolvencia concursal no viene determinada por el hecho de carecer de patrimonio y fondos de determinada procedencia -inversión privada y no pública-; nada tiene que ver la insolvencia con el hecho de que el proyecto se financiara con fondos públicos que por la circunstancia que sea en el futuro se van a declarar reintegrables por los organismos que lo dieron. La insolvencia habrá de situarla en el momento en el que se "ahoga" la asociación, sin posibilidad de atender el pago de obligaciones exigibles con sus recursos. Y sus recursos también -o casi exclusivamente- eran los procedentes de subvenciones públicas.

Insolvencia real a 24.04.2013 no superada tras la comunicación del art. 5 bis.

El 24.04.2013 la Asamblea General de AFYPAIDA acordó solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, se presenta comunicación del art. 5 bis LC que tiene entrada en este Juzgado el 26.06.2013. Fue el 09.02.2015 cuando se presenta la solicitud de declaración de concurso de acreedores. Por tanto, es incuestionable que desde el 26.06.2013 al 09.02.2015 ha transcurrido con creces el plazo del art. 5 bis 5LC y que según calcula esta juzgadora terminó el 5 de noviembre de 2013 en el mejor de los casos para la concursada, es decir, considerando la presentación de la comunicación el 21.06.2013 en el Servicio Común y la festividad del 25 de octubre de dicho año, computando tres meses naturales y un mes hábil más.

Ahora resulta que se mantiene en las contestaciones de AFYPAIDA de los cuatro afectados que no había insolvencia actual sino inminente, tanto el 24 de abril, como al término del plazo del 5 bis y que esa mera inminencia se mantuvo exactamente hasta los dos meses previos a la solicitud de concurso, definitivamente acordada en la Asamblea de 16.12.2014.

Debe reconocerse a la concursada que ni en el acta, ni en la comunicación del art. 5 bis LC existe reconocimiento expreso de concurrir una situación de insolvencia actual y no meramente inminente. Pero no pasa desapercibido que en el acta de la Junta de 24.04.2013, en el punto 2º del orden del día se indica que se van a tratar "las dificultades de pago y listado de facturas vencidas y pendientes de abono". Nada más recoge el acta aportada y no se ha aportado tampoco el documento o listado de facturas expuestas a los miembros de la Junta.

Sin embargo, a la luz de la prueba practicada, y entre ella también a instancia de la propia AFYPAIDA, ninguna duda cabe de que en fechas próximas al 24.04.2013 la asociación se encontró en situación de insolvencia real, efectiva, actual, con deudas vencidas y exigibles que no podía atender con sus recursos y además, que no volvió a recuperar la capacidad de hacerlo, manteniéndose la situación de pasivos vencidos y exigibles impagados -aunque algunos desaparecieran, aparecieran otros y en algún caso cambiara por pago de tercero el sujeto acreedor-. Porque en este momento es eso lo que interesa fijar, si hubo insolvencia actual y si ésta se llegó a revertir en el plazo que da el art. 5 bis 5 LC. Pertenece a un estadio posterior del razonamiento determinar si por pagos de terceros, por contabilización posterior de deudas preexistentes u otras circunstancias que se alegan se agravó o no la insolvencia.



Pero debe aclararse, antes del análisis, que se fija exactamente la fecha del 24.04.2013, coincidente con la de la Asamblea General, por concretar una fecha con la que comparar los estados contables y porque a partir de ese día exacto los miembros del órgano de administración, a su vez socios presentes en la Asamblea General, no podían ignorar el estado financiero de la asociación y las deudas exigibles, cuando precisamente trataron "las dificultades de pago y listado de facturas vencidas y pendientes de abono", y aunque se haya sustraído el contenido de lo que se trató en este punto, el acuerdo alcanzado fue "solicitar la declaración de concurso el mes de mayo", es decir, sin esperar siquiera al plazo de dos meses que les daba el art. 5 LC. Pero en todo caso, debe recordarse que la jurisprudencia ( STS 27.10.2017 , recordando las previas de 03.07.2014 y 22.04.2016 ) señala que no es preciso que se referencie un día exacto, bastando con que pueda situarse la insolvencia en un momento claramente anterior al plazo del art. 5 LC .

En primer lugar, la AC, que ha tenido total acceso a los estados contables de la asociación en las distintas fechas, recoge en las páginas 119 y 120 de su IC un cuadro con los saldos existentes a fecha 24.04.2013, exactamente al comenzar el día 24 de abril, es decir, a las 00:00 horas. Son saldos correspondientes a deudas vencidas y exigibles en dicho momento y así resulta confirmado por el propio perito de AFYPAIDA en la vista. El informe pericial aportado por AFYPAIDA realizado por Jaime , economista y consultor de BETEAN AUDITORIA S.L.P. (Tomo VII, folios 3896 y ss), dedica el apartado (extremo) 1 a analizar la comparativa de saldos que efectúa la AC entre el 24.04.2013 y el 30.07.2015 (aclarar en la vista que se refiere al 25.02.2015, día de declaración de concurso y no a la fecha de presentación del I.75), pero lo cierto es que ninguna objeción hace a que los saldos acreedores que refleja la contabilidad a 24.04.2013 sean los que indica la AC. Únicamente hay una salvedad, una diferencia entre los 1.507.496,20 euros que tiene en cuenta la AC y los 1.521.412,41 euros que refleja la contabilidad a fecha 24.04.2013. La diferencia se debe a una factura por importe de 13.916,21 euros que se contabiliza el mismo día 24.04.2013 y que como explica en la vista la AC no ha tenido en cuenta como saldo existente a fecha 24.04.2013 porque tiene en cuenta el estado contable a las 00:00 horas del día 24.03.2013. Pero salvo este punto coinciden perito y cuasi-perito en el saldo deudor que resulta de la propia contabilidad de la asociación. Y además, en la vista se le pregunta al Sr. Jaime si sabe que ese cuadro se corresponde con deuda líquida, vencida y exigible, y responde que sí.

Se le pregunta también si conoce que esos saldos seguían estando ahí en octubre de 2013 y en febrero de 2015, y también responde que sí, aunque matiza -sin relevancia a estos efectos- que algunos saldos dice que desaparecieron -porque se pagaron por los socios- pero que cree que sí, algunos al menos, se mantuvieron.

En segundo lugar, la existencia de estas deudas exigibles a fecha 24.04.13 debe ponerse en relación con la capacidad de pago de AFYPAIDA para determinar si estaba imposibilitada o no para atenderlas de modo regular. Así, vemos en el cuadro resumen que se incluye en la pág. 112 /130, la evolución de los saldos en caja o bancos, resultando significativa la drástica reducción a partir de marzo de 2013 y desde luego a partir de junio, con lo que a falta de recursos procedentes de una actividad productiva o industrial que sabemos no tenía AFYPAIDA, se da muestra de la nula capacidad de AFYPAIDA de atender los pagos.

En tercer lugar, muestra de la incapacidad de pago son también los embargos de saldos bancarios trabados en fechas inmediatamente posteriores; el 14.10.2013 en la cuenta del BBVA, el 06.05.2014 en la cuenta de Banesto y el 01.09.2014 en la cuenta de Caja Laboral. Los importes que indica fueron objeto de embargo, ciertamente no se han de corresponder con la deuda efectiva que se mantenía con los distintos embargantes, pues no escapa que el embargo acordado por la AEAT por importe de 900,35 euros o el acordado a instancia del GV por importe de 12,48 euros no corresponde a la deuda que luego se les reconoce en el concurso a estos acreedores; mas bien tales cantidades serán lo que fue posible embargar por limitarse a dicha cifra el saldo existente en la cuenta (por ejemplo el GV es acreedor reconocido en el concurso por un importe de 36.532,46 euros, anexo 101 del I.75). Pero en todo caso, lo que pone de manifiesto la existencia de embargos es que en fechas anteriores AFYPAIDA no estaba atendiendo de forma voluntaria y en plazo la deuda vencida.

En cuarto lugar, tampoco cabe despreciar el valor de las propias manifestaciones de la concursada. En la memoria presentada con la solicitud de concurso, se reconoce imposibilitada, a partir de 2013, para el cumplimiento de sus obligaciones con terceros como ETUD IBERICA S.L, ABGAM, S.A. y FUNDACIÓN TECNALIA RESEARCH & INNOVATION, quienes habían iniciado acciones judiciales contra AFYPAIDA; y en el periodo de negociación del ERE extintivo que inicia en junio de 2013, vemos manifestaciones de la concursada como la imposibilidad de proponer una mejora de la indemnización de 20 días ante la falta de liquidez y su negativa situación económica (reunión de 23.05.2013, anexo 78 del IC); o que "no existe negativa al pago - en relación a la indemnización por extinción habrá que suponer-, sino imposibilidad del mismo", en acta de reunión de fecha 28.05.2013).

En quinto y último lugar, la propia existencia de un pasivo superior el 25.02.2015 es indicativo de que la incapacidad de pago que se puso en evidencia en fechas próximas a abril de 2014 no era meramente coyuntural, ni transitoria, ni llegó a superarse, pues nunca ha recuperado la concursada su capacidad de hacer



frente a sus obligaciones exigibles. Es mas, el hecho de que hayan tenido que ser terceros quienes hayan querido pagar determinadas deudas por cuenta de la sociedad, es indicativo de la falta de capacidad de asociación de asumirlas. Vemos así en el cuadro comparativo que se recoge en el informe del Sr. Jaime (folios 3902, 3.903) que hay pasivos que existiendo a 24.04.2013, se mantienen -aumentándose unos, reduciéndose otros- a fecha de declaración de concurso (PONS CONSULTORES PROP. INDUSTRIAL, S.A, VIAJES ARABA S.L, TELEFÓNICA S.A.U, ALMACENES CAYPE, S.A, ETUD IBÉRICA S.L., ABGAM, S.A., SERVIRREINER S.L, PRAXAIR ESPAÑA...), otros saldos aparecen después del 24.04.2013 (ADIGEST, DE LAGE LANDE, URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, HIRICO CARS, FOGASA, KUTXABANK...), otros desaparecen (H.P. RETENCIONES TRABAJADORES Y RETENCIONES PROFESIONALES, PTMO HIRIKKO INFRASTRUCTURES, PTMO HIRIKO SERVICES...) En total, son menos los que desaparecen que los que se mantienen y los que se contabilizan.

Retraso en la solicitud de declaración de concurso.

Sentado que existió insolvencia real y efectiva en fechas próximas al 24.04.2013, pero que a partir de esta fecha los miembros del órgano de administración no pudieron ignorarla y que no se superó en el plazo del art. 5 bis LC, resulta incuestionable que existió un retraso en la solicitud de concurso, exactamente del 5.11.2013 -fecha que finalizaba el plazo del 5 bis 5 LC - al 09.02.2015 -fecha presentación de la solicitud de concurso- y por tanto 15 meses de retraso.

Desde luego no se comparte que transcurrido el plazo del art. 5 bis LC tenga el deudor nuevamente el plazo de dos meses del art. 5 LC. En situación de insolvencia actual el deudor debe y en insolvencia inminente puede presentar comunicación del art. 5 bis LC o no hacerlo y acudir directamente a la petición de concurso. Pero si lo hace, se habrá de someter al plazo del art. 5 bis 5 LC y a la obligación de presentar solicitud de concurso, "haya o no alcanzado el acuerdo de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones para el convenio anticipado" -dice incluso el precepto-, a menos que "ya no se encuentre en situación de insolvencia", cosa que no ocurre en este caso.

Tampoco se comparte que finalizando el plazo del 5 bis LC el 05.11.2013 sea esta la fecha a considerar para determinar si se agravó o no la insolvencia con respecto a la fecha de solicitud de concurso y cálculo del perjuicio ocasionado con ello. Es el criterio seguido por otros Juzgados (como el JM nº 1 de Oviedo en Sentencia de 21.03.2016 que cita la previa de 29.12.14 y la de la AP Burgos, sección 3ª de 16.04.2016), pero no se comparte. La insolvencia concurre en un determinado momento que hace surgir el deber de solicitar la declaración de concurso. Otra cosa es que conforme al art. 5 LC se disponga de un plazo para hacerlo, plazo que se ve ampliado en el art. 5 bis LC. Si se efectúa la solicitud de concurso dentro del "paraguas" del plazo que da el precepto legal, la agravación de la insolvencia o incremento del pasivo no será sancionable o reprochable. Al transcurso del plazo legal -05.11.2013 en nuestro caso- habrá que ver si la sociedad seguía en situación de insolvencia y por ejemplo en nuestro caso si existía base real para contar con inversión privada que permitiera continuar con el proyecto. Pero si se sobrepasa el plazo, sigue existiendo insolvencia y no hay circunstancia alguna que justifique cumplidamente la no solicitud, la fecha a considerar para comparar el pasivo existente será aquel en el que concurrió el estado de insolvencia, el 24.04.2013.

No hay agravación de la insolvencia imputable al retraso en la solicitud de concurso.

Tanto la concursada como los cuatro afectados por la calificación se esfuerzan en acreditar (i) contactos y negociaciones con posibles inversores que hacían presagiar la entrada de capital privado que permitiera superar la situación y continuar con el proyecto; (ii) que si ha existido algún incremento del pasivo entre el 24.04.2013 y el 25.02.2015 ello no trae causa del retraso en la solicitud de concurso, es decir que aunque se hubiera solicitado la declaración de concurso al término del plazo o paraguas legal se habría producido igualmente el pasivo o su incremento; y quizás tratando de rebatir el dolo y culpa grave el pago por parte de algunos de los socios de deudas sociales.

No había expectativas razonables de inversión privada

Por lo que respecta a las conversaciones y negociaciones habidas para conseguir un inversor privado que permitiera la continuación del proyecto, no se ha demostrado nada en concreto; o mas bien una vía razonablemente sólida para confiar, a partir del 05.11.2013, en inyección de capital privado suficiente para superar la insolvencia y además continuar con el proyecto HIRIKO. A fecha 5 de noviembre porque precisamente la comunicación del 5 bis LC es lo que les da a los socios, un tiempo para hallar esta vía. Si al término del plazo no lo han conseguido, la no presentación del concurso tiene que buscar, de tenerla, otra justificación válida.

Muchos de los esfuerzos que se relatan datan de fechas bastante anteriores, incluso al 24 de abril de 2014. Así, los cuatro afectados hablan de contactos realizados junto con Gonzalo a lo largo del 2012 para dar un giro al proyecto, que llevó por ejemplo entre otras cosas a suscribir un contrato de arrendamiento de obra con





SAPA el 10.09.2012 y que tenía por objeto la ejecución de unos prototipos de "Power Train" (doc. 15 oposición afectados y anexo 51 del I75) en el marco del nuevo modelo de vehículo City Car, o incluso a intercambiar un borrador de préstamo por correo electrónico de 13.03.2013 (doc. 17). Pero la existencia de contratos de ejecución de obra, de encargos, de arrendamientos de servicios, no es base para una esperanza razonable o expectativa de continuidad del proyecto si no se obtiene capital privado que era lo que se precisaba. Y los avances en esta dirección no pasan de meros contactos o tanteos.

Se ha hablado por testigos como Carmen o como Luis Antonio de distintos contactos. Pero por ejemplo la primera se refiere a preparación de documentación para una presentación del proyecto a una empresa iraní y que sitúa en el correo electrónico que le envía Carlos Miguel en fecha 13.05.2013 (folio 2762 y ss en conjunto documental 20 de los afectados) o en correo de Gonzalo de 23.05.2013 (folio 2816), donde se dice que se ha entregado la oferta para el embajador y el contacto continúa "muy interesado". El segundo, el Sr. Luis Antonio, cuenta haber participado en una reunión con directivos de SAPA en abril de 2013, pero que luego todo se fue al garete, lo que no es incompatible con la declaración del Sr. Abilio que niega la existencia de oferta alguna para la continuación por su parte del proyecto; niega incluso conocer el borrador de préstamo que se adjunta al correo electrónico al folio 2238 de las actuaciones; luego a preguntas de su letrado matiza que si bien hubo un planteamiento inicial, se descartó la idea enseguida. En cualquier caso, el Sr. Luis Antonio habla de contactos en abril de 2013. Baste ver el cuadro resumen de comunicaciones e intercambio de correos que se aporta a modo de resumen del conjunto documental nº 20 de los afectados por la calificación (f. 2494) para advertir que tratamos de meros contactos de fecha además bastante anterior a noviembre de 2013.

El testigo Leonardo Director Gnral del SPRI ha declarado recordar que hubo tratos y conversaciones mediadas por el SPRI entre algún miembro de AFYPAIDA y SAPA o MASER, pero no llega a confirmar ninguna propuesta en concreto. Se le exhibe el correo electrónico de fecha 10.11.2014 (doc. 20 oposición afectados, f. 2864) pero por mas que confirme haber podido recibir el correo (aariola(a)spri.es) de su texto no se infiere ningún acuerdo o compromiso de nadie.

Por tanto, en general lo que tenemos son esfuerzos acreditados en los primeros meses de 2013, pero ninguna base sólida para tener una expectativa razonable de entrada de un inversor, y menos a partir de noviembre de 2013. Ni que decir tiene que documentos aportados como cartas de intenciones de distintos posibles y futuros clientes (Ayuntamientos, empresa pública de Alemania....) justifiquen en absoluto la no presentación del concurso. Se comprende la lógica de quienes afirman -entre ellos los socios de AFYPAIDA- que sabían que con la presentación de la solicitud de concurso se esfumaría definitiva e irreversiblemente toda posibilidad de revivir el proyecto, pero precisamente porque se arriesgaron estamos en este trance.

No hubo agravación de la insolvencia debido al retraso en la solicitud.

Sin embargo analizando la lista detallada de acreedores (anexo 102 del I.75) el origen y vencimiento de los créditos allí reconocidos, esta juzgadora llega a la conclusión de que el incremento del pasivo que pudo producirse en su gran mayoría no trae causa del retraso.

Se comenzará descartando el argumento de que el simple transcurso del tiempo perjudica el valor de activos inmateriales y materiales, porque siendo en abstracto la afirmación cierta, no es realista pensar que de haberse presentado la solicitud de concurso en plazo en sede concursal hubiera podido aparecer un interesado en comprar nada que no se podría haber comprado sin solicitud de concurso.

La AC detalla el pasivo exigible a fecha 24.04.2013, que suma 1.507.496,20 euros (pág. 119 del IC). A fecha de declaración de concurso el pasivo arrojaba la cifra de 18.905.198,67 euros incluyendo créditos contra la masa; sin éstos 18.876.491,25 euros (lista abreviada de acreedores, anexo 101 del I. 75). De esta cantidad, 17.200.091,47 euros es deuda correspondiente a los reintegros acordados por el MINECO. La AC excluye para el cálculo del incremento del pasivo la deuda con el MINECO porque entiende que no trae causa del retraso en la solicitud de concurso, es decir, presentada la solicitud antes, después o no presentada, en nada habría influido en la decisión tomada por la Administración Central del Estado. De ahí que en la comparativa de los saldos, 1.507.496,20 euros a 24.04.2013 y 1.705.107,20 euros (18.905.198,67 menos 17.200.091,47 euros) obtenga una diferencia de 197.611 euros, cantidad en la que estima puede cifrarse el perjuicio ocasionado por el retraso en la solicitud de concurso.

De entrada ya resulta extremadamente llamativo que en el concurso de una sociedad que llega al concurso con un pasivo de mas de 18 millones de euros, y con un retraso en la solicitud de concurso de 15 meses, tan solo pueda determinarse un incremento del pasivo de 197.611 euros. Y lo llamativo del dato debe hacernos indagar.

La concursada presenta un informe pericial confeccionado por el perito de BETEAN AUDITORÍA S.L.P. (f. 3894 y ss), con el que, entre otros extremos, pretende poner de manifiesto que si hubo incremento de la masa pasiva no fue consecuencia del retraso en la presentación del concurso.



No desconoce la juzgadora el criterio que con carácter general se emplea en este y otros juzgados, válido por regla general, para determinar el incremento del pasivo, del perjuicio, del agravamiento de la insolvencia que se produce en casos de retraso en la solicitud de declaración de concurso. Es el que escrupulosamente sigue la AC. Y ciertamente percibe la AC que puede existir otro método de cálculo que habría de adoptarse con todas sus consecuencias. Es decir, podemos optar por un método comparativo sencillo, seguro y constatable fácilmente partiendo de los estados contables de la concursada, consistente en comparar el pasivo vencido y exigible a fecha de declaración de concurso y el contabilizado en la fecha en la que estimamos que no pudo ignorarse la insolvencia (en nuestro caso, a las 00:00 horas del día 24.04.2013 y las 00:00 horas del 25.02.2015). O podemos optar por un método mucho más complejo e inusual consistente en desgranar cada deuda, cada posición de pasivo, cada partida, para determinar la deuda exacta imputable al período comprendido entre el 24.04.2013 y el 25.02.2015. Así por ejemplo, en el caso de salarios, el crédito devengado a cada fecha exacta, la parte prorrateada de la paga extra anual; en otros créditos por ejemplo la parte prorrateada correspondiente a suministros periódicos, si se trata de pagos anticipados de prestaciones no vencidas, si es deuda devengada y vencida pero que se contabiliza más tarde.....etc. Y cierto que un examen riguroso exigiría contar, según en qué casos, con una visión global de las partidas del pasivo y del activo. Así por ejemplo, tal y como explica el AC en su interrogatorio, en el método comparativo empleado por la AC, se tiene en cuenta tanto el aumento como la reducción del pasivo que se produce entre las fechas señaladas. Si consideramos el cuadro que recoge la evolución del saldo del préstamo del BBVA (pág. 98 del IC), los últimos seis apuntes realizados el 01.05.2013 reducen el saldo por compensación con sociedades como SAINSA, UNIVERSAL ARABA, PROM. EMPR. GASTEIZ, HIRIKO INFRAST e HIRIKO SERVICES. En el método empleado por la AC esos importes se encontraban en el pasivo a fecha 24.04.2013, como parte del saldo del préstamo y no en fecha 25.02.2015, con lo que se ve reducido el pasivo. Pero también declara el Sr. Edemiro que esas compensaciones se producen contra el crédito que AFYPAIDA tenía frente a CIRCUITO DEL NORTE, es decir, en la misma medida que se reduce el pasivo, lo hace el activo. De ahí que, y es lo que parece se trataba de hacer ver al perito Sr. Jaime en el interrogatorio que le dirige la AC, extraer una partida concreta del pasivo sin analizar el conjunto de partidas, puede resultar manipulador; en el ejemplo puesto si quitamos -restamos- las partidas que reducen el préstamo del BBVA sin considerar que esas compensaciones que disminuyen el pasivo se hacen contra derechos de crédito que tiene la concursada, es decir, reducen también el activo, estamos reduciendo artificialmente el pasivo. Pero la explicación siendo válida, no afecta a nuestra comparativa.

En realidad aunque haya puntos con los que discrepo del informe pericial de BETEAN, el perito no está planteando otro método de cálculo. Parte de los saldos existentes a 24.04.2013 y a 25.02.2015, al igual que la AC, pero hace notar la existencia de deuda en 2015 que también se habría producido con independencia de que se hubiera presentado el concurso a tiempo. Y en esta parte el perito tiene razón. Baste ver que la AC asume sin problema ese planteamiento con el crédito del MINECO. Si vamos a la lista de acreedores reconocida en el I.75 (anexos 101 lista abreviada y 102 lista detallada) encontramos por ejemplo, en el nº 33 al Gobierno Vasco, con un crédito reconocido de 36.531,46 euros por resoluciones de reintegro de subvenciones de los programas ETORGAI, IKERTU y PROINTER, con vencimiento el 25.02.2015. A este crédito sería aplicable el mismo argumento que al del MINECO, es decir, que su devengo no guarda relación con que el concurso se haya presentado en febrero de 2015 o se hubiera presentado en noviembre de 2013.

Si continuamos el análisis del listado de acreedores, vemos el reflejo de haberse paralizado la actividad en el primer/segundo trimestre de 2013 y la pronta tramitación del ERE extintivo. Los 18 acreedores laborales, quitando a Gonzalo , lo que tienen reconocido es deuda por salarios devengados entre marzo de 2013 a junio de 2013 (fecha de efectos del ERE). El FOGASA tiene reconocido un crédito de 68.978,76 euros por subrogación debido al pago de salarios también desde marzo a junio de 2013. No hay crédito procedente de las indemnizaciones por despido, que como hemos visto se acordaron finalmente en 33 días de salario por año (acuerdo de pago suscrito en octubre de 2013) y que, todo indica, fueron satisfechas con aportaciones de los socios y parte con cantidades pagadas por BRW. Se justifican documentalmente pagos realizados por los socios o empresas a ellos vinculadas en el último trimestre de 2013 y en el año 2014 (doc. 25 oposición afectados, f. 2911 y ss); vamos al listado de acreedores y vemos que el Sr. Felipe tiene reconocido un crédito por importe de 46.756,15 y el Sr. Juan Enrique de 23.378,07 euros; y en el balance de sumas y saldos que presenta la concursada (doc. 36 de su oposición) vemos que el importe total reconocido es que el procede de aportaciones realizadas tras el 24.04.2013. Por otro lado, en el crédito reconocido a BRW (acreedor nº 14) vemos el reflejo de las cantidades aportadas en concepto de préstamo a AFYPAIDA para el pago del finiquito de tres trabajadores. En lo que respecta a Gonzalo (acreedor nº 20), el detalle del crédito indica que la contabilidad reflejaba un crédito de 54.000 euros (dos meses de salario a razón de 27.000 euros al mes) y que sin embargo comunicó crédito por salarios hasta julio de 2013 incluido, lo que a razón de los 27.000 euros mensuales incrementó la deuda hasta 108.000 euros. La deuda con la TGSS (total 25.246,14 euros) también se limita a las cuotas (y recargos) de los meses de marzo a junio de 2013.



Hay puntos en los que discrepo con el parecer del perito de la concursada. Así por ejemplo no se comparte que haya de excluirse el crédito reconocido a los socios por aportaciones realizadas en forma de préstamos, por mas que sean aportaciones de personas vinculadas, crédito subordinado y haya ido dirigido a pagar crédito laboral. Pero debe reconocerse que pese al retraso en la solicitud de concurso se hizo una labor de contención del pasivo. Puede que se pagara el crédito mas llamativo, que se sustituyera para ello unos acreedores por otros, y con ello no se elimina el pasivo, pero ajustándonos al supuesto de hecho de la culpabilidad, no puede dejar de reconocerse que se sometió a la asociación a un estado de hibernación, se paralizó la actividad, se dejó de asumir nueva deuda y se redujo el impacto perjudicial a terceros.

Puede verse en el cuadro que incluye el informe pericial en sus páginas 7 y 8 (f. 3902 y 3903 ) la comparativa entre el saldo existente a 24.04.2013 y a 25.02.2015 (en la vista el perito aclara que la referencia a 30.07.2015 es un error). Son muy escasos los créditos que surgen entre las dos fechas. No se trata de que para determinar si hubo o no incremento del pasivo solo importe si hay nuevas deudas, pero sí es relevante que el escaso incremento no se deba al retraso en la solicitud del concurso, es decir, que de igual modo se hubiera producido de haberse solicitado el concurso en noviembre de 2013.

Por ejemplo, la deuda con ETUD IBÉRICA se incrementa de 125.792,72 euros a 170.779,04 euros, pero se debe a que recayó sentencia de fecha 04.07.2014 (doc. 21 oposición afectados) que implicó el reconocimiento de una factura que AFYPAIDA rechazaba hasta entonces, pero procedente de la relación jurídica previa. Ejemplo es también la factura por importe 13.916,21 euros que al contabilizarse el mismo 24.04.2013, incrementa el pasivo que tiene en cuenta el perito de BETEAN a esta fecha y que en cambio la AC incluye en el incremento de deuda. Será correcto contar con el saldo que arrojan los estados contables a las 00:00 horas del día inicial del cómputo, pero el supuesto es claro ejemplo de que ya se solicitara el concurso en plazo, en noviembre de 2013, ya fuera de plazo, en febrero de 2015, la evolución del pasivo no habría sido distinta.

Si ponemos en relación los saldos que aparecen o se incrementan de forma mínimamente considerable, tal como aparecen en este cuadro, con el detalle del crédito en el anexo 102 del I .75 la conclusión es la misma. Así, el crédito que surge a favor de ADIGEST por importe de 9.301,27 euros, en el listado de acreedores figura el reconocimiento en base a contabilidad -crédito no insinuado por el acreedor- con base en factura de fecha 02.12.2013, pero sabemos que ADIGEST era la empresa encargada de la tramitación de las subvenciones y por tanto no es deuda contraída después de noviembre de 2013. En el grupo acreedores varios, se incluye el GV, que como hemos visto incrementa su crédito debido a las resoluciones de reintegro de subvenciones. Surge también un crédito por importe de 79.789,98 euros a favor de HIRIKO CARS, pero en el detalle del crédito en el anexo 102 (acreedor nº 37) vemos que se debe a "refacturación de productos y servicios del primer semestre de 2013".

Conclusión.

Es peculiar el caso porque a pesar del abultado pasivo, a pesar de las cifras de lo gastado y a pesar de un retraso de 15 meses en la solicitud de concurso, lo cierto es que toda la actividad de AFYPAIDA quedó paralizada y el gasto contenido en los meses en los que estuvo amparada por el paraguas del art. 5 bis LC y que alcanzaba hasta noviembre de 2013. Terminado el plazo, seguía en situación de insolvencia y por ello hay retraso en la solicitud, pero la concursada prueba eficazmente que pese a ello no hubo agravación de la insolvencia, al menos no en una medida que hubiera podido evitar presentando la solicitud de concurso en noviembre de 2013.

El supuesto de hecho es diferente al asunto SPANAIR que traen a colación las defensas. En aquel caso ( Stc JM nº 10 16.09.2014 y SAP Barcelona de 29.04.2016 ) se trataba de un retraso de tan solo cinco meses y se partía del hecho probado de efectivas negociaciones abiertas, pero se daba la circunstancia de haber seguido la compañía operando en el tráfico jurídico, vendiendo billetes y generando acreedores perjudicados; cosa que no ocurre en nuestro caso. Pese a ello, en aquel caso, la AP no estimó la culpabilidad del concurso por el retraso.

Tenemos otros ejemplos. Por citar algunos, el JM nº 1 de Oviedo, en S. de 21.03.2016, también estima, pese al retraso en la solicitud, inexistencia de motivo para reproche concursal por cuanto se opta " por una acusada política de reducción de gastos, con ERES suspensivos sucesivos y minorando su propia retribución (...) , política de reducción que fue acompañada con el compromiso de su patrimonio personal".

También en el JM nº 10 de Barcelona la S. de 03.02.2016, excluye el reproche concursal en el supuesto que analiza, aún con un incremento del pasivo de un 36,07% porque, entre otros motivos entiende que el incremento no trae causa del retraso, argumentando que podrá existir sanción cuando los administradores "a sabiendas de que la compañía no puede atender de forma generalizada sus compromisos de pago, adoptan una actitud pasiva y siguen operando en el tráfico mercantil con aparente normalidad, aumentando la deuda y generando falsas expectativas de cobro a sus acreedores, cuando no son tales".



Finalmente, no puede dejar de citarse la SAP Barcelona, de 23.04.2015 que dice:

"16. Por tanto, si la presunción tiene un doble contenido (el dolo o culpa grave, por un lado, y su incidencia causal, por otro), también es posible enervarla en ese doble sentido, esto es, probando la concurrencia de hechos que nos permitan excluir la existencia de dolo o culpa grave o bien probando hechos que nos permitan excluir la existencia de nexo causal. Y tanto en uno como en el otro sentido no podemos ignorar que una presunción iuris tantum constituye un simple expediente procesal que permite o facilita la prueba de hechos que determinan la concurrencia de un presupuesto legal, en nuestro caso la culpabilidad del concurso. Lo presumido no son hechos sino juicios de inferencia: (i) que concurre dolo o culpa grave y (ii) que existe nexo causal en la generación o el agravamiento de la insolvencia. Por tanto, a partir de los nuevos hechos acreditados en el proceso de oposición a la calificación culpable es necesario rehacer el juicio de inferencia y determinar si puede mantenerse o no el presumido. Para ello será preciso que los nuevos hechos permitan hacer juicios de inferencia alternativos que tengan virtualidad suficiente para enervar el previamente presumido.

18. A ello añadimos, también con el carácter de mayor abundamiento, que tampoco creemos razonable mantener el juicio favorable a la existencia de nexo causal entre la conducta de demora y el agravamiento de la insolvencia cuando no se discute que las nuevas obligaciones contraídas son insignificantes desde la perspectiva del total pasivo (el 1,53 %) y no existe acreditación de que la demora haya podido producir un deterioro de los activos que haya repercutido de forma notable en la valoración de los activos".

En nuestro caso, aunque tomáramos el total del pasivo reconocido en el Informe del art. 75 LC, contando incluso con los créditos contra la masa (18.905.198,67 euros), el incremento del pasivo en 197.611 euros representa un 1,045 % del total. Si atendemos a lo que el TS en Sentencia del pleno de 12.01.2015 señalaba como elementos normativos del tipo (la agravación de la insolvencia, el aumento del déficit que el retraso puede implicar al "continuar al sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones, la duración de la demora y la importancia del aumento"), difícilmente puede esta juzgadora razonar la existencia de una agravación de la insolvencia que merezca reproche concursal en nuestro caso.

Por todo ello, no se aprecia culpabilidad en el concurso por esta primera causa.

SEXTO.- Se adoptaron muchas decisiones durante el desarrollo del proyecto HIRIKO, entre las que habría acertadas y desacertadas, sin que estas últimas tengan que tener necesariamente trascendencia para la calificación culpable del concurso. Pero hay una que a todas luces y se explique como se explique, por su objeto, por el momento en el que se adopta, el estado en el que se encuentra el desarrollo del proyecto y los hechos que la rodean, no encuentra justificación en las necesidades del proyecto HIRIKO e implica una decisión del órgano de administración que se desvía de la prioridad que debía guiar sus decisiones en aquel momento. Por ello, se trata de una decisión gravemente imprudente que merma directamente en más de medio millón de euros los fondos de la asociación.

#### Hechos

A finales del año 2012, exactamente el 20.11.2012, es decir, a punto de vencer el periodo de ejecución del proyecto, prorrogado por dos veces, prácticamente al tiempo en que se comunica a los trabajadores, en aquel lunch de Navidad, que la continuidad del proyecto pasa por la búsqueda de inversión privada ante el inminente agotamiento de los fondos públicos, AFYPAIDA compra a CIRCUITO DEL NORTE el prototipo LMP1 por el precio de 535.000 euros mas IVA del 21 % (anexos 83 y 84 del IC). El precio se paga en cuatro plazos, el 26.12.2012 (300.000 euros), el 16.01.2013 (252.045 euros), el 28.01.2013 (56.955 euros) y el 22.02.2013 (38.955 euros).

Ese vehículo es el que, recordemos, CN había adquirido en su día (10.12.2007) por 1,9 millones a EPSILON, para atraer a esta ingeniería a Álava, en el intento de los empresarios Felipe, Juan Enrique, Damaso y Juan Ignacio de impulsar bajo el patrocinio de EPSILON la Ciudad del Motor y cuya posesión no obstante mantuvo la vendedora, hasta que inmersa en su propio concurso la entregó con el visto bueno de los Administradores Concursales el 13.12.2011 (anexos 91-94 IC).

Pero cuando CN, propietaria del vehículo (desde 2007), adquiere la posesión del mismo (en 2011) la transmite sin solución de continuidad a AFYPAIDA. Así, CN (representado por Damaso) y AFYPAIDA (representada por Arcadio) celebran, el 13.12.2011, un contrato de cesión gratuita de uso y promesa de compra (anexo 89 IC), por el que la propietaria cede gratuitamente el uso del vehículo a AFYPAIDA por un año, para ser utilizado como banco de pruebas (estipulación primera).

Pactan también una promesa de compra futura, a llevar a cabo en el plazo de 30 días anteriores al fin del periodo de uso (es decir, entre el 30.11.2012 al 31.12.2012), por un precio que no podrá superar el 70 % del valor de mercado que le atribuya un experto independiente. Pero pese a la promesa de compra, en la cláusula 5.4 se establece que si por cualquier motivo no se llegara a formalizar la compra definitiva, no existirá obligación de





pago de precio ni indemnización alguna, es decir, pese al compromiso que surge de la promesa no hay sanción por su incumplimiento y por tanto, no hay obligación jurídica en sentido propio.

Pese a ello, llegado el mes anterior al vencimiento AFYPAIDA formaliza la compraventa, actuando en representación de la asociación el Sr. Juan Enrique y en representación de CN el Sr. Felipe. Se somete la adquisición del vehículo a la aprobación de la Junta Directiva de 09.11.2012 (anexo 90 del IC), órgano de gobierno de la sociedad, donde se acepta por unanimidad "el precio del banco de ensayo" y se autoriza al Sr. Juan Enrique a formalizar la venta. Se trata el objeto de la compraventa en todo momento como banco de ensayo.

Antes, se había presentado la memoria justificativa de la contratación directa al Ministerio (anexo 34 oposición AFYPAIDA), de fecha 18.10.2012, donde se señala que su objeto es la adquisición de un prototipo de vehículo, cuyo fin es su utilización como banco de pruebas de distintos elementos y sistemas del vehículo eléctrico HIRIKO y dando cuenta de la cesión de uso gratuita desde hacía un año se añade que ha sido utilizado por AFYPAIDA para distintas pruebas con resultados generalmente satisfactorios. Se indicaba también que "el valor de adquisición que se ha fijado finalmente es un importe sensiblemente inferior al tasado, en torno a un 68 % de su valor de tasación".

En cambio todos los testigos que conocen la existencia del vehículo han declarado -sin excepción- que estuvo largo tiempo en el "show room", escaparate o expositor del edificio Alas y que jamás llegó a ser utilizado como banco de pruebas en el proyecto HIRIKO, ni antes de la llegada de Gonzalo ni después. Empezando por quienes lo vieron en la sede de AFYPAIDA y dejando para luego la cuestión de la posible recomendación de Gonzalo, el caso es que Luis Carlos, Roque, Abdulio, Ramón, Carlos Miguel, Andrés y Socorro, se mueven entre quienes afirman que nunca se utilizó y quienes silencian que se utilizara de forma efectiva. A lo sumo alguno se atreve a decir que "cree" que sí se utilizó. Es decir, lo que nadie ha afirmado aquí es que se utilizara ni intentara utilizar como banco de pruebas. El oyente atento podrá comprobar que los trabajadores más críticos con el proyecto dicen que era un coche de carreras que nada tenía que ver con el coche eléctrico -y electrónico- y que no llegaron a utilizarlo para nada; otros menos críticos, como es el ejemplo de Roque, lo que dice es que primero estuvo en el show room y luego "se subió al taller" y que "se desmontó", pero nada más sabe porque él solía estar en la oficina. Lo mismo ocurre con los propios afectados por la calificación, basta escuchar atentamente para advertir que ninguno llega a afirmar que se utilizara para lo que estaba previsto en el contrato de cesión gratuita (estipulación primera), ni para lo que se dijo al MINECO que había sido e iba a ser utilizado. Felipe dice que se mandó desmontar y se desmontó pero como cambió de orientación el proyecto hacia un coche eléctrico más convencional, finalmente no fue utilizado, pero que la idea era utilizarlo para indagar y hacer pruebas para solucionar el problema de las masas suspendidas. Damaso dice que "él lo vio en el taller". Achaerandio dice primero que sí se utilizó, para luego matizar que sí pero no demasiado y luego que él "lo vio desmontado". Por tanto oigamos bien, nadie, nadie, vio que se utilizara realmente para lo que se adquirió, ni mientras se tuvo la posesión gratuita (diciembre de 2011) pese a ser esa la finalidad pactada, ni después cuando se adquirió la propiedad.

Para la determinación del precio, realizó la valoración como experto independiente la sociedad SEGULA TECHNOLOGIES MATRA (en idioma oficial obra como anexo 2 de la contestación de LAUNORTE, f. 3844-3846, si bien también obra como anexo 1 del contrato de compraventa de 06.11.2012, anexo 85 IC, conjunto doc. 33 de AFYPAIDA). Se fijó un precio de 784.551 euros y por tanto, lo pagado por AFYPAIDA (535.000) se encuentra por debajo del 70 % del valor de tasación que exigía el contrato de compraventa, exactamente representa un 68,26 % tal y como hace notar la AC.

SEGULA TECHNOLOGIES MATRA pertenece al mismo grupo empresarial que ABGAM S.A, tal como resulta del doc. 52-A, dentro del conjunto documental 33 de AFYPAIDA; conjunto en el que por cierto se encuentra la factura emitida por la valoración realizada como doc. 56, que la AC decía en su Informe no haber hallado, si bien emitida por ABGAM. ABGAM mantuvo relaciones comerciales con AFYPAIDA por la que se encuentra reconocida en el listado de acreedores (anexos 86-88 del IC).

Pero resulta que oído el Sr. Mauricio, que ha sido citado en calidad de perito aunque hemos sabido por lo explicado que no fue él quien elaboró ni la valoración inicial ni la complementaria que se aporta, obtenemos que la vinculación con AFYPAIDA al menos de SEGULA en España -antes éramos ABGAM dice el Sr. Mauricio- era una relación comercial directa. Dice el perito que venían trabajando para AFYPAIDA en el proyecto HIRIKO, figurando por dicha causa ABGAM como acreedor en el I.75. Incluso en el documento de tasación realizado, llamado valoración de costes, SEGULA ofrecía sus servicios a AFYPAIDA para el caso de que ésta decidiera transformar el coche de carreras en un vehículo eléctrico o híbrido. El Sr. Mauricio explica que no se trataba de una pericial a presentar en sede judicial y que la valoración y el ofrecimiento se enmarca en el contexto de una relación comercial previa y existente. También explica que cuando se le preguntó si podían hacer una valoración de este coche de carreras, respondieron que la filial o la sucursal en España no, pero consultados



sus expertos en Francia en materia vehículos eléctricos y de competición, resultó que si estaban habituados a este tipo de tasaciones. Y ciertamente el Sr. Mauricio reconoce que fueron expertos franceses quienes se desplazaron a España a ver el vehículo para su valoración. Lo que no ha podido explicar el Sr. Mauricio es por qué si el documento tiene fecha de 06.11.2012, unos 15 días antes, en la memoria que AFYPAIDA redacta para el Ministerio (anexo 34 de AFYPAIDA), se adelanta que el valor de adquisición se ha fijado ya en un importe en torno al 68 % del valor de tasación. Dicho porcentaje no tendría por qué conocerlo AFYPAIDA si la tasación o valoración todavía no se había emitido.

Poco más podemos extraer de la pericial. La valoración complementaria que se aporta como doc. 1 de LAUNORTE (f. 3829-3833) además de ratificar la valoración económica, contiene una justificación técnica de la posible utilización de un vehículo -chasis- de carreras en procesos de I+D y de fabricación de coches eléctricos e híbridos, por ejemplo, en materia de especificación y validación de distintos componentes con el objetivo de optimizar el consumo y peso; desarrollo de distintos materiales para alcanzar el mismo objetivo, en desarrollo de software; sin perjuicio de otros beneficios a los que se refiere en la vista, relativos no a la utilización del coche de carreras a modo de instrumento de pruebas, sino como coche de competición en carreras como reclamo, visualización o divulgación de proyectos que se están llevando a cabo por las marcas que lo ponen a correr. Pero en poco o nada afectan estos hechos a la valoración y juicio sobre la decisión de compra por lo que se explicará..

El 14.12.2010 AFYPAIDA había contratado un préstamo con el BBVA por importe de 2 millones, con un tipo de interés del 5,41 %, resultando fiadores SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES, S.A, GORBEA SOCIEDAD DE CAPITALES, S.L, MUEBLES CASCANTE, S.L, PROMOCIONES ACHAERANDIO S.L, Juan Ignacio y Damaso (anexo 95 del IC). Por las primeras se interroga a Felipe en su declaración y reconoce su vinculación directa.

El 20.12.2010 AFYPAIDA concede un préstamo a CN con un límite de 2,2 millones y un tipo de interés del 5,66% (anexo 96 del IC), si bien, en el diario contable aportado como anexo 28 figura el asiento de entrada de los 2 millones del préstamo del BBVA a AFYPAIDA y en el mismo día 15.12.2010 otro en el debe de la misma cantidad a favor de CN (créditos I/p). Firman como fiadores también SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES, S.A. GORBEA SOCIEDAD DE CAPITALES, S.L.

INMUEBLES CASCANTES, S.L. (representadas todas por el Sr. Felipe) PROMOCIONES ACHAERANDIO S.L. (representada por Juan Enrique) y Juan Ignacio y Damaso personalmente.

El préstamo se devuelve por CN a AFYPAIDA con pagos realizados el 19.04.2012 (1.556.000 euros), el 27.12.2012 (300.000 euros), el 28.12.2012 (309.791 euros) y 26.02.2013 (52.500 euros); mayor del préstamo a CN, anexo 30 de IC.

AFYPAIDA devuelve el capital del préstamo en pagos realizados el 14.12.2011 (222.000 euros), el 14.03.2012 (222.000 euros) y finalmente el 23.04.2012 (1.556.000 euros). El resultado financiero de los préstamos para AFYPAIDA fue positivo en 143.133,85 euros (mayor, anexo 29 del IC).

Los registros contables anteriores resultan también analizados por el perito de AFYPAIDA, confirmando que mientras que el préstamo concedido a AFYPAIDA por el BBVA implicó para la asociación un total de gastos financieros abonados de 162.669,85 euros, percibió del préstamo concedido con dicho capital a CN unos rendimientos o ingresos financieros de 210.992,97 euros (f. 3919-3924); resultado, positivo en 143.133,85 euros.

Por otro lado, tal como resulta de su hoja registral (anexo 97 del IC), CN realizó un ampliación de capital el 09.02.2012, de 4.000 euros con una prima de emisión de 1.596.000 euros que fue suscrita por ALAVESA DE EDIFICACIONES S.A. con lo que CN ingresó 1,6 millones.

De lo anterior se obtiene que el dinero tomado a préstamo por AFYPAIDA al BBVA se destinó a conceder un préstamo a CN el 15.12.2010. AFYPAIDA fue amortizando parcialmente el préstamo, y terminó de hacerlo con una amortización de 1.556.000 euros de fecha 23.04.2012, coincidente con la realizada por CN el 19.04.2012; en fechas muy próximas (09.02.2012) CN había realizado la ampliación de capital (recordemos, 1,6 millones). Los pagos que realiza AFYPAIDA por la compra del LMP1 a CN entre el 26.12.2012 y el 22.02.2013 pudieron servir a CN para la devolución del préstamo por parte de CN a AFYPAIDA entre el 27.12.2012 y el 26.02.2013; no cabe despreñar la coincidencia de la suma de 300.000 euros pagados por AFYPAIDA a CN el 26.12.2012 como primer pago aplazado del precio y la misma suma de 300.000 que transfiere CN a AFYPAIDA al día siguiente (según asiento del mayor contable, anexo 30), en devolución del préstamo.

Calificación culpable

No concurren los elementos del alzamiento de bienes, ni cabe sancionar los hechos como salida fraudulenta (art. 164.2 4º y 5º LC)



El art. 164.2 LC contempla entre las presunciones iuris et de iure: El alzamiento con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores (4º) y la salida fraudulenta del patrimonio del deudor de bienes o derechos en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (5º).

Se trata de dos figuras o conductas que en ocasiones se confunden y sin embargo son supuestos de hecho distintos. Razona la AP de Barcelona, en S. de 13.03.2009, rec. 518/2008 , que "(l)a inclusión de ambas conductas en el mismo listado, y que esta segunda, que podemos rubricar genéricamente de "enajenaciones fraudulentas", esté limitada en el tiempo, pues solo se tipifican las realizadas dos años antes de la declaración de concurso, nos debe conducir a dos iniciales conclusiones: primero, parece que el "alzamiento de bienes" y las "enajenaciones fraudulentas" deben de tratarse de conductas distintas, que por lo tanto pueden diferenciarse; y, segundo, el "alzamiento de bienes" es más grave que las "enajenaciones fraudulentas", pues no está sujeto a ninguna limitación temporal".

Partiendo de que se trata de conductas diferentes y no intercambiables, en nuestro caso, no cabría sancionar la compra del LMP1 como salida fraudulenta de bienes (del precio pagado) porque se produce mas allá del límite temporal de los dos años anteriores a la declaración de concurso y el TS, como se ha dicho mas arriba, ha recordado que este sí es un límite temporal objetivo que afecta a los hechos imputables al órgano de administración ( SSTS 29.03.17 y de24.10.17 ).

Considero que tampoco concurren los elementos definitorios del alzamiento, no solo porque exige una ausencia de causa de la disposición patrimonial, ausencia de causa que no debe confundirse con ausencia de justificación de la compra; la primera concurre desde el momento en que existe un contrato de compraventa que justifica jurídicamente el pago del precio; la segunda no concurre, como se verá en atención al objeto y finalidad de la compra y las necesidades y objeto de la actividad de AFYPAIDA en el momento en el que se produce la operación. No concurre el alzamiento porque es una conducta que como señala el TS exige una clandestinidad o ánimo de ocultación que no concurre claramente en este caso. La STS de 24.03.2014 , dijo al diferenciar esta conducta de la salida fraudulenta que "(e)l carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal ".

Conducta del art. 164.1 LC

En cambio concurren claramente todos los elementos de la conducta base o tipo del art. 164.1 LC .

De los hechos probados anteriores solo puede extraerse una valoración; la adquisición del LPM1 no fue solo una decisión equivocada que supuso la salida de AFYPAIDA de 535.000 mas IVA, sino que fue una decisión del órgano de administración contraria a la diligencia que debían observar en el estado en el que se encontraba el desarrollo del proyecto, la situación financiera de aquel momento y la previsión de ingresos o más bien su ausencia para el año 2013.

a) -Hay una acción imputable directamente a los miembros de la Junta Directiva, en su condición de tales. Se trata de una decisión de compra de un activo -que nadie ha dicho que fuera esencial ni mucho menos- que se enmarca en las funciones de gestión del órgano de administración. Se adopta por unanimidad en reunión de 09.11.2012, y por tanto no cabe plantearse una desigual imputación de responsabilidad a sus miembros.

Con ello, el órgano de administración asume íntegramente la responsabilidad de la compra, con independencia de que existiera o no recomendación de Gonzalo , porque además de que sea dudoso que así fuera -y en caso de hecho dudoso la distribución de la carga de la prueba perjudica a quien lo ha alegado y no lo ha probado, es decir, a las defensas y no al MF que tanto ha insistido en oír a este señor- la Junta Directiva asume la responsabilidad de la decisión cuando la somete a deliberación y votación; es decir, aún pudiendo existir delegadas funciones gestoras del proyecto en la dirección técnica, decide motu proprio atraer para sí esta decisión y ello con todas sus consecuencias.

Pero es que además, basta escuchar con atención lo que dicen los afectados y testigos. Si bien nos puede parecer que todos afirman que fue Gonzalo quien recomendó e incluso decidió la adquisición, no es así. El Sr. Felipe para empezar reconoce que nadie recomendó la adquisición, fue una decisión de la Junta y que "los socios pensamos que se iba a utilizar" -ya veremos sobre qué base-. El Sr. Juan Enrique que parece el más tajante afirmando que a él sí le dijo Gonzalo que era útil, matiza que necesario para el proyecto no era, pero que se le dijo -por Gonzalo - que útil sí podía serlo. En igual sentido el Sr. Damaso . El Sr. Arcadio también habla de vencimiento del plazo del uso gratuito y de que se les dijo que sí podría tener utilidad. Si escuchamos bien lo que se le pregunta a Luis Antonio y lo que contesta, nos encontramos con que no dice que Gonzalo lo decidiera, ni siquiera que lo recomendara, sino que él estuvo en la reunión en la que estando presentes los socios Gonzalo dijo "que iba a hacer un informe sobre la utilidad del vehículo" y que "se comprometió a



hacerlo". Si no hemos visto aportado dicho informe con la abundante documental que se ha traído a la presente pieza, será porque no llegó a hacerlo el Sr. Gonzalo y si no lo hizo por algo sería.

b)- La adquisición supuso un gasto, una salida patrimonial para AFYPAIDA de 535.000 euros más IVA, y con ello un perjuicio, una merma de fondos. Y si no se encontraba ya en situación de insolvencia (en noviembre de 2012) desde luego que tan solo cinco meses después (en abril de 2013), ya no puede afirmarse que ignoraran la insolvencia actual, tal y como se ha dicho en el F. D. anterior (el 24.04.2013 se celebra Asamblea General en la que los socios deciden presentar la solicitud de concurso en mayo). Y por tanto ese gasto que se efectúa con la compra del LMP1, representa, cuando sobreviene la insolvencia cinco meses después, una agravación de la situación, exactamente en 535.000 euros; incluso el último pago del precio aplazado se produce a escasos dos meses de la referida Asamblea.

Por tanto, la relación de causa-efecto entre la acción y el resulta es directa e inmediata, se aprueba el gasto, se compra y con ello sale del patrimonio de AFYPAIDA el precio que se paga, sin que haya nada que interfiera o afecte a la relación decisión - salida patrimonial.

- Y es una decisión que se adopta en el ámbito de la gestión del órgano de administración gravemente imprudente.

- En primer lugar, el momento en el que se adopta la decisión es extremadamente delicado en cuanto a financiación del proyecto. La Junta no tiene garantía ni expectativa alguna de tener presupuesto para continuar trabajando en el año 2013 en el City Car hacia el que se orientó el proyecto (recordemos que se acuerda la compra a finales de noviembre de 2012). Se encuentran a un mes de finalización del periodo de ejecución dos veces prorrogado y sin una tercera subvención nominativa, ni de otro tipo para el ejercicio 2013. Tan solo un mes después se está comunicando a los trabajadores la necesidad de búsqueda de inversión privada, luego podemos suponer que con algo más de antelación debían conocerlo los responsables de la gestión y administración social. No tratamos de un gasto moderado, sino de más de medio millón de euros.

El Sr. Arcadio quiso poner de manifiesto en su declaración que la adquisición se produce en un contexto en el que se había firmado un contrato con SAPA y con TECNALIA, lo que -dice- les daba razonables esperanzas de continuidad del proyecto a los socios. Pero si acudimos a la documental a comprobar cuál era esa base para la confianza expresada por el Sr. Arcadio, vemos que lo que había era un contrato de arrendamiento de obra con SAPA el 10.09.2012, que tenía por objeto la ejecución de unos prototipos de "Power Train" y del conjunto documental nº 20 de la oposición de los afectados a fecha de noviembre de 2012, lo que tenemos es la proyección del giro que se pretendía dar al proyecto y el nuevo concepto de vehículo a desarrollar con SAPA, pero no hay ni rastro de algo en lo que sustentara una expectativa razonable de inversión privada, de entrada de capital, que era lo que precisaban cuando sabían ya que no había más financiación pública. Por tanto, no es la suscripción nuevos contratos de obra o de prestación de servicios lo que puede justificar una decisión como la adoptada. Ya hemos visto que más adelante se produjeron algunos contactos pero no que pasaron de eso.

-En segundo lugar, si la diligencia exigible al órgano de administración ha de venir por la protección, consecución y promoción del interés social, y aquí el interés social pasaba por sacar adelante el proyecto HIRIKO, que era el único objeto de la actividad de AFYPAIDA, mal se puede explicar la compra del LMP1 en esa dirección. Obsérvese que de lo que se habla por los demandados es de "utilidad" y no de "necesidad". Incluso el Sr. Juan Enrique matiza sus palabras en este sentido, cuando afirma que a él Gonzalo le dijo que podía ser de utilidad -no necesario-. Al margen de que las afirmaciones matizadas de los afectados y testigos como Luis Antonio hacen dudoso que realmente el Sr. Gonzalo llegara a afirmar esta utilidad, en ningún caso sería una compra orientada a sacar adelante el coche eléctrico, ni el previamente aparcado coche electrónico. Útiles podrían ser muchas cosas, pero el momento en el que se adopta la decisión, una hipotética utilidad futura no es relevante cuando la prioridad lógica habría de ser contener gastos innecesarios.

Sabemos que cuando las sociedades mercantiles se enfrentan a situaciones de crisis, más o menos próxima la insolvencia, es normal plantearse estrategias de riesgo de los activos subsistentes o inversiones o proyectos de alto riesgo, porque ante la pérdida conocida ya de la aportación, los socios se arriesgan en operaciones que de resultar exitosas traerán altos rendimientos y quizás así se consiga remontar la situación de la empresa en una especie de golpe de suerte. Estas operaciones arriesgadas y que ponen en peligro el poco patrimonio subsistente en perjuicio de los acreedores, pueden ser problemáticas a la hora de valorar en un concurso posterior el grado de negligencia en la que se incurre al acometerlas. Pero obsérvese qué diferente es la operación de la que hablamos. No se trata de una estrategia de riesgo, de dudosa diligencia, acometida con la intención de salvar el proyecto, bien obteniendo ingresos o bien finalizando la fabricación de los prototipos señalados como objetivo. Se pretende justificar la compra del LMP1, sobre la base de una hipotética futura utilidad que pudiera tener como banco de pruebas para -supuestamente- indagar o investigar sobre el problema de las masas suspendidas. Es que aunque fuera así -lo que en modo alguno resulta probado por la





contradicción de opiniones escuchadas al respecto-, seguiría siendo una decisión alejada del deber de cuidado que en ese momento era exigible al órgano de administración.

-En tercer lugar, concurre un dato esencial a mi juicio y que es el que hace diferir por completo esta decisión de otras que llaman la atención del MF y AE. Y es que (i) no existía obligación jurídica de adquisición y (ii) de su compra no dependía el cumplimiento o disposición de otras partes, sociedades co-fabricantes, para la ejecución de algo previamente contratado o necesario para el desarrollo del proyecto.

El contrato de cesión gratuita de uso contenía una promesa de adquisición sin sanción para el caso de que no se decidiera comprar, cualquiera que fuera la causa y CN no era co-fabricante, ni participaba en el proyecto HIRIKO de forma que de la disposición patrimonial dependiera la colaboración de una parte esencial del proyecto.

De ahí que AFYPAIDA no tenía por qué temer, ni querer evitar, consecuencias perjudiciales por el no cumplimiento. A diferencia de otras decisiones adoptadas que han sido objeto de sospecha por el MF y AE como se verá mas adelante (me refiero por ejemplo a pagos a BRW o a otras sociedades que se dice no cumplieron a satisfacción el servicio u obra contratada pese a lo cual se les pagó). La nota diferencial es importante. Pagar cuando por contrato tienes la obligación, aunque el otro no haya cumplido a satisfacción o sea eso lo que defiendes (y no me voy a detener a explicar aquí cuestiones de teoría general de los contratos) es una cosa, y otra asumir una obligación nueva cuando la relación existente no te vincula u obliga a ello.

Tan solo con los tres aspectos anteriores, considero ya motivo suficiente para estimar totalmente injustificada la compra y la decisión de llevarla a cabo supone ignorar las normas básicas de cuidado que debían guardar los miembros del órgano de administración cuando llevaban gastados la práctica totalidad de los fondos públicos concedidos. En modo alguno resta importancia a la operación, ni razón a los demandantes, el hecho de no haberse ejercitado en su momento una acción de reintegración o rescisión concursal de los arts. 71 y ss LC para atacar la compra y restituir a la masa el precio, pues como ha tenido ocasión de recordar recientemente el TS ( STS 574/17, de 24 de octubre , F. D. 9º, 2º motivo de casación, punto 7), los instrumentos que prevé la Ley Concursal en el art. 71 y en sede de calificación son independientes.

Si además añadimos que el vehículo llevaba cedido casi un año para su utilización como banco de pruebas y que eso no se había producido, que la cualidad de experto independiente de SEGULA es mas que cuestionable y que la valoración que luego se plasma en el documento de tasación o valoración parece que era conocida de antemano por AFYPAIDA y que la operación provocó un flujo de transferencias o pagos entre AFYPAIDA y CN que permitió cancelar los préstamos (de AFYPAIDA con el BBVA y de CN con AFYPAIDA) en los que eran fiadores varios miembros de la Junta Directiva o sus empresas, no puede eludirse la conclusión o consecuencia lógica. La compra obedeció al interés de los socios de salvaguardar su propio patrimonio de responder por los indicados préstamos, lo que llevaron a cabo adoptando una decisión gravemente negligente que perjudicó el interés social de AFYPAIDA y que en aquel momento no pasaba sino por conseguir inversión que permitiera dar continuidad al proyecto.

SÉPTIMO.- Valoración bien diferente merecen el resto de hechos, decisiones, actos u omisiones que trae a colación el MF. Como se ha dicho al principio, el MF y la AE añaden a las causas de culpabilidad señaladas por la AC otra que sustentan en el art. 164.1 LC y que se mueve entre una conducta dolosa consistente en el desvío de los fondos públicos recibidos en beneficio o enriquecimiento propio llevando de forma consciente a la insolvencia a la asociación y una conducta gravemente imprudente constituida por la conjunción de una serie de decisiones que "denotan una total ausencia de lógica e interés social".

Como se verá, muchos de los hechos que se alegan están totalmente alejados de la realidad que resulta de la prueba practicada, en algunos casos a instancia de la propia fiscal, que parte de asumir el Informe del artículo 75 LC de la AC y su documentación anexa. Se desconocen contratos aportados y el contenido de los mismos, pero sin cuestionar ni expresa ni implícitamente su contenido, ni las memorias técnicas e informes de auditoría presentados por AFYIDA al MINECO. Se desconocen también datos extraídos por la AC de los estados, libros y documentos contables de la concursada, y que ante las alegaciones de la AE, son explicados en el Informe de Calificación de la AC. El dictamen del MF no es que no los comparta, es que no propone prueba alguna que los rebata, bien entendido que datos económicos extraídos de los estados contables no se rebaten con declaraciones testimoniales faltas de concreción y de rigor de trabajadores (ingenieros y trabajadores de taller) que no tenían acceso a la administración, finanza, contabilidad, contratos y documentos jurídicos de la asociación; acceso que sí tiene el Ministerio Público y han estado a su disposición desde el principio.

Pero junto a datos irreales y hechos sesgados, se alegan otros ciertos que nadie discute ni ha discutido nunca. Y se muestran como una especie de conjunto de hechos de los que pretende que la juzgadora infiera, a modo de deducción lógica, la conclusión que pone sobre la mesa. Pero el resultado que se atribuye al conjunto de hechos se mueve entre el distanciamiento de las finalidades y condiciones de la aportación pública (pág.9), la



descapitalización de la asociación (pág. 3) y la causación directa de la insolvencia (pág. 5), cuando son cosas distintas y de distinta trascendencia en el incidente concursal en el que nos encontramos.

Previo.

Tras el relato de hechos que han resultado probados se comprenderá fácilmente que la insolvencia de AFYPAIDA en términos generales es consecuencia de la frustración del proyecto HIRIKO para cuyo desarrollo fue constituida. Por más que en sus estatutos formalmente el objeto social se defina en términos generales, es indiscutible que de facto la actividad de AFYPAIDA ha estado vinculada desde el inicio hasta el final al indicado proyecto.

Es igualmente indiscutible que fue un proyecto de I+D+i financiado en su inmensa mayoría con fondos públicos del Estado, del Gobierno Vasco, de la Diputación, del SPRI... Pero eso, así como los importes de las subvenciones, no deberían sorprender ahora; en los propios estatutos de la Asociación -publicados en el Registro de Asociaciones del País Vasco- se señala que el patrimonio inicial de la asociación es de cero euros y que vendrá constituido en el futuro por la aportaciones de los socios, el resultado del rendimiento de su actividad y, entre otros fondos, por subvenciones públicas.

Debe abrirse un paréntesis para recordar que una Asociación sin ánimo de lucro no es aquella que no pueda -y deba- obtener beneficio en su actividad, sino que el beneficio no se reparte en dividendos a los socios, el beneficio queda en el patrimonio social para su aplicación al fin social. Por eso también quien realiza aportaciones al capital de una Asociación sin ánimo de lucro conoce que con el esfuerzo económico que haga no va a ver rendimiento alguno de su inversión. Por eso también se han esforzado en explicar afectados como el Sr. Damaso o el testigo Luis Antonio , que en caso de superar la fase de I+D+i y poder adentrarse en una fase de industrialización había que pensar en una sociedad de capital, que previo pago de un tributo (a modo de precio, renta o royalty, barajó el Sr. Luis Antonio ) a quien habría conseguido la propiedad industrial, pudiera llevar a cabo una actividad mercantil con ánimo de lucro. Por cierto, también como paréntesis, que si bien se ha dicho ( Luis Antonio y Carmen fundamentalmente) que en caso de pasar a una fase de industrialización habría que contar con algún tipo de acuerdo con las Administraciones que habían posibilitado el desarrollo de la fase de I+D+i, lo que los Convenios decían únicamente era que existía un plazo en el que el beneficiario de la subvención tenía que destinar los bienes inmuebles y muebles que se adquirieran, construyeran, mejoraran...como consecuencia del proyecto. Pero el caso es que los fondos públicos se agotaron mucho antes de que pudiera siquiera superarse la fase de I+D+i; lo que al parecer tampoco es anormal según expertos de la industria de automoción, como ya se dijo en el Dictamen de la Comisión de Investigación del Parlamento Vasco, dato en el que no reparan, aparentemente, ni AE ni MF.

Los acreedores cuyos derechos de crédito se han visto frustrados no se limitan a las Administraciones que primero han concedido y luego han acordado el reintegro de las subvenciones o ayudas públicas, pero qué duda cabe que cuando de un total del pasivo de casi 19 millones, 17 millones corresponden al crédito público, se comprenderá que de confirmarse las resoluciones de reintegro, tal decisión es la causa de tan abultada deuda.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que ni la paralización del proyecto y actividad de AFYPAIDA, ni la insolvencia, se producen porque se acuerde el reintegro de las subvenciones, y por tanto, por un supuesto incumplimiento imputado por la Administración -real o no-. La paralización de la actividad se produce al agotarse los fondos y recursos de la asociación. No es un proyecto que se emprenda por una sociedad con una actividad industrial, productiva, de prestación de servicios u otro tipo de actividad que genere ingresos. Se trata de una asociación sin otra actividad que llevar a cabo el proyecto HIRIKO. Cuando se agota la financiación, al no hallar inversión privada, su actividad tiene que paralizarse. La insolvencia se produce cuando a la inexistencia de fondos se añade la existencia de deudas vencidas y exigibles que no pueden atenderse. Las resoluciones administrativas de reintegro son de fecha posterior, se basan en un supuesto incumplimiento de las condiciones a las que se sujetaron las subvenciones y lo que hacen es aumentar el déficit de una sociedad ya insolvente. Pero en ningún caso se trata de cantidades que en su día se recibieran por AFYPAIDA conociendo que iban a tener que devolverse o a cuya devolución tuviera que orientarse una gestión prudente o diligente.

Por tanto, el inicio, el desarrollo y el fin de AFYPAIDA está directamente unido a la concesión primero y no renovación después de la financiación pública. La decisión de no conceder más dinero público pertenece a la Administración Pública y no aportar fondos propios una vez agotados los públicos, no invertir los socios mas dinero del ya aportado al inicio -porque también esto se ha reprochado como si hubiera algún tipo de obligación o existiera algún tipo de conducta exigible al respecto- entra dentro de la libertad no ya empresarial, sino personal de quien decide participar o no participar en una actividad económica. No se ha visto ni alegado siquiera, compromiso alguno de los socios constituyentes frente a la Administración de aportar financiación



privada al proyecto. Por tanto, agotado el dinero público, se agotó la actividad de AFYPAIDA. La abultada deuda de la que hoy podemos hablar en su inmensa mayoría trae causa de las resoluciones de reintegro del MINECO.

Análisis de las alegaciones del MF y AE

Se analizan a continuación los distintos hechos y circunstancias que se alegan por el MF y AE bien como hechos relevantes en sí mismos, bien como hechos base para, a partir de una deducción lógica, presumir la certeza de los realmente relevantes.

Contratación de Arcadio como Director General.

Cierto y no discutido. El Sr. Arcadio, además de socio y miembro de la Junta Directiva (secretario) fue nombrado Director General, al menos hasta que fueron asumidas las funciones de dirección y coordinación por Gonzalo, replegando su actividad desde ese momento el Sr. Arcadio a una función más administrativa.

Así se ha reconocido por el propio Arcadio y por trabajadores como Roque entre otros. Pero en todo caso, aun cuando Arcadio asumía las funciones de dirección, existía una estructura en la que se apoyaban sus decisiones. Así lo han declarado varios testigos y ello tanto en el plano técnico como en la gestión de compras y gastos:

Luis Carlos, señala que existía un comité técnico que se reunía periódicamente y tomaba las decisiones técnicas -cuando llegó Gonzalo la dirección y máxima responsabilidad en la toma de decisiones técnicas recayó en el mismo-. También Obdulio, antiguo trabajador de EPSILON y luego de AFYPAIDA, ingeniero encargado de trabajar en la parte mecánica del diseño de distintos componentes del vehículo, que se queja de que el comité técnico tomaba sus decisiones sin tener en cuenta su opinión y la de otros trabajadores, señalando a ETUD como ingeniería que vino a sustituir a EPSILON y prácticamente a ignorar sus opiniones.

En materia de autorización de gastos, compras y visto bueno a los pagos la firma última dependía de Arcadio -lógicamente salvo gastos y decisiones que por su importancia se sometían a la Junta directiva, como el traslado de los ingenieros, taller y almacén al edificio Alas, que el Sr. Damaso reconoce haberse tratado en Junta; o la compra del LMP1, que como en su momento se verá se aprobó en Junta-. Pero para cuando llegaba la decisión al Sr. Arcadio había pasado por un procedimiento: Cuando se trataba de suministros técnicos o para el taller, partían de ingeniero, técnico, responsable del área correspondiente, pasaba por el Sr. Andrés, responsable de compras, pasaba por el departamento administrativo, Ofelia y su superior inmediato Roque y finalmente para cuando llegaba al Sr. Arcadio, la decisión del pago había pasado todos los controles establecidos y por eso se autorizaba. Así se obtiene sin contradicción de testificales como la del Sr. Luis Carlos, de Roque; también Gabriela señala que los pagos eran sometidos a un procedimiento o protocolo por el que pasaban por distintos departamentos -técnico, administrativo- hasta llegar a la dirección financiera. También lo constata Carlos Miguel y el propio Andrés, responsable -jefe- de compras. Estos dos últimos diferencian entre los suministros que se solicitaban o encargaban desde los propios técnicos de AFYPAIDA de los componentes o suministros que iban destinados a los elementos subcontratados, en los que -dicen- el precio venía determinado o aprobado por las empresas subcontratadas y AFYPAIDA. El Sr. Andrés habla directamente de precios sobrevalorados, en relación al material suministrado. Al margen de que ello no tenga ningún reflejo en la demanda del MF, huelga decir, que ningún indicio de gestión imprudente o dolosa puede constituir la declaración de un testigo que no sabemos a qué suministros concretos se refiere, a qué sociedades subcontratadas se refiere -no va a ser la juzgadora la que se lance a especular- y no nos dice cuál habría de ser el precio de mercado, en todo caso, a "su" juicio, pues nada más que su afirmación se tiene.

Por tanto, no se sabe muy bien, porque no se dice de forma expresa, a qué se está refiriendo el MF con señalar como hecho revelador de una gestión imprudente o dolosa, a que se nombrara a este Sr. Director General de AFYPAIDA, como no sea a su falta de experiencia en dirección de empresas dedicadas a un proyecto de I+D+i en materia de automoción.

Aunque así fuera, no puede perderse de vista que se concedieron subvenciones nominativas, y por tanto, como pone de manifiesto la AC, "a dedo", sabiendo a quién se daban y con autorización expresa a subcontratar el 100 % de la actividad. No podrá sorprender ni revelarse como hecho trascendente que se rodearan, socios, y en este caso el director general, de toda una estructura de recursos personales organizados en distintos departamentos, sociedades contratadas, servicios "externalizados" como se dice en la demanda (pag. 32, 33). Los datos que se dan sobre el sueldo que cobraba el Sr. Arcadio de poco sirven si no van acompañados de una afirmación clara de que es mucho, poco o que no debió cobrarse.

Constitución de BASQUE ROBOT WHEELS (BRW) 14.12.2010.

Cierto y no discutido. Tampoco su composición accionarial y la composición del órgano de administración, probado con la documental aportada por la concursada, sin perjuicio de que su constitución lejos de ser algo



sorpresivo u oculto era precisamente uno de los hitos contemplados en el proyecto HIRIKO (anexo 17 del Informe 75)

Ahora bien, sobre las afirmaciones que se contienen en el primer párrafo de la página 11 del dictamen, en relación al "producto" contratado por AFYPAIDA a BRW y ésta a su vez a MASER, nada más lejos de la realidad que resulta de la prueba practicada. La documental aportada y las testificales practicadas -todas- evidencian una realidad infinitamente más compleja. Pero esa parte se tratará mas adelante.

En este apartado, se señalará únicamente que tal y como se contemplaba en la memoria del primer convenio suscrito con el MICINN, se iban a integrar en una sociedad de nueva creación (BRW) distintas sociedades (inicialmente, en memoria de 2010 se contemplaba la colaboración de CIE AUTOMOTIVE con MASER, en el segundo Convenio de 2011 vemos que en el presupuesto ya se contempla a SAPA) para el desarrollo de la roborueda, junto con una ingeniería que liderara todo el desarrollo del vehículo. Para esto y para que en el futuro fabricara las roboruedas, ya diseñadas, funcionales y en un vehículo ya homologado, se constituyó el 14.12.2010 (doc. Anexo 16 oposición Afypaida), con una participación mayoritaria de MASER (30 %) y SAPA (30 %). El resto del capital lo ostentaban AFYPAIDA, LAUNORTE, S.L., Felipe y BIB, S.COOP (10 % cada uno). El órgano de administración está constituido por un consejo en el que AFYPAIDA ostenta la presidencia, siendo vocales LAUNORTE, Felipe , Gabino , Simón , Pablo Jesús , Carmelo , Abilio y Beatriz Barrena, ocupando el cargo de secretario BIB S. COOP. Después, en el consejo de 28.10.2011 se nombra presidente a Juan Enrique (acta de 28.10.2011 en conjunto documental 18 de oposición de Afypaida).

En todo caso no parece que los socios industriales por mas que mayoritarios tuvieran poder de decisión en el gobierno de la sociedad, aunque contaran con representantes en el órgano de administración como vocales. Significativo es que cuando se le pregunta al Sr. Felipe sobre esto, primero dice que "lo tendrían los socios mayoritarios" y luego cuando le repregunta MASER dice que en un momento determinado "se les propuso" que asumieran el control, pero no lo aceptaron. Esta afirmación se ve corroborada en el acta del Consejo de Admón de BRW de 23.03.2011 en la que se recoge ese ofrecimiento realizado por Felipe (conjunto documental nº 18 de AFYPAIDA). De hecho cuando sale AFYPAIDA de la presidencia se nombra a Juan Enrique .

El hecho de que una sociedad no tenga trabajadores dados de alta en la Seguridad Social -lo que se invoca por el MF y AE como algo sospechoso- no es síntoma ni indicio de ilegalidad, irregularidad o motivo de suspicacia alguna. Los recursos materiales y personales con los que se dote una sociedad mercantil o asociación dependen de la actividad para cuya realización está constituida y la que temporal o definitivamente lleve a cabo de forma efectiva. La constitución de BRW en el proyecto HIRIKO tal y como fue presentado al MICINN estaba dirigida a convertirse en la sociedad mercantil que en el futuro se dedicara a la fabricación de las roboruedas. De ahí que en la fase previa en la que todavía se está investigando (en la fase de I+D) un modelo de roborueda realizable, no sea preciso la contratación de trabajadores adscritos a BRW; la investigación y desarrollo se está realizando por SAPA por un lado y por MASER por otro, con sus trabajadores, como se verá mas adelante.

Que el Sr. Andrés tenga la percepción de que "BRW era MASER", resulta comprensible si tenemos en cuenta que confunde el cambio de rumbo del proyecto con que MASER no entregara las 80 roboruedas encargadas. Pero dada la falta de personal propio por parte de BRW y los trabajos que estaba desarrollando MASER para BRW, es comprensible que relacione BRW con MASER un testigo que no tenía por qué conocer la estructura orgánica, accionarial y mecanismos de decisión en una sociedad de la él tampoco forma parte. Lo que no sería comprensible es que se asuman las afirmaciones del Sr. Andrés por parte de quienes sí hemos tenido acceso a la documentación jurídica (constitución de la sociedad, contratos entre AfYPAIDA y BRW, entre AFYPAIDA y MASER, entre AFYPAIDA y SAPA), societaria (como distintas actas del Consejo de administración), económica -contable (como la analizada por la AC) y de todo tipo (como comunicaciones, burofaxes...). Quizás baste con citar el contenido del acta del Consejo de Administración de BRW de 23.03.2011, en la que tras acordar que AFYPAIDA financie las primeras 80 roboruedas y se solicita de BRW que presupueste esta actividad -para lo que a su vez muestran compromiso MASER y SAPA, "se valora la posibilidad de contratar alguna persona que traccione y desempeñe funciones de gestión, comercial y gestor de compras de BRW, encargándose de elaborar el plan de gestión de la empresa" (doc. 18 AFYPAIDA). Esa posibilidad se materializa en la contratación a cargo de BRW del Sr. Serafin , al que varios testigos se han referido como Miguel Ángel , y del que el testigo Obdulio dice que "creo que hacía de todo" en buena lógica con la función para la que fue designado, desde gestión de compras hasta coordinación e impulso.

En todo caso, por si todavía faltara claridad a qué era BRW, es muy ilustrativa la explicación que le da la AC al MF en la vista, cuando todavía se sigue cuestionando por qué no se formalizó una reclamación judicial por parte de AFYPAIDA a BRW. Explica que BRW era una sociedad que carecía de soporte patrimonial frente al que reclamar. Es una sociedad que se constituye para conseguir el desarrollo técnico y fabricación de la roborueda y la única actividad que llega a conocer, el único encargo, es la fabricación de 80 unidades de roborueda, para lo que termina contratando con MASER. Sin perjuicio de tratar la cuestión de la roborueda, los distintos encargos





-contratos y lo pagado mas adelante, la cuestión es que BRW no tiene nada frente a lo que reclamar; otra cosa es que, como detalladamente explica la AC en su Informe, al no haber pagado todo lo que debe a MASER hay un momento en el que BRW tiene un balance positivo; pero ni tiene un soporte patrimonial, ni recursos personales propios frente a los que demandar la fabricación y entrega de 80 unidades de roboruedas montadas y testadas.

Suscripción de un contrato de arrendamiento de servicios con ETUD IBÉRICA S.L.

Hecho no discutido. ETUD fue la ingeniería que vino a sustituir a EPSILON, como ha quedado señalado en los hechos probados iniciales.

El que la sustitución de EPSILON por ETUD se debiera a una incapacidad de la primera para llegar a una solución técnica satisfactoria o a su delicada situación económico-financiera, poco importa en realidad. El proyecto se presenta con la premisa de participación de EPSILON como ingeniería líder del proyecto, así arranca y comienza a trabajarse. Después se sustituye por ETUD IBÉRICA, EPSILON entra en concurso tras presentar la comunicación del art. 5 bis LC, AFYPAIDA integra a los trabajadores de EPSILON en su plantilla y saca la zona de trabajo de las instalaciones de EPSILON, y los trabajadores de EPSILON - ahora de AFYPAIDA- empiezan a trabajar bajo instrucciones de ETUD ( Vicente ), lo que no gusta a todo el mundo. Baste recordar el testimonio de Obdulio, que contaba que con la entrada de ETUD perdieron autonomía, trabajaban bajo supervisión de ETUD, los ingenieros que estaban por encima de ellos no les escuchaban y les orillaron un poco. Por cierto que el comité técnico que tomaba las decisiones y que según el testigo no les escuchaba estaba integrado entre otros por ingenieros del MIT, de ETUD, de otros co-fabricantes y de DENOKINN. Obviamente las decisiones técnicas del proyecto no las tomaban los miembros del órgano de administración de AFYPAIDA.

El cambio de la ingeniería fue comunicado por AFYPAIDA al MICINN, y es uno de los cambios que recoge el segundo Convenio firmado por el MICINN, figurando ya ETUD en el presupuesto de la segunda nominativa.

ETUD acabó demandando a AFYPAIDA (el 11.04.2013 y por tanto, estando ya al frente Gonzalo) por falta de pago de los servicios contratados, AFYPAIDA alegaba, entre otras cosas defectos en la prestación del servicio. La demanda de ETUD resultó estimada y la concursada resultó condenada a pagar a la ingeniería la suma de 170.779,04 euros (Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz, doc. 21 oposición Afypaida) luego la sentencia no estimó falta de cumplimiento por parte de ETUD.

Y si a lo que se refiere la AC es a cambios de rumbo que perjudicaban la consecución de los objetivos del proyecto, pues nada mas lejos de lo que racionalmente puede deducirse. No fue el único intento de impulsar el proyecto HIRIKO. Sabemos que todavía después se contrata a Gonzalo en el intento de dar un impulso al proyecto, tal y como han declarado testigos propuestos por el propio MF. Esfuerzos y cambios de rumbo en búsqueda desesperada de sacar adelante el proyecto que casa mal con la desidia e imprudencia grave en la que sustenta su acusación el Ministerio Público.

Alquiler y obras en el llamado Edificio Alas.

Alquiler

El dictamen del MF en este apartado indica que el domicilio social de la concursada se sitúa en el llamado edificio Alas, que pertenece a una empresa propiedad de uno de los administradores, domiciliación que tilda de sospechosa y apunta a que el AC en su informe concluye que el precio del alquiler es superior al de precio de mercado aunque justifica el sobre coste en que los gastos de suministro están incluidos en el alquiler.

En primer lugar, la empresa a la que se refiere el MF es UNIVERSAL ALAVA (UA), propietaria del edificio sito en Portal de Betoño nº 1 de Vitoria-Gasteiz, domicilio social de AFYPAIDA desde su constitución (artículo 3 de los Estatutos), dato lógicamente conocido por los organismos que conceden las ayudas públicas, y debe conocerse por el MICINN que daba una subvención nominativa. Y si no se conoce y se aprueba una subvención a favor de AFYPAIDA no se podrá justificar después una imprudencia grave o dolo del órgano de administración de AFYPAIDA por tener su domicilio social -previamente- donde lo tiene o por concertar un contrato de alquiler del que se informa y se aprueba el presupuesto para el pago del alquiler.

En segundo lugar, ese administrador al que se refiere el MF es el Sr. Felipe (dato que tampoco llega a recoger expresamente la demanda del Ministerio Público) miembro del órgano de administración de AFYPAIDA. Que el edificio es propiedad de UA resulta al menos del contrato de arrendamiento inicial de 01.05.2010 (aportado por la AC, anexo 3 del Informe de Calificación) y sus posteriores novaciones (anexos 4-7). No es el dictamen del MF, sino las alegaciones iniciales de la AE, parcialmente recogidas en el dictamen, las que recogen la supuesta titularidad del capital que lleva al MF a afirmar que la empresa es propiedad de uno de los administradores aunque sin incorporar el dato a su demanda. UNIVERSAL ALAVA y SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES S.A. aclaran en sus contestaciones -se aporta escritura pública de 24.07.2009 (doc. 1 de la contestación, folios



3105-3112)- que desde esa fecha no es SAINSA traída como cómplice a este procedimiento, sino GORBEA SOCIEDAD DE CAPITALS S.L. la titular de la participación en el capital que antes correspondía a SAINSA.

En tercer lugar, es un hecho probado con documental y testifical que pese al domicilio social de AFYPAIDA el espacio de trabajo de taller, ingeniería, laboratorio, almacén..., trabajo técnico en definitiva, estaba ubicado inicialmente en las instalaciones de EPSILON; lo que no debiera sorprender si atendemos a que era esta la ingeniería que iba a desarrollar el diseño y fabricación del coche HIRIKO; recordemos también que inicialmente eran ingenieros y mecánicos de EPSILON los que iniciaron la ejecución del proyecto con los procedentes del MIT bajo coordinación de C. Fdez Isoird de Denokinn. De ahí el contrato de arrendamiento de local firmado con EPSILON (anexo 8 del Informe de Calificación de la AC), con una duración prevista hasta el 31.12.2011 y una renta mensual del 8.000 euros. Se pacta (cláusula 7ª) que serán de cuenta de la arrendadora (de EPSILON) los gastos de consumo y suministros de agua, luz, gas y WIFI así como el soporte técnico informático "full" in situ con la oferta del hardware y software integrado en el CPD e Internet 10 MB punto a punto. Así lo han declarado testigos, entre otros, Luis Carlos , Obdulio y por MASER Raimundo . También el propio Romeo declara que se alquiló un espacio en sus instalaciones y además se puso a su disposición trabajadores de EPSILON; luego cuando EPSILON tuvo que retirarse (dice, porque así lo decidió la Junta directiva de AFYPAIDA y porque su situación económica era delicada) lo que se hizo fue integrar a esos trabajadores en AFYPAIDA.

En cambio también se ha declarado, y es acorde a la previsión estatutaria, que siempre hubo trabajadores de AFYPAIDA en el Edificio Alas, domicilio social de la asociación desde su constitución en 2008. Desde el inicio el departamento o equipo administrativo y de gestión de la asociación se ubicó en su domicilio social ( Arcadio , Ofelia , Roque , Carmen , entre otros así lo han declarado).

Cuando EPSILON sale del proyecto el equipo y espacio de trabajo que había en EPSILON se traslada al Edificio Alas. En esto, así como, a partir de ese momento el desarrollo del propio Proyecto, al que se van sumando trabajadores y espacios de trabajo diferenciados, en lo que se justifica por parte de AFYPAIDA las ampliaciones de la superficie arrendada. Así lo relatan testigos como los propios trabajadores procedentes de EPSILON, sin perjuicio de la opinión negativa de Ramón , trabajadores de AFYPAIDA y la propia AC que no es ajena a las instalaciones en las que ha desarrollado su actividad la concursada. Analiza los metros cuadrados arrendados en cada contrato y poniéndolo en relación con la evolución o desarrollo del proyecto concluye que los datos resultan coherentes; incluye una tabla (pág. 28) en la que relaciona el número de trabajadores por fechas, teniendo en cuenta que el desarrollo del proyecto exigía un espacio no solo para los trabajadores adscritos a la concursada propiamente sino también los de otras empresas co-fabricantes y colaboradoras (DENOKINN, personal del MIT, ETUD...).

Frente a ello, en lo que sustenta el MF su valoración es en la declaración del Sr. Ramón y en una crítica Socorro , que emiten opiniones contrarias y reservas en cuanto a la idoneidad del espacio de trabajo. El primero, trabajador de AFYPAIDA, mecánico y jefe de taller sostuvo en su declaración que no era normal ni cómodo que el taller se situara en la segunda planta y que así se lo hizo saber a Luis Carlos y nada menos que a Gonzalo y a Vicente (de ETUD). En cambio se le pregunta también a Obdulio -también testigo propuesto por el MF y trabajador de AFYPAIDA con visión crítica de la gestión del proyecto- y nada sabe de unas supuestas vibraciones que dificultaran el trabajo de los mecánicos. Es decir, sobre esa base se pretende justificar que se alquiló un edificio no apto para la actividad que se iba a desarrollar, cuando de hecho se llevó a cabo en el mismo hasta su paralización y en la que nada tuvo que ver una supuesta inaptitud del lugar de trabajo.

En cuarto lugar, en cuanto al precio, la AC no dice que el precio del alquiler fuera superior al de mercado, como parece leer el MF, todo lo contrario. Lo que dice es que todos los precios por metro cuadrado que dan ofertas concretas realizadas por distintas empresas (CEIA, Edificio DEBA, CC Boulevard, INBISA) son superiores a las tasaciones que realizan TECNITASA y VALTASA. Y explica que una cosa es el precio teórico que establezcan sociedades de tasación y otra muy distinta son las ofertas reales que emiten en el mercado las empresas propietarias de los edificios. En la comparativa analizada (ofertas concretas emitidas en su día por estas empresas, algunas de ellas aportadas como documental por UNIVERSAL ALAVA folios 3092- 3096), el precio por metro cuadrado dado por UNIVERSAL ALAVA es incluso inferior al ofertado por CEIA, Edificio DEBA y Boulevard.

Obras ejecutadas en el edificio Alas por parte de LAMBIDE

Por otro lado está la cuestión de las obras ejecutadas en el Edificio Alas. Nuevamente nos encontramos con la problemática del relato parcial del dictamen del MF. En un párrafo de trece líneas, el dictamen lo que hace es contestar a los argumentos expuestos por la AC en su informe en relación a las alegaciones de la AE, pero falta la descripción inicial del hecho que considera relevante para fundamental por sí solo la declaración de culpabilidad o que constituye indicio junto con todos los demás alegados de una gestión dolosa que busca bajo la apariencia de llevar a cabo un proyecto de I+D+i un enriquecimiento personal. Ni siquiera se apunta



a la empresa que ejecuta las obras, ni su composición accionarial, ni su órgano de administración. Se limita a sugerir que la contratación de la obra ha implicado un beneficio para "su administrador". Ante lo limitado del relato en este punto, teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre la que se ha querido llamar la atención mas arriba, se debería obviar esta parte del dictamen pues no es un hecho correctamente introducido en el objeto del proceso.

Pero aún así, en la medida en que lo alegado a largo del dictamen son un conjunto de hechos que si no aisladamente si en conjunto quieren mostrarse como una suerte de conjunto de indicios que llevan a una conclusión que se cree lógica, no va a dejar la juzgadora de pronunciarse sobre lo que resulta de la prueba aportada por el resto de partes.

Más allá del dato de lo facturado por LAMBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA S.A, la AC efectúa un análisis de los presupuestos habidos (el tercero aportado como anexo 9), de las facturas, de los pagos, de la cuenta del mayor contable y de lo declarado en el modelo 347, para finalmente concluir que ha existido una desviación final entre lo finalmente facturado y el presupuesto de 2.982,15 euros, cantidad totalmente irrelevante cuando tratamos de un desvío del coste final de unas obras respecto del total presupuestado de 312.003,21 euros. Y si pensamos que la cifra es elevada, el hecho es que cuando la AC -y la pericial de AFYPAIDA- analiza los suministros o compra de materiales y los encargos realizados a empresas subcontratadas (todo lo cual se aporta justificado documentalmente en anexos 10, 11) llega a la conclusión del margen negativo obtenido por LAMBIDE.

No se trata en ningún caso de un pago sin causa, que no se corresponda realmente a unas obras presupuestadas y ejecutadas. En cuanto a su necesidad, cuestión por la que interroga el MF a la AC habida cuenta de las explicaciones que da -pero que ya se daban en su informe- la respuesta de lógica aplastante es que a menos que la actividad empresarial a la que te vayas a dedicar en un local o espacio arrendado sea totalmente estandarizada, siempre precisarás hacer obras de acondicionamiento del espacio. Y ciertamente lo que no nos dice siquiera el Ministerio público en qué se basa para determinar que las obras han sido un gasto innecesario para la asociación, en qué lugar -distinto del domicilio social de la asociación no lo olvidemos- pudo instalarse el taller, almacén y zona de trabajo, en el que no hubiera sido necesario realizar obras de adaptación. Recordemos que así se hizo en un principio; la zona de trabajo se ubicó en las instalaciones de EPSILON donde ya contaba con un lugar de trabajado adecuado pero luego hubo de desplazarse la actividad a otra ubicación porque EPSILON iba a entrar en concurso.

Se trata en todo caso de gastos que se incluyen en las partidas a justificar al Ministerio. Lógicamente no es que existiera previsión expresa de realizar una u otra obra en uno u otro edificio, sino que se presentan y justifican gastos acometidos en el desarrollo y ejecución del proyecto (por ejemplo, primer convenio, estipulación quinta apartado 2, la subvención concedida se destinará a cubrir gastos de personal, equipamiento, suministros, gastos generales y otros gastos relacionados con el proyecto...).

La acusación no se refiere a que exista desviación del presupuesto aprobado, falta de justificación de gastos imputados al proyecto o de su relación con el mismo. Lo que pone bajo sospecha el MF aunque sin decirlo expresa y claramente en su demanda, es la participación del Sr. Felipe en la empresa que ejecuta las obras, es decir, el mismo motivo de sospecha que en el caso del alquiler del edificio. Pero con ello se está desviando del objeto de este procedimiento. Es irrelevante a qué empresa se contrata sino si ello supone un gasto superior al que se habría realizado de contratar con otra empresa distinta. Es decir, tratamos de decisiones dolosas o gravemente imprudentes que generen o agraven la insolvencia. Que aquello en lo que se gasta vaya a parar a manos de uno u otro sujeto, empresa, entorno societario..., no es determinante de una generación o agravación de la insolvencia. Podrá ser otra cosa, pero no dato relevante para la calificación del concurso mientras no se pruebe, y primero se enfoque bien el debate, hacia un gasto que de otro modo -con otra decisión exigible dentro de la diligencia de un ordenado empresario- no se hubiera producido y no hubiera mermado los fondos de la concursada.

Interposición de mercantiles.

En este apartado al que se dedica el dictamen del MF los folios 15 y ss, se refiere a "interposición de mercantiles, algunas sin ánimo de lucro, las cuales pertenecen al entramado societario".

Se obviará que el "entramado societario" al que previamente, en la página 3 del dictamen, se refiere Fiscalía, son las sociedades HIRIKO DM, S.A, HIRIKO DM CARS, S.L, HIRIKO DM INFRAESTRUCTURES S.L. e HIRIKO DM SERVICES S.L, y que éstas ni son asociaciones sin ánimo de lucro, ni son a las que dedica las páginas 15 y ss. También se obviará que las asociaciones sin ánimo de lucro DENOKINN e INNOVALAB no tienen conexión, que se haya puesto de manifiesto y probado, en cuanto a la participación en el patrimonio ni en cuanto a los órganos de administración con los socios de AFYPAIDA, lo que sin duda habrá podido comprobarse previamente a formular su demanda y solicitar la declaración de complicidad de estas sociedades, pues para ello basta la



comprobación de la hoja registral de las mismas, máxime cuando a la demanda ha precedido una querrela criminal y antes unas diligencias de investigación de la Fiscalía. Si quizás en lo que se piensa es en relaciones personales, amistad, negocios en común, etc, entre unos y otros empresarios, habría de haberse alegado así y desde luego probado para poder plantearse siquiera la posible relevancia del hecho.

BRW - MASER - SAPA.

Se señala en la demanda que las tres empresas tienen por objeto desarrollar el mismo producto, las roboruedas, 80 roboruedas exactamente, que el pago se realizó por adelantado y que solo se entregaron 4 roboruedas, destacando dos acciones contrarias al interés social de la asociación concursada:

El pago a BRW y pese al incumplimiento en la entrega de las 80 roboruedas, la ausencia de reclamación. Ello tuvo como consecuencia negativa el pago de 1.434.915 euros, con el último pago realizado en febrero de 2013, cuando la concursada padecía ya falta de liquidez para atender las nóminas de los trabajadores.

La misma interposición de BRW entre AFYPAIDA y MASER supuso un sobrecoste para la concursada de 347.646 euros.

Ya se ha tratado más arriba el objeto y finalidad de la constitución de BRW. Se ha dejado para este apartado el análisis de los contratos y encargos realizados a SAPA, a MASER y a BRW. Tanto la documental como las testificales descubren unos hechos bastante más complejos que los alegados por el MF y en base a los cuales trae a SAPA PLACENCIA, SAPA OPERACIONES y MICROELECTRÓNICA MASER a la calificación culpable del concurso de AFYPAIDA.

De los siete módulos que tenía el vehículo, el módulo de las roboruedas ha sido si no el más, si uno de los más problemáticos. Debe recordarse que no se trataba de un elemento existente en el mercado ni en el estado de la ciencia; al menos no aplicado a un vehículo comercial, de ahí que la actividad de investigación y desarrollo en que consistía el proyecto HIRIKO tenía en la roborueda uno de sus retos. Y si bien en un principio pudo plantearse el desarrollo de una roborueda como la contemplada en el proyecto inicial del MIT, y en ello trabajó SAPA como veremos junto con ETUD IBERICA, después fue sustituido su diseño por el que proponía desarrollar MASER. Finalmente, cuando asume la dirección técnica del proyecto Gonzalo y se empieza a trabajar en un modelo de vehículo más convencional, eléctrico pero abandonando muchas de las innovaciones del HIRIKO electrónico que constituía inicialmente la base del proyecto, se vuelve a contar con SAPA, y MASER empieza a encontrar problemas a la hora de dar cumplimiento satisfactorio de la obra que se le había encomendado, encontrándonos así con un enfrentamiento o discusión en el que cada parte del contrato (MASER y BRW) imputa incumplimientos a la contraria. Todo ello resulta con total evidencia y claridad de la abultada prueba practicada, tanto documental como testifical, tal y como se tratará de explicar.

Pero además de ello, tanto SAPA como MASER suscribieron otros contratos, acuerdos y encargos, que no cabe confundir con los que tenían por objeto las roboruedas.

Los primeros contactos de SAPA con el proyecto datan de mayo de 2010 (doc. 5-7 contestación de SAPA). En uno de estos correos electrónicos (documental no impugnada por los demandantes), el de 26.05.2010, se le pide a SAPA que concrete una visita a las instalaciones de EPSILON para trabajar en el diseño conceptual de la roborueda. El primer modelo de roborueda parece que es la que surge del trabajo conjunto de ETUD y SAPA, una vez que esta ingeniería entra en el proyecto (doc. 62 de oposición de MASER) y que se materializa en un contrato de arrendamiento de obra para el diseño, desarrollo, fabricación y testeo de cuatro roboruedas de 07.07.2011 (anexo 48 informe 75). En todo caso debe tenerse en cuenta que se trata de prototipos de roborueda que luego había que desarrollar para conseguir unas características homologables del vehículo y no digamos ya para conseguir su fabricación en serie a un coste aceptable. Sobre la ejecución del contrato de obra y entrega de las roboruedas por parte de SAPA, nada se objeta por el MF. Lo que señala, sin duda fruto de la confusión, es que meses antes se había suscrito un convenio de colaboración gratuito con el mismo objeto.

Sin embargo, del análisis del anexo 47 del I. 75 de la AC se desprende que el llamado convenio de colaboración gratuita -en realidad convenio de colaboración con compromiso de suministro y aportación, pues lo era a cambio de participaciones sociales en la sociedad que en el futuro habría de comercializar el vehículo-, de fecha 10.05.2011, tenía por objeto la ingeniería y desarrollo del "drive by wire" (volante) y control de potencia (cargador).

Por otro lado, también se contrató, en fecha 07.07.2011 con CENTRO DE EXCELENCIA PID RS S.A., también representada por el mismo Abilio, el suministro de un pack de baterías que no se incluía en el convenio anterior (anexo 49 del I.75).

Más adelante, tras optar BRW (y veremos al respecto las actas de BRW de 23.03.2011 y de 19.12.2011) por el diseño de MASER, y después aún, tras la incorporación al proyecto de Gonzalo, se intenta buscar una





solución que lleve a un resultado homologable cambiando radicalmente de modelo de vehículo, y se encarga a SAPA la fabricación del cuatro prototipos de "Power train" en contrato de obra de 10.09.2012 (anexo 51 del I.75) y en otro contrato, aunque de misma fecha, el diseño, desarrollo funcional y fabricación de una serie de prototipos que se detallan en el anexo del contrato (anexo 50 del I.75), pero que tampoco tienen nada que ver con el contrato de ejecución de obra de 07.07.2011 de las cuatro roboruedas a las que se ha hecho referencia.

Por lo demás, en cuanto a las alegaciones que se refieren a SAPA, la referencia que se hace en el dictamen del MF respecto del modelo 347 de AFYPAIDA, en el que según se indica no le constan relaciones comerciales con SAPA PLACENCIA y sí con SAPA OPERACIONES S.L. (cinco únicas líneas del dictamen del Ministerio Público en las que vemos una referencia a SAPA OPERACIONES, pese a lo cual es señalada después como cómplice, para la que pide una condena, a pagar solidariamente con otros cómplices y afectados, de nada menos que 15.739.524,48 euros), no acaba de señalarse qué se pretende revelar con ello, al margen de que en el Informe 75 de la AC y que asume como prueba documental el MF, la AC efectúa un análisis de la declaración 347, libros y soportes contables, y en el Informe de Calificación detalla los asientos del mayor contable, subcuenta NUM004 de SAPA PLACENCIA, S.L y nada reseñable, sospechoso o ilícito se revela. Más aún, siendo la participación de SAPA puesta en conocimiento del MICINN así como presentada la justificación económica de las dos subvenciones, nada se relaciona en el dictamen del MF, ni en las alegaciones de la AE, respecto a la falta de justificación de gasto alguno que pudiera afectar a SAPA PLACENCIA o a SAPA OPERACIONES.

Ante la genérica acusación de complicidad en una suerte de confabulación para aprovecharse o enriquecerse con los fondos públicos, SAPA aporta prueba pericial en la que mostrando sus cuentas anuales auditadas, datos del grupo, declaraciones de Impuesto de sociedades de las demandadas y de otras sociedades del grupo, los costes incurridos en el periodo de 2011 a 2014, la documentación contractual relacionada con el proyecto, facturas, extractos bancarios, documentación soporte de los partes de horas incurridos por el personal de SAPA, documentación soporte sobre facturas de proveedores y acreedores y extractos bancarios, balances de sumas y saldos de las sociedades del GRUPO SAPA, Convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa, entre otra documental que se aporta como anexo al informe (doc. 1 a 21), concluyen los peritos, entre otras cosas, que:

-El importe total facturado por el GRUPO SAPA a AFYPAIDA asciende a 941.025,38 euros mas IVA, de los que ha cobrado 612.825,52 euros sin considerar el IVA.

-Los costes incurridos por el GRUPO en relación al proyecto HIRIKO asciende a 1.783.757,02 euros, de los que el 85 % son coste de las horas dedicadas al proyecto por parte de los ingenieros (1.012.061,44 euros) y personal de taller (495.196 euros); y el 15 % corresponde a costes incurridos en materia de materiales, subcontratación y gastos de representación (276.499,58 euros).

-El impacto económico que ha tenido en el GRUPO SAPA su participación en el proyecto HIRIKO ha sido un impacto negativo de -1.170.931,50 euros.

Las discrepancias en cuanto al diseño de la roborueda que llevaron a que por un lado se encargara, por parte de AFYPAIDA a SAPA el diseño, desarrollo y fabricación de cuatro roboruedas, y por otro a BRW y a su vez ésta a MASER 80 roboruedas, y que tanto llama la atención al MF y a la AE, se ponen de manifiesto en las actas del Consejo de administración de BRW, los correos electrónicos cruzados, testificales como la de de Plácido (ingeniero mecánico de SAPA), de Santiago (director de producción de MASER), por descartado con las notas de reuniones y comunicaciones aportadas por MASER (doc. 15-18, f. 3549.300- 3549.308) entre otros, y desde luego si se comprende que no se trataba de un elemento existente en el mercado, ni en el estado de la técnica y ciencia como elemento aplicable a un vehículo -siquiera cuadríciclo pesado- susceptible de ser homologado para su circulación en vías de tráfico rodado. Se ha informado ampliamente de la problemática técnica que presentaba tal elemento y también sobre las distintas soluciones que proponían SAPA y MASER. Cuestiones todas ellas irrelevantes para la calificación del concurso de AFYPAIDA, una vez que queda plenamente acreditado de qué tipo de proyecto tratamos, de qué actividad fue la subvencionada y en la que se invirtieron los recursos de la asociación, y la existencia de dificultades técnicas; no llamemos problemas a lo que resulta propio de una actividad de investigación.

En el acta del Consejo de Administración de BRW de fecha 23.03.2011 (en conjunto documental nº 18 de oposición de AFYPAIDA), al analizar el estado de desarrollo de la roborueda, se advierte que existe discrepancia entre SAPA y MASER en cuanto al desarrollo, que SAPA tiene un concepto de roborueda que considera mejor que el de MASER y que AFYPAIDA, en medio de la discusión técnica, está todavía en trance de solicitar a BRW una propuesta para establecer el contrato de desarrollo de la roborueda.

Después, en el acta de 19.12.2011 vemos que se presenta un presupuesto que sería el que BRW habría de presentar a AFYPAIDA, con el que SAPA no está de acuerdo porque dice que le faltan especificaciones técnicas claras sobre cómo debe ser la roborueda. SAPA manifiesta malestar porque ha trabajado en la



roborueda basada en los diseños del MIT para AFYPAIDA MASER y SAPA se encuentran enfrentados. MASER se encuentra en desarrollo de un concepto distinto (doc. 63 oposición de MASER), que se espera sea mas ligero que el de SAPA, de forma que el diseño de MASER-ETUD, se impone y se aprueba el presupuesto que da lugar al contrato entre AFYPAIDA y BRW, para el diseño, desarrollo, fabricación y testeo de 80 roboruedas (anexo 52 del Informe 75).

En relación a los encargos efectuados a MASER, por un lado, se encuentra el realizado por BRW, como consecuencia de esa opción que finalmente se realiza a favor del modelo de roborueda que propone MASER y presupuesto que se acaba de mencionar. Por otro, los realizados directamente por AFYPAIDA y que dieron lugar: Primero, a un Convenio de colaboración de 03.06.11 (anexo 45 del I75) que tenía un objeto mas limitado que el posterior contrato de ejecución de obra a cambio de precio (anexo 46 del I.75) y que sustituyó al primero al igual que sucedió con los demás convenios de colaboración que se firmaron inicialmente con los co-fabricantes. Se trataba del llamado módulo electrónica, de los siete que componían el vehículo -y que no se refiere a la parte electrónica de las roboruedas que pertenecían al módulo de la roborueda-, de los que se debían fabricar 20 unidades de cada uno de los 7 componentes o módulos que lo conformaban. Son un total de 140 módulos electrónicos, es decir 7 módulos para cada uno de los 20 prototipos del HIRIKO.

Por otro lado, se encuentran los suministros de material de electrónica para la plataforma M1 y D1 encargados por AFYPAIDA, que dieron lugar a las facturas y albaranes aportados como doc. 19 a 27 de la contestación de MASER, con entrega efectiva corroborada en las comunicaciones también aportadas por MASER como doc. 28-31; nada de ello ha sido impugnado.

El por qué se contrata directamente por AFYPAIDA algunos productos y la roboruedas a través de BRW, pues quizás algo tenga que ver que BRW era la sociedad constituida precisamente para encargarse en el futuro de la fabricación de la BRW, si bien en la fase inicial en la que se quedó el proyecto, la de I+D+i, BRW no era mas que una agrupación de socios industriales, con participación de AFYPAIDA y promotores del proyecto, que fueron los que mantuvieron el control del órgano de administración.

Es un hecho no discutido que las 80 roboruedas diseñadas, desarrolladas, fabricadas y testeadas no se entregaron por BRW a AFYPAIDA. MASER trató de hacer entrega de cuatro roboruedas; digo que se trató porque, consta el albarán emitido por MASER (doc. 69 oposición MASER) y un correo que confirma la recepción de 03.08.2012 (doc. 70), así como fotografías del espacio del laboratorio y las propias roboruedas (doc. 72), facturas emitidas (doc. 73-78 ); todo en folios 3549/531- 3549/545. Con independencia de la no conformidad manifestada por AFYPAIDA (correo de 24.09.2012, doc. 31 de oposición AFYPAIDA), ni puede afirmarse correcto el rechazo, ni imputable a una u otra parte la falta de entrega de las 76 roboruedas restantes -montadas y testadas- debido al cruce de acusaciones que se ponen de manifiesto en los numerosos correos electrónicos intercambiados entre distintas personas de MASER por un lado y de BRW por otro (anexos 28 y 29 de oposición a AFYPAIDA y 65-68 oposición MASER, doc. 18 Informe Calificación AC).

La discrepancia, básicamente, se centra en que MASER entendía que conforme al contrato de arrendamiento de obra a ella le correspondía el diseño, desarrollo y fabricación de los componentes, y una vez montada la parte mecánica por personal de BRW que sería instruido por un ingeniero puesto por MASER (el Sr. Serafin ), MASER pasaría a montar la parte electrónica y al testeo del conjunto de la roborueda. BRW negaba la parte que MASER le imputaba a su responsabilidad. MASER mantiene todavía hoy, que la actitud de BRW /AFYPAIDA se debía a que tenían para entonces asumido un cambio de modelo del coche, ya incorporado Gonzalo y que como ya no interesaba trabajar en el coche electrónico que partía del diseño del MIT, sino en un coche eléctrico más convencional, no interesaba colaborar con MASER para concluir la fabricación y testeo de las 76 roboruedas restantes. Y no ya un testigo propuesto por MASER sino por la propia fiscal, Obdulio , tan crítico con las posibilidades de éxito del proyecto inicial, declara conocer en qué consistía la discrepancia que había con MASER, en cuanto a la entrega del producto ya montado y testado o a que ellos tuvieran que montar y ensamblar, y también de que sabe, porque estuvo presente en MASER, del trabajo que siguió desarrollando MASER en cuanto a la electrónica de las roboruedas y también "en algo mas" dice el testigo.

El por qué se pagó a MASER -aunque no todo lo que le debe BRW- pese a la no ejecución completa a satisfacción contratante de la obra, podemos hacernos a una idea en las comunicaciones también aportadas por AFYPAIDA . Así por ejemplo, correo enviado por Gabino , Presidente del Consejo de Administración de MASER al Sr. Juan Enrique , Presidente del Consejo de BRW, el 30.01.2012, en el que le dice: "según lo pactado indicarte que la semana pasada fueron tramitadas las facturas correspondientes al diseño y fabricación de 80 robot ruedas por parte de MASER. Estas fueron entregadas a Ofelia para su control y estamos a la espera de que como presidente de BRW emitas la orden de pago. Como ya sabes estamos pendientes de comenzar con las compras para las 80 robo ruedas para poder cumplir con los hitos de abril, mayo y junio. Sin esta aportación difícilmente podremos acometerlas y cumplir con los plazos". El 13.02.2012 se emite otro correo en el que MASER exige el pago de los trabajos ejecutados: "...MASER ha seguido soportando la



inversión y la financiación de la sociedad. Por lo tanto dado que eres el Presidente y puedes tomar las acciones correctoras pertinentes, no tengo mas remedio que insistir y comunicarte que desde hace una semana MASER ha suspendido todos los trabajos técnicos para BRW, incluido lo que competen a Serafin . Una vez se haya satisfecho el pago de las facturas que en su momento se acordaron tanto en forma como en cantidad, iniciaremos nuevamente nuestra actividad técnica...". Se trata, como el resto de documental aportada por las partes, de documentos no impugnados y sobre cuya autenticidad y valor probatorio nada han objetado MF y AE, pese a ser cuestionados expresamente sobre ello en la sesión inicial de la vista.

En todo caso, que se pusieron a disposición de BRW las cuatro roboruedas mas los componentes de las 76 restantes y a disposición de AFYPAIDA las 140 ECUs contratadas también resulta patente de la documental que se ha citado, además de la testifical practicada, tanto ingenieros de MASER como de la propia AFYPAIDA; lógicamente hay que valorar con la medida justa al rigor de las declaraciones el que un Obdulio diga que se entregó "algo" pero "no todo"; o un Andrés que afirma que Gonzalo decidió el cambio de rumbo del proyecto hacia un coche mas convencional "porque MASER no entregaba las roboruedas", cuando con toda evidencia el cambio de rumbo del proyecto está soportado documentalmente y es bastante anterior a, incluso, la puesta a disposición de BRW de las cuatro roboruebas y cuando tal afirmación se contradice incluso con las demás testificales de trabajadores de AFYPAIDA igualmente críticos; Carlos Miguel , Obdulio , Ramón , por ejemplo; todos ellos sostienen que cuando llegó Gonzalo fue consciente de la dificultad técnica de conseguir la homologación del vehículo con las innovaciones técnicas que presentaba y por eso propuso y convenció a los socios de AFYPAIDA para trabajar en un vehículo mas convencional.

Desde luego que la ejecución de los productos u obras contratadas a MASER hasta donde pudo llevarlas a cabo también queda constancia en la entrega de todo el material a la AC en febrero de 2016 (albarán de entrega e inventario realizado, doc. 58-61 contestación de MASER.).

Lo pagado por AFYPAIDA a BRW y la ausencia de reclamación judicial.

Se refiere el MF a un sobrecoste de 347.646 euros que estima supuso la interposición de la mercantil BRW entre AFYPAIDA y MASER, recogiendo con ello las alegaciones de la AE en este punto. Sin embargo, y al margen de tal cantidad se obtenga incluyendo en el cálculo el IVA, lo que no parece sea correcto cuando se trata de un IVA neutro y por tanto el exceso de lo pagado por AFYPAIDA a BRW, respecto de lo que ésta debía pagar a MASER sea de 294.615 euros, se obvia que en el presupuesto presentado por BRW a AFYPAIDA contemplaba una partida de "presupuesto interno" para el pago de los suministros con los que debía hacerse BRW. Pero además se aporta en el Informe de Calificación de la AC, como anexo 16, relación de proveedores cuyo pago dio lugar a la existencia de un déficit en BRW. Es decir, la AC, que analiza tanto la relación de proveedores como los asientos contables relacionados con BRW (anexo 17) obtiene que existió un déficit para BRW de 112.237,13 euros entre lo facturado y lo cobrado de AFYPAIDA (de 1.434.915, 40 euros (IVA incluido) y lo que debió pagar de 1.547.152,53 euros también con IVA, pero que dado que se dejó a deber a MASER la suma de 187.444,70 euros ello generó un superávit de tesorería de 75.207,57 euros. Pero si tenemos en cuenta lo recibido y lo pagado para suministros, excluido el IVA, el resultado fue deficitario para BRW.

En cuanto a ausencia de justificación industrial, productiva y comercial en la propia existencia de BRW, a la que se refiere la demanda, resulta cuestionable que se apelen razones de tal índole cuando no se trata de encargar a MASER un producto existente, definido, inventado; se trataba de investigar con distintas industrias la solución técnica y comercialmente posible de un elemento inexistente más que en un diseño a desarrollar. De ahí que se contemplara abordar la "creación" de este elemento con una sociedad de nueva creación que aglutinara precisamente empresas que habrían de colaborar en ello. Eso fue lo que se recogió en el Proyecto, lo que se informó y lo que se acordó con el MICINN en los Convenios de las nominativas, y exactamente así consta en el Resumen Ejecutivo de la Memoria de Gestión que se incluyó como anexo al Convenio de 2011 (anexo 19 del I.75), luego difícilmente puede imputarse una conducta dolosa o gravemente culposa en lo expresamente autorizado.

Y finalmente en cuanto a la supuesta ausencia de reclamación, que en todo caso sería judicial, pues reclamaciones, apelaciones al cumplimiento y requerimientos los hubo no ya hacia MASER, sino también por parte de MASER - ese era precisamente la problemática, que las dos partes se imputaban la causa del incumplimiento-, se ha explicado hasta la saciedad los distintos motivos que llevaron a no judicializar un conflicto que no había expectativas de poder ganar. Desde falta de presupuesto para un gasto como el que habría de suponer, hasta el propio interés en sacar adelante el proyecto, pues no debería sorprender que uno de los obstáculos fuera la identidad parcial de los socios implicados. Es decir, claro que si en BRW se encuentra MASER, demandar judicialmente desde BRW a MASER, plantearía un conflicto en BRW. Ello sin perjuicio de que una reclamación de AFYPAIDA a BRW resultaría absurda pues BRW carece de recursos materiales y personales para la fabricación de unas roboruedas que se quedaron en la fase de I+D+i.



Nada recoge el dictamen del MF sobre el anticipo dado por AFYPAIDA a BRW, a cuenta de la facturación final, ni sobre el préstamo concedido por BRW a AFYPAIDA, cuestiones que en la medida en que eran puestas de manifiesto en sus alegaciones por la AE son explicadas en el Informe de Calificación de la AC, pero no porque se estimen relevantes para la calificación, sino para rebatir que lo sean. Omite el MF toda referencia a las mismas aunque después en fase de prueba se han lanzado preguntas al respecto; hechos que no cabe sino ignorar.

Todo lo expuesto pone en evidencia lo alejada que se encuentra la realidad, mucho mas compleja, de las genéricas afirmaciones del MF, que mezcla contratos de ejecución de obra con convenio de colaboración, ignora otros contratos con distinto objeto y simplifica los hechos al grado de afirmar que lo encargado a MASER y SAPA es lo mismo, que todas las roboruedas eran lo mismo y que MASER no cumplió, prescindiendo del desarrollo del proyecto, de las dificultades que ello conllevaba, de las imputaciones mutuas de incumplimiento, de la ausencia de soporte patrimonial de BRW, de las razones que llevaron a no judicializar la ejecución de una obra que consistía en desarrollar una invención y en fin, de la propia naturaleza de un proyecto de I+D.

AFYPAIDA - DENOKINN- MIT.

Tratando de seguir un hilo discursivo racional se va a tratar a continuación la relación entre AFYPAIDA, DENOKINN y el MIT, pues se trata de otra relación en la que puede estimarse que existe intermediación o interposición de una asociación sin ánimo de lucro que es a lo que alude el MF en la página 15, segundo párrafo.

Resultan hechos no controvertidos que obran documentados no ya en esta pieza de calificación, sino en el propio concurso (Informe del art. 75 de la AC), el contrato de prestación de servicios suscrito por DENOKINN con AFYPAIDA, sus posteriores adendas, el Resumen ejecutivo de las actividades realizada en el marco de dicho contrato, el Convenio de DENOKINN con el MIT (anexos 27 a 31 del I.75). También resulta conocido y no controvertido lo que se pagó a DENOKINN por parte de AFYPAIDA; se trataba de partidas incluidas además en el presupuesto de las subvenciones nominativas. Deriva también del contrato y adendas señaladas a qué conceptos respondía el precio (se estipuló qué parte del precio era por la colaboración del MIT y qué parte por servicios propios de DENOKINN). Se detallaban en el Anexo I del contrato inicial los servicios que se comprometía a prestar DENOKINN aunque después se modificaron -y redujeron en algunos puntos- en las posteriores adendas. El presupuesto recogido en el contrato inicial ascendía un total de 2.708.000 euros sin IVA de los que mas de la mitad, 1.823.000 euros, eran por -no para- la contratación del MIT y 885.000 euros por la prestación de servicios profesionales por DENOKINN.

En primer lugar, en la demanda del MF se vierten una serie de alegaciones cuya relevancia no se alcanza a ver, no ya para la calificación culpable del concurso, sino para fundamentar una conducta constitutiva de algún tipo de ilícito. El sueldo que cobrara Isidoro , no tiene ninguna relevancia a los efectos de calificación del concurso. El Sr. Isidoro es trabajador de DENOKINN, su sueldo se lo paga DENOKINN, no AFYPAIDA y que se presuma que lo cobró solo por su trabajo para el Proyecto HIRIKO implica una presunción carente de toda base probatoria. Lo que pagó AFYPAIDA a DENOKINN trae causa de un contrato de prestación de servicios. Es la prestación de los servicios comprendidos en el contrato lo que se remunera; lo que cobren los trabajadores de DENOKINN, antes, durante y después del trabajo relacionado con el Proyecto HIRIKO es ajeno a AFYPAIDA. Carece de toda relevancia el tiempo que los trabajadores de DENOKINN dedicaran al proyecto HIRIKO y el que dedicaran a otros proyectos de la asociación para la que trabajan; en ningún documento, contractual ni de cualquier otro tipo, se dice que DENOKINN facture a AFYPAIDA por horas, ni por resultados. DENOKINN no es un mediador o comisionista entre AFYPAIDA y el MIT, de manera que no se alcanza a comprender por qué ha de corresponder el precio que AFYPAIDA paga a DENOKINN a cambio de contar con la colaboración del MIT -y por supuesto por la puesta a disposición y cesión del proyecto ideado por dicho Instituto- y el precio que DENOKINN pague por ello al MIT. Como no sea que se piense que al tratarse de una asociación sin ánimo de lucro, no tiene que tener ningún beneficio ni margen comercial en su operaciones, lo que desde luego ni es cierto, ni presenta el más mínimo rigor jurídico afirmarlo.

Por tanto, debe descartarse cualquier relevancia de hechos invocados en el dictamen mientras: (i) no se refiera y acredite que los gastos justificados por AFYPAIDA al MICINN por gastos de viaje no se encuentren justificados ni incluidos en el presupuesto, cosa que ni se insinúa en la demanda; (ii) no se refiera y acredite el incumplimiento o cumplimiento defectuosos de los servicios a los que se obligó DENOKINN; a este respecto no puede dejar de señalarse que en el informe GESVALT al que me referiré mas adelante, constata la efectiva prestación de los servicios contratados y su contenido real; (iii) no se alegue y acredite que no se alcanzaron los objetivos marcados en el proyecto debido al incumplimiento o en su caso falta de capacidad de DENOKINN en el cumplimiento de sus obligaciones.





En este sentido, debe indicarse que cuando se habla de frustración del proyecto HIRIKO, imputando dicho resultado a la intervención de DENOKINN, no puede evitarse la pregunta: ¿En qué ha contribuido DENOKINN a la frustración del proyecto HIRIKO? O dicho de otra forma ¿Qué habría tenido que hacerse para sacar adelante todos los hitos contemplados en el proyecto con el presupuesto aprobado, sin la intervención de DENOKINN? ¿Realmente alguien cree que hubiera sido posible semejante innovación tecnológica y social con las subvenciones concedidas al margen de quién participara? O mejor, ¿Alguien puede asegurarlo?

Cuando se asume por el Ministerio Público, sobre la base de las declaraciones realizadas ante la Ertzaintza por varios ex - trabajadores de AFYPAIDA, las alegaciones de la AE, en el sentido de que únicamente cuando tomó el control Gonzalo , el proyecto empezó a tener un enfoque realista de cara a cumplir las especificaciones técnicas que habrían permitido la homologación del vehículo, olvida que el proyecto HIRIKO no era el vehículo eléctrico, más convencional, que trató de sacar adelante Gonzalo , sino el HIRIKO inicial, el que se componía de siete módulos ensamblables a fabricar por los co- fabricantes en un modelo de negocio diferente a lo conocido, un proyecto revolucionario e innovador, con invenciones tecnológicas en el vehículo, a desarrollar en un trabajo de I+D, con las roboruedas ideadas por el MIT, con una conducción "dribe by wire"....., eso era el proyecto que se presentó a las instituciones públicas que dieron las subvenciones, entre ellas el MICINN, ahora MINECO, representado por la Abogacía del Estado, que ahora vierte las acusaciones de inidoneidad, falta de rigor del modelo de negocio y falta de cualificación y profesionalidad de los que intervinieron en el mismo. O peor, de lo irrealizable del proyecto inicial. Pero si para ese proyecto fue para los que se dieron los 14 millones de euros en subvenciones estatales. ¿Acaso no se habría alegado incumplimiento de los objetivos e hitos del proyecto si en lugar del coche HIRIKO se presenta a homologación otra cosa, como un coche eléctrico que carece de todas las innovaciones a cuyo desarrollo estaba encaminado el dinero público?

No desconoce la juzgadora que los 4.307.939 euros a los que alude la AE son mas de 700 millones de las antiguas pesetas (exactamente lo pagado a DENOKINN según Informe de la AC (pág. 21) son 3.592.204,14 euros, un 21,10 % de lo invertido o gastado, y que corresponden a 597.692.478,03 pesetas). Pero nuevamente nos encontramos con apelaciones a cifras desorbitantes que sirven para escandalizar a la opinión pública, pero luego no se desciende al terreno jurídico. Nadie ha sabido decir en este incidente cómo ha podido ser la contratación de DENOKINN una decisión gravemente imprudente o dolosa que haya generado, contribuido o agravado la insolvencia de AFYPAIDA, cuando AFYPAIDA se dedicó al proyecto HIRIKO, el proyecto HIRIKO era el desarrollo del diseñado y proporcionado por el MIT y precisamente DENOKINN fue quien proporcionó a los miembros de AFYPAIDA trabajar con el proyecto ideado por el MIT?

Por lo demás, analizando el resto de hechos que en concreto se alegan en la demanda del MF respecto de la intervención de DENOKINN y la relación o importancia que pudieran tener para la calificación culpable del concurso, se lanzan datos que no tienen soporte probatorio y que resultan rebatidos eficaz y documentalmente no ya por los demandados, sino por la AC, también demandante en este incidente. Así, se afirma, en base a la media que calcula la Abogacía del Estado (pág. 68 del escrito de alegaciones) el tipo de cambio de dólares americanos a euros, que el sobrecoste que habría implicado la intervención de DENOKINN, en relación a lo pagado al MIT, ascendería a 453.000 euros. Sin perjuicio de que la AC, remitiéndose a los documentos aportados a las Diligencias Penales por Matías , representante en aquel entonces de DENOKINN, incluye en su Informe de Calificación una tabla con los pagos efectivos realizados por DENOKINN al MIT por razón del proyecto HIRIKO. La suma de los pagos realizados asciende a 2.449.928 dólares, iguales al tipo de cambio real, a 1.820.308,41 euros, luego la diferencia entre lo pagado por AFYPAIDA a DENOKINN y lo pagado de forma efectiva por ésta al MIT asciende a 2.691,59 euros. A la misma cifra llega la pericial de AFYPAIDA (extremo 6 del informe f. 3925). Al margen de la importancia que pueda representar esta cifra, no se volverá a sobre la cuestión del margen comercial o ganancia que puede pactar una empresa, aunque sea asociación sin ánimo de lucro. Junto con el análisis que efectúa la AC, la propia DENOKINN aporta como doc. 8, copia de las facturas emitidas por MIT y como doc. 9 justificantes de pago, de los que se obtiene que aún debe al MIT 300.000 USD.

Los 105.440 euros que llaman la atención a la AE y que recoge el MF, por diferencia de las compras declaradas por AFYPAIDA y los importes que resultan del contrato y adendas posteriores, vienen documentadas en facturas que se aportan como doc. 10 de la contestación de DENOKINN que DENOKINN imputa a la cláusula 1.4 del contrato, conforme a la cual, junto con el precio global estipulado por los servicios que se comprometía a prestar, podía repercutir "los gastos suplidos que pueda incurrir la prestadora como consecuencia de la ejecución de los servicios profesionales...".

En todo caso, no cabe olvidar que todo gasto repercutido y precio pagado por AFYPAIDA se encuentra auditado por KPMG y presentada su justificación al Ministerio

En este apartado no se puede dejar de mencionar lo que se entiende por el MF y AE que son sobrepagos por identidad de servicios y que afectarían a DENOKINN en relación a Marino y la mercantil EQUILQUA BRANDING AND COMUNICACION AND COMMUNITY S.L. (en adelante EQUILQUA) constituida por el mismo y



dedicada, según se desprende del contrato al que luego me referiré, a la publicidad, el marketing, el comercio, la comercialización de productos de consumo, asesoría e información de empresas, entre otras actividades.

Sostiene el Sr. Marino en su declaración, y no es negado por DENOKINN, que en su momento prestó servicios profesionales para DENOKINN, aunque nunca como trabajador por cuenta ajena, y la relación que le unía era un arrendamiento de servicios profesionales. Fue contratado para prestar servicios de creación de imagen y diseño de la estrategia de marca y comunicación del proyecto HIRIKO.

Después la sociedad constituida por el Sr. Marino, EQUILQUA, fue contratada directamente por AFYPAIDA, siendo contrato de fecha 01.03.2012 aportado como anexo 32 del Informe de Calificación de la AC. El objeto contratado venía constituido por servicios de marketing y comunicación que se concretaban en el anexo I y el precio 3.000 euros mensuales de marzo a diciembre de 2012. Pero para entonces, se había suscrito ya la primera prórroga con DENOKINN, el 11.04.2011 (anexo 29 del I. 75) hasta diciembre de 2011, en el que desaparece del objeto del contrato "la realización de informes y acciones encaminados a desarrollar y mejorar las técnicas de marketing y comunicación" que antes de contemplaba como letra i) del presupuesto económico incluido en el Anexo I del contrato inicial de 11.01.2010 (anexo 27 última página).

Que al folio 7449 de las Diligencias de investigación figure como gastos aportados por AFYPAIDA al MINECO para justificar la subvención nominativa de 2010 una factura de fecha 02.12.2010 pagada el 15.12.2010, por importe de 524,79 euros a Marino, cuando en esa fecha el Sr. Marino prestaba servicios profesionales a través de DENOKINN a AFYPAIDA, carece de relevancia, cuantitativa y cualitativamente, para sostener la tesis de la existencia de una trama urdida por los responsables del órgano de administración de AFYAPIDA para apoderarse, en beneficio propio o de terceros, de fondos públicos.

#### INNOVALAB

En relación a INNOVALAB, resulta sumamente revelador a juicio de esta juzgadora el informe emitido por el perito Anselmo, de la sociedad GESVALT SOCIEDAD DE TASACAIÓN S.A. (anexo 15 del Informe de Calificación de la AC). Pericial que, debe recordarse, fue solicitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, con motivo de la investigación que se sigue en dicho Juzgado a raíz de la querrela interpuesta por Fiscalía por hechos que en parte se reproducen en esta Jurisdicción civil. La pericial allí practicada se ha traído como prueba al presente incidente a instancia del MF, que también ha tenido ocasión de interrogar al perito en la vista. Las conclusiones del perito, imparcial, elegido por insaculación, evidencian la total irrelevancia de los hechos que se ponen de manifiesto en el dictamen del MF con respecto a la calificación culpable del concurso.

Vaya por delante que se encuentra documentado en el Informe de Calificación de la AC el contrato de prestación de servicios entre AFYPAIDA e INNOVALAB de fecha 08.01.2011 (anexo 20), que tenía por objeto en síntesis a) actividades de internacionalización (coordinación de los procesos de internacionalización del proyecto, la gestión de la presencia del proyecto en congresos, conferencias y eventos internacionales, la promoción de viajes y reuniones con instituciones internacionales, agentes locales,..., el desarrollo de planes de internacionalización...; b) búsqueda de inversores,...; c) estrategias de comunicación y marketing (actividad que consistirá en la definición de las marcas, la imagen, los catálogos, los elementos de merchandising, necesarios para el desarrollo de la marca HIRIKO y su puesta en el mercado). Se pacta por todo ello una retribución única, a precio alzado, de 550.000 euros (sin IVA), que en la estipulación tercera se desglosa: 336.000 euros en concepto de personal, 120.000 euros en concepto de subcontrataciones y 22.000 euros en concepto de desplazamientos locales. Obsérvese que no se establece un precio por partidas a justificar, es decir, un máximo de 22.000 euros por desplazamientos a justificar, un máximo de 120.000 euros para subcontrataciones, etc. La AC incluye en su Informe un cuadro con los pagos realizados a INNOVALAB y que dan como resultado exactamente los 550.000 mas IVA (649.000 euros) pactados.

Consta también en la documental la prórroga de fecha 13.01.2011 (anexo 21) del contrato anterior en la que se acuerda una prórroga de un año mas sin remuneración suplementaria.

Se ha oído también como testigos a Jose Francisco y a Juan Carlos, trabajadores de INNOVALAB que han relatado las funciones concretas desempeñadas, junto con Cornelio. Tanto a los trabajadores de INNOVALAB como a los de DENOKINN se les ha preguntado si llevaban un cómputo de las horas que trabajaban para el Proyecto HIRIKO y las que lo hacían para otros proyectos. Sin embargo carece de relevancia el dato desde el momento en que lo que se contrata son los servicios de la empresa, se pacta un precio por los mismos y luego la sociedad contratada destina los recursos personales de que dispone por el tiempo que estime preciso para el cumplimiento del servicio encargado; no hay contratación de los empleados de INNOVALAB o de DENOKINN por horas. Carece de rigor cuestionar ahora si uno trabajo mas o menos, cuando, como veremos, el informe GESVALT del que se vale precisamente el MF concluye que efectivamente se prestaron lo servicios contratados.



A pesar de que las conclusiones que emite el perito en su informe son sumamente claras, se le vuelve a preguntar en la vista si la contratación de INNOVALAB supuso un incremento del gasto o sobrecoste no justificado para AFYPAIDA y el perito vuelve a explicar que no es exactamente así. Analiza el objeto del servicio contratado (que vuelve a repetir que de la documentación examinada concluye que se prestó y que es distinto del encargado a DENOKINN y que también se ejecutó por ésta) y de la documental de la que ha dispuesto (que no es toda la necesaria y de ahí las limitaciones de las que advierte en su informe), analiza los recursos de los que dispone la asociación y los gastos en los que incurre (los que puede llegar a conocer con la documentación analizada). Al establecer una relación entre gastos en los que incurre para ejecutar los servicios que se le contratan y los ingresos que obtiene por ello, es decir, el precio pagado por AFYPAIDA, tiene sus dudas de que pueda corresponder el precio pagado por AFYPAIDA corresponda a un precio de mercado. Dicho de otra manera, la diferencia entre los gastos e ingresos no parecería ser el margen industrial en términos de mercado que podría tener una sociedad como esta. Si bien nuevamente matiza que sus conclusiones se encuentran limitadas y podrían matizarse debido a la parcial información de la que ha dispuesto.

Respecto de las limitaciones a las que se refiere el perito, debe señalarse que en su informe señala la documentación que ha podido analizar, y enumera además de la documentación contractual, la querrela criminal de la Fiscalía, informe económico de la Ertzaintza, resoluciones de reintegro de subvenciones, documentación aportada por DENOKINN, documentación soporte de facturas y pagos realizados a distintos acreedores, entre otra documentación, pero que en relación a posibles gastos de personal, aprovisionamientos y otros gastos de explotación, analiza para obtener sus conclusiones, básicamente la documentación aportada por la Hacienda Foral de Bizkaia consistente en las declaraciones tributarias de IVA, IRPF, Impuesto de Sociedades y modelos 347 (operaciones con terceros superiores a 3000 euros) de los ejercicios 2010-2012.

Por tanto, lo que dice el perito es que tiene sus dudas de que el margen comercial que puede calcular con la documentación analizada sea acorde a un margen industrial que corresponde a una asociación como esta; asociación sin ánimo de lucro que el perito opina no debería tener un beneficio significativo, lo que resulta una opinión discutible, pues lo jurídicamente relevante es que el beneficio se destine al fin social y no lucre a los socios. Pero aún aceptando la opinión del perito, lo relevante es que todo se reduce a la duda de si el precio cobrado corresponde al valor que ha de darse a los servicios que efectivamente prestó, cosa que claramente se infiere que es lo que late en muchas de las alegaciones de la AE.

En cuanto la coincidencia de cargos de determinadas personas -lo que ni siquiera se menciona en el dictamen del MF, pese a lo cual se le interroga en la vista sobre ello-, refiriéndose a que Isidoro compatibiliza sus funciones como Presidente de la Junta Directiva de INNOVALAB y como trabajador de DENOKINN encargado de la coordinación general del proyecto, y a Marino que es secretario de la Junta de INNOVALAB y responsable de marketing en régimen externo a través de la sociedad EQUILQUA BRANDING & COMMUNITY S.L. contratada por AFYPAIDA, tiene que volver a matizar el perito que, desconoce la incidencia que ello pueda tener en el análisis que se le encomienda y que en todo caso sí que sabe que los miembros de la Junta Directiva de INNOVALAB no están retribuidos.

En relación a la partida pagada como parte del precio por subcontrataciones que se preveía podía realizar INNOVALAB, reitera el perito que no puede determinar que se hayan realizado -la subcontratación, no los servicios que se debían prestar mediante subcontrataciones; servicios que reitera, de la documentación analizada concluye que se llevaron a cabo-, porque de la documentación contable (cuenta de pérdidas y ganancias y balance) y fiscal (declaraciones 347) no puede discernir que hayan existido subcontrataciones.

Pero las conclusiones de la pericial son bien claras: Al igual que los servicios prestados por DENOKINN tienen contenido real y efectivamente se prestaron, también se llevaron a cabo los contratados con INNOVALAB. De ahí que la juzgadora no alcance a ver la relevancia que pueda tener entonces que en lugar de 6 trabajadores se emplearan 3 si el servicio por el que se paga a INNOVALAB se prestó y así ha reiterado el perito que ha comprobado. Qué relevancia pueda tener que no haya podido comprobar la realidad de todos los gastos de viaje. O qué relevancia pueda tener que de la documentación analizada no haya podido determinar si existieron subcontrataciones -o incluso aunque aceptemos que realmente pudiera no haberlas habido- si los servicios contratados y por los que se acordó el precio, llegaron a ser prestados de forma efectiva, por seis o por tres trabajadores, mediante subcontrataciones o directamente por el personal de INNOVALAB.

La pericial concluye que sí disponía INNOVALAB los medios materiales y humanos para ejecutar el servicio contratado, lo que se cuestionaba y se señalaba como uno de los objetos de la pericia. El contenido o alcance del acuerdo se sintetizaba en el desarrollo de las actividades de internacionalización del proyecto, búsqueda de inversores y estrategias de comunicación y marketing, servicios distintos de los encargados a DENOKINN; servicios distintos que se prestaron, servicios que en su caso son valorados por el perito como complementarios, es decir que los prestados por una empresa son desarrollo o derivación de los prestados por la otra, pero explica que ello no constituye ilícito o actividad anormal alguna, reitera que en todo caso, en lo



que puede pensarse es en una ineficiencia o burocratización excesiva; que si tiene que dar su opinión, podría haberse buscado una única contratación que asumiera todas las funciones que se han desplegado en este proyecto entre DENOKINN e INNOVALAB, lo que podría haber sido mas eficiente.

Pero entonces, lo que se ha de concluir tras el análisis de la pericial, y la conclusión vale tanto para INNOVALAB como para DENOKINN (cuya contribución también es cuestionada) es que de lo que puede hablarse en todo caso es de un modelo que podría haberse diseñado de otra forma que quizás hubiera resultado mas eficiente, es decir capaz de lograr el resultado buscado con el empleo del menor número o cantidad de recursos posibles.

Pero esto nada útil nos aporta para la calificación del concurso, ni aisladamente, ni como hecho cierto del que inferir, junto con otros, como veremos una conclusión lógica.

#### VILAU MEDIA

Al perito de GESVALT no se le pregunta en el encargo realizado por la posible duplicidad o identidad de servicios contratados a INNOVALAB, en materia de subcontrataciones y el encargo realizado a VILAU MEDIA S.L. Por esta empresa, también señalada como cómplice, declara el testigo Teodoro , en su momento trabajador y apoderado, aunque dice, con poderes limitados. La querrela en su día presentada por la Fiscalía (anexo 94 del In 75 ) se dirigía también contra este señor junto con los miembros de la Junta Directiva de AFYPAIDA. Se imputaban pagos indebidos por entender que se habían pagado cantidades acordadas en dos contratos suscritos con AFYPAIDA pese a que no se había realizado el servicio contratado; además de considerar que otros servicios debían haberse pagado por INNOVALAB por encontrarse incluidos en los encargados por AFYPAIDA a esta última. En la demanda de calificación culpable del MF insiste en los mismos hechos, omitiendo el análisis del contenido de los contratos aportados al Informe de Calificación de la AC y que contradicen la acusación.

Fueron 3 los contratos celebrados con VILAU MEDIA S.L; sociedad que aún en concurso después, en su momento -dice el testigo- era una empresa con mas de cuarenta trabajadores y negocio en España y en el extranjero, sin relación previa alguna ni con AFYPAIDA ni con sus socios y fueron ellos -VILAU MEDIA- quienes ofrecieron sus servicios a AFYPAIDA para mejorar su visualización mediante estrategias de comunicación. Los tres contratos celebrados, aportados como anexos 22, 23 y 24 del Informe de Calificación de la AC, en virtud de los que se pagó a esta sociedad 169.212 euros en total, tienen objeto distinto entre sí y con respecto a los servicios contratados a INNOVALAB, hasta el punto de que mas allá de la afirmación genérica que se contiene en el dictamen del MF no se llega a señalar, y menos a probar, coincidencia alguna. En cuanto al incumplimiento parcial de uno de los contratos por parte de VILAU MEDIA, y que parece llamar la atención al MF la falta de reclamación por parte de AFYPAIDA, se aportó como anexo 25 del Informe de Calificación de la AC, la comunicación dirigida en su día por AFYPAIDA a VILAU MEDIA comunicando la resolución del contrato y formulando reclamación de los 42.000 euros anticipados. Que no se devolviera dicha cantidad y que no se terminara de cumplir a satisfacción este contrato quizás algo tenga que ver con la situación concursal en la que entró la sociedad (anexo 26 del Informe de Calificación de la AC); pero en todo caso, no se alcanza a comprender la relevancia que puede tener el hecho para la calificación del concurso de AFYPAIDA, cuando no se pretenderá responsabilizar a los miembros del órgano de administración de la concursada del incumplimiento contractual de terceras empresas.

#### Contratación por precio / Convenios de colaboración.

Analizada mas arriba la cuestión de los contratos de obra y convenios de colaboración suscritos con SAPA y con MASER, restaría por tratar los concertados con TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN y con FORING PRODUCTS TRADING S.L, el primero es llamado a esta pieza como cómplice y el segundo no, sin que en ningún momento llegue a razonarse el porqué.

Al margen de que no es gratuito un contrato o convenio en el que la prestación del co-fabricante lo es a cambio de una futura participación en el capital social de la empresa que se proyecta que se dedique a la fabricación de los coches HIRIKO, o del compromiso en constituirse en suministradoras exclusivas de su producto en una futura fabricación (así la cláusula 10ª del primer convenio de colaboración con FPT anexo 39 del I.75) es obvio que el modelo de negocio colaborativo no prosperó y todos los co-fabricantes que finalmente afrontaron el proyecto lo hicieron condicionando su prestación al pago de un precio.

Es el caso, entre otros de TMA y de FPT, sin que llegue a verse ilicitud alguna. Pero tampoco motivo de sospecha. La podría haber si se hubiera cobrado precio en virtud del contrato de ejecución de obra y al tiempo hubieran obtenido suministro en exclusiva y participación en el capital de la sociedad que estuviera vendiendo y lucrándose coches HIRIKO. Pero en la medida en que ni ha existido ni se encontró en su momento próximo el desarrollo del proyecto a una futura fabricación en serie de vehículos HIRIKO, apelar a un convenio de colaboración que partía de dicha premisa resulta absurdo.





Los contratos, convenios, facturas y pagos se hallan documentados y no son objeto de discusión (anexos 39-43, 54 y 55 del I.75; cuentas de mayor nº NUM001 (TMA) y nº NUM002 (FPT) de AFYPAIDA).

-Sobrepagos por identidad de servicios.

Se ha analizado ya la cuestión de EQUILQUA BRANDING AND DOMUNICACIÓN AND COMMUNITY, S.L., Marino y DENOKINN.

Dentro de este apartado el MF cita también la contratación de Roque , entendiendo que carece de toda lógica su contratación. Resulta una contradicción sostener que existía una excesiva externalización de servicios (asesoría jurídica, asesoría fiscal, asesoría en materia de propiedad industrial, en materia de subvenciones) y al mismo tiempo que sobre una persona contratada en AFYPAIDA para, coordinar estos servicios y el propio personal administrativo de AFYPAIDA ( Ofelia , administrativa y contable; Carmen , abogada....). En todo caso, a esta juzgadora le ha quedado claro que era el inmediato superior de los trabajadores del área de administración y contabilidad de AFYPAIDA, que coordinaba también los servicios externos, dado cuenta y respondiendo ante Arcadio , superior inmediato del trabajador cuestionado.

- Préstamos.

En el escrito de alegaciones de la AE se hacía referencia a varios préstamos concedidos por AFYPAIDA. Algunos de ellos no se mencionan siquiera por el MF. Los que sí se mencionan son dos, pero cuya realidad carece de toda relevancia.

El préstamo a AFYPAIDA por BBVA y el concedido por AFYPAIDA a CN, ha sido analizado en el apartado correspondiente a la compra del LMP1. La operación en sí carece de trascendencia aisladamente considerada; no resultó gasto financiero alguno para AFYPAIDA; de hecho, como ha quedado señalado mas arriba, de los dos préstamos resultó un ingreso financiero a favor de AFYPAIDA de 143.133,85 euros.

Se hace referencia también al préstamo que concedió AFYPAIDA a TMA con motivo del contrato de arrendamiento de obra. Es decir, el 18.10.2011 se suscribe entre TMA y AFYPAIDA un contrato de préstamo por el que AFYPAIDA adelanta a TMA efectivo por importe de 125.000 euros. Se pacta que el capital se restituya el 29.02.2012 con un interés del 6 % (anexo 31 del IC). A su vez conciertan AFYPAIDA y TMA el contrato de arrendamiento de obra para la fabricación y entrega de 20 exoesqueleton, facturando una cantidad similar a la del préstamo, 153.249,80 euros. Tanto la AC en su IC como el propio Arsenio en su interrogatorio sostienen que el préstamo se debió a las dificultades financieras que atravesaba por aquel momento TMA, que se devolvió íntegramente el capital en poco tiempo (en la cuenta nº NUM003 figura la disposición el 17.10.2011 y la restitución en dos anotaciones del 06.02.2012 y por tanto a los escasos 4 meses). El Sr. Arsenio sostiene en su interrogatorio que la cuestión del préstamo la trató con el departamento administrativo de AFYPAIDA y ni siquiera sabe que hubiera pacto de intereses en el préstamo. Intereses que efectivamente no se debieron pagar, pero que hubieran supuesto la suma de 2.301,37 euros, cantidad irrelevante y su no reclamación no constituye una omisión reveladora de una imprudente gestión.

-Incumplimiento de las condiciones de las subvenciones.

Mantiene el dictamen del MF que debe configurarse como causa reveladora de la culpabilidad en la generación y agravación del estado de insolvencia el incumplimiento de la finalidad subvencionada y las condiciones a las que se sujetaron las subvenciones. Tal conclusión parte de dar por cierto un hecho, que se incumplieron las condiciones de las subvenciones nominativas, lo que resulta seriamente cuestionable.

No compete a esta jurisdicción revistar las resoluciones administrativas de reintegro, pero siquiera como cuestión prejudicial, con efectos limitados al concurso y en la medida en que se trae como hecho de relevancia para la calificación, algo puede y debe decirse al respecto. Se ha cuidado esta juzgadora de leer los convenios de las nominativas, las memorias anexas, los objetivos definidos en la misma (apartados 5.1, 5.2 del F.D.tercero), junto con las memorias técnicas de la actividad desarrollada y las resoluciones de inicio del procedimiento de reintegro y posteriores resoluciones de reintegro (apartados 7.1 y 7.2 mismo F.D.) y de ninguna manera resulta patente que haya existido un incumplimiento de las condiciones a las que se sujetaban las subvenciones. El Convenio se refiere a "la ejecución de un proyecto". En los "objetivos definidos en la memoria" a los que se remite después el Convenio también se hace referencia a "explorar nuevos conceptos ligados al desarrollo de una movilidad urbana". Es luego a la hora de desarrollar un plan de trabajo en diferentes fases, donde se concretan desde una WP0 a una WP9, correspondiendo la última a la producción de los 20 prototipos. Pero es cuestionable que alcanzar el último hito del plan de trabajo contemplado se erija en objetivo a alcanzar cuando los fondos recibidos se han utilizado para "el desarrollo del proyecto" con independencia del éxito que haya tenido el trabajo en cada una de las fases o hitos a superar.



No puede evitarse la comparativa con una investigación de una cura para una enfermedad; se podrá subvencionar la actividad y para resultar ordenada y explicada habrá que contemplar un plan de trabajo que pase por ir superando determinados hitos o fases, pero que en cualquier estadio del desarrollo no se supere un hito o fase o por el contrario se consiga superar la última logrando la cura o antídoto, no parece que pueda determinar el incumplimiento o cumplimiento de las condiciones de la subvención.

No tratamos de un préstamo que la Administración concede y que desde ese momento se sabe que habrá que devolver. Tratamos de subvenciones, que se conceden -dejemos términos como a "fondo perdido" o "finalistas" y hablemos con propiedad- sin contraprestación directa de los beneficiarios y para (i) el cumplimiento de un determinado objetivo, (ii) la ejecución de un proyecto, (iii) la realización de una actividad, (iv) la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o (v) la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido y que tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública ( art. 2.1 Ley 38/2003 General de Subvenciones ). Lo que dice el Convenio (primera nominativa) es que la subvención concedida "debe destinarse a cubrir los gastos de personal, equipamiento, suministros y otros imputables al proyecto" no que hayan de destinarse a conseguir 20 prototipos de vehículo HIRIKO o a la homologación de un cuadriciclo.

Pero en cualquier caso, tampoco se argumenta cómo no alcanzar un objetivo en el proyecto HIRIKO se erija en causa "reveladora de la culpabilidad". La culpabilidad en un concurso de acreedores se tiene que deber a una o varias conductas determinadas que reúnan los presupuestos contemplados en la Ley Concursal y no cualquier otra cosa o conducta.

No ha leído ni oído la juzgadora, y menos se le ha presentado prueba, de que haya existido algún tipo de engaño, simulación u ocultación de datos sobre el proyecto HIRIKO para la obtención de las subvenciones o ayudas públicas. Solo en conclusiones se ha permitido la Abogacía del Estado afirmar que la concursada "engañó" al Ministerio refiriéndose a la memoria justificativa que afirma haberse conseguido los hitos principales. La sola lectura del documento basta para advertir que se reconoce la no consecución del objetivo de la homologación (pág. 23 del Anexo 74 del I.75), sin perjuicio de que las dificultades en obtener la homologación en plazo fue uno de los motivos que se reconocían y alegaban en las peticiones de prórroga y modificación presupuestaria (pág.1 del Anexo 65 del I.75); prórroga y modificaciones que se dieron.

Pero desde luego que ni se llega a alegar que en los contactos habidos con el Ministerio que llevaron a éste (al Secretario de Estado de Investigación que los firma en su nombre) a firmar no uno sino dos Convenios de subvenciones nominativas, existiera omisión, engaño o artificio para aparentar que el proyecto que se pretendía acometer fuera cosa distinta de lo que en realidad era.

Hemos oído a Arcadio , que ha hablado sobre los contactos que se mantuvieron a nivel político, las presentaciones que se hicieron buscando financiación. No se ocultó -o nadie lo ha insinuado siquiera- quién o quiénes eran los empresarios que se proponían acometer el proyecto. Por eso, que ahora se alegue como hecho de relevancia la experiencia que pudieran tener los miembros de la Junta Directiva en el sector automovilístico resulta sorprendente, cuando además en el Convenio firmado por el MICINN se permitía la subcontratación del 100 % de las actividades. Como también sorprende que ahora se ponga el acento en lo irrealizable o inalcanzable que fuera conseguir la homologación del vehículo diseñado por el MIT. Es que no era el vehículo, sino el proyecto global HIRIKO lo que constituía una empresa, un objetivo, una aspiración extremadamente ambiciosa. Incluso pretenciosa si se considera el presupuesto con el que se partía. Pero esto no se ha descubierto en este incidente. Viene afirmándolo la AC desde el Informe del 75 LC, que el propio MF propone como prueba documental.

Y no quiera leerse lo que no está diciendo esta juzgadora. No es que la supuesta participación de políticos y funcionarios públicos en una hipotética trama restaría ilicitud a la conducta de los empresarios. De lo que estamos tratando aquí es de una calificación culpable de un concurso de acreedores para lo que es necesario una conducta dolosa o gravemente imprudente que sea causa de la insolvencia o de su agravación. Y la insolvencia no es la ausencia de fondos propios por parte de la asociación, ni haber gastado el dinero público concedido en el proyecto, que es para lo que se dio; tampoco la no consecución de los 20 prototipos de coche HIRIKO, incluso aunque ello se debiera a una "mala gestión" como dice la AE, sino la imposibilidad de atender las deudas ya contraídas, vencidas y exigibles. Por ello, en el apartado A) de este F.D. se ha querido dejar anotado que una cosa es la insolvencia de AFYPAIDA que sobreviene cuando se le agotan los fondos y tiene deudas vencidas que pagar sin poder hacerlo y otra bien distinta la no consecución de los objetivos a los que -según la Administración Central- se sujetaba la concesión de las subvenciones. La no consecución de estos objetivos, hitos, estadios del plan de trabajo o como quieran calificarse, no guarda relación con la insolvencia de la asociación que es cosa distinta.



### C) Conclusión

Filtrando de los hechos alegados, los realmente probados e imputables al órgano de administración y excluyendo las suposiciones, obtenemos un conjunto de decisiones de la Junta Directiva de AFYPAIDA y debe juzgarse si las decisiones adoptadas se desviaron o no de la norma de conducta que resultaba exigible. Norma de conducta que pasaba por atender el fin social y que en concreto pasaba por promover y trabajar en el éxito del proyecto HIRIKO. Se habla por ejemplo de contratación de Arcadio , de contratación de DENOKINN, de constitución de BRW, contratación de INNOVALAB, de falta de rigor en el modelo de negocio, etc, cuando tales decisiones se adoptan en la misma génesis del proyecto. Es decir, lo que se cuestiona no son decisiones concretas del órgano de administración (porque no se entenderá que la contratación de Arcadio por ejemplo como hecho aislado es causa o agrava la insolvencia) sino que del conjunto de todas ellas se pretende que la juzgadora infiera una consecuencia como resultado de una deducción lógica. Y lo que se está cuestionando con todo ello es el mismo proyecto HIRIKO; que se lanzaran a ello cuatro empresarios sin experiencia en el sector de la automoción, que se gastaran ingentes cantidades de dinero, que el proyecto del MIT era una ilusión irrealizable, que no iba a ser posible la homologación del vehículo....

Poco -o nada- tiene que ver el conjunto de todo ello con una calificación culpable concursal. Pero es que aunque entráramos en una discusión dialéctica, deberíamos analizar el dolo y la culpa grave. Debería ser posible imputar la inobservancia de la norma de conducta exigible a un empresario, a la decisión de emprender el proyecto HIRIKO, a contratar a DENOKINN por un total de 2.708.000 euros

-mas gastos-, de los que 1.823.000 euros era por el proyecto y apoyo del MIT, a agrupar en una sociedad (BRW) a distintas industrias que debían trabajar para desarrollar y llevar a la práctica innovaciones tecnológicas muy complejas, a contratar primero a una y luego a otra ingeniería que trabajaran por liderar el proceso que llevara a crear un coche que reuniera las invenciones que el HIRIKO contemplaba y conseguir de todo ello un cuadríciclo que reuniera los requisitos necesarios para llegar a ser homologable para uso urbano, etc. ¿Pero es realmente imputable una imprudencia, grave además, cuando para eso, para emprender semejante proyecto, la propia Administración pública te apronta los medios y recursos económicos? Es decir, no se trata de que la responsabilidad sea de la Administración Pública que da los recursos. No es eso lo que está diciendo la juzgadora, porque como dice la AE en sus conclusiones, no estamos juzgando aquí porqué se dio el dinero. De lo que se trata es de que la aprobación, el respaldo, la financiación concedida -y por varias instituciones no olvidemos- anula la posible negligencia de los promotores del proyecto, precisamente por acometerlo, por diseñarlo como lo hicieron, por contemplar un gasto de recursos públicos escandaloso.....Por eso se ha incidido en la ausencia de engaño, de ocultación o simulación de lo que era el proyecto HIRIKO. No lo hubo, se expuso lo que era y cómo se iba a llevar a cabo, y se aceptó, se respaldó y se financió.

¿Queda acaso algún espacio para que los miembros de la Junta directiva pudieran plantearse que quizás no debían acometer el proyecto? ¿Resulta exigible que se plantearan que, pese al apoyo público de un proyecto que podía subcontratarse al 100 %, contando con un proyecto del prestigioso MIT y personal del mismo, infringían el deber de observar alguna norma de cuidado? Y para el dolo ¿podría haber conciencia de que acometiendo el proyecto y gastando el dinero en aquello para lo que se había dado se infringía de modo voluntario un deber jurídico? Pues para esta juzgadora no.

Pero además, es que debería conectarse la conducta imprudente o dolosa con la generación o agravamiento de la insolvencia, cosa que tampoco se razona en la demanda del MF. No es la frustración del proyecto, ni la ausencia de recursos para continuar el elemento del art. 164.1 LC , sino la generación o agravación de la insolvencia. Y la insolvencia es la imposibilidad de atender con recursos propios el pago de deudas exigibles. Se ha ido analizando al tratar cada uno de los hechos que se invocan en la demanda si se justifica y prueba que hayan tenido aisladamente considerados una incidencia en el resultado de la insolvencia. Y ahora analizados de forma conjunta menos aún. La paralización del proyecto, la ausencia de fondos para continuar y por tanto la frustración del proyecto -debido o no a las decisiones adoptadas- no se identifica con la insolvencia, con la incapacidad de la asociación de pagar las deudas vencidas y exigibles.

Por tanto la desestimación de la pretensión del Ministerio Fiscal en este punto no se debe a una dificultad de prueba. Se debe a que el planteamiento que realiza, asumiendo la tesis de la Abogacía del Estado, que representa aquí a un acreedor concreto, el Ministerio de Economía y Competitividad (que en el año 2010 y 2011 concedió abultadas subvenciones nominativas y en el año 2014-2015 acuerda su reintegro), desconoce los elementos y presupuestos que deben concurrir para calificar un concurso de acreedores como culpable.

No puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de haberse traído a esta pieza de calificación a sociedades y personas físicas para las que se piden abultadas condenas pecuniarias, sin guardar siquiera la prudencia de comprobar los datos que resultan de los documentos que se asumen, entre ellos los incorporados por la AC desde el Informe del art. 75 LC al concurso. Por eso se comenzó la primera sesión de la vista



indagando sobre la posición de las partes, que perfectamente podían haber rectificado posiciones a la luz de la prueba ya incorporada a la pieza. Que se hayan mantenido hasta el final las pretensiones contra quienes ni siquiera se argumentaba en el dictamen mas que para pedir condenas que pretenden recuperar el dinero público que en su día se dio por el Gobierno Central, contra quienes ni siquiera se ha investigado (y recordemos que existieron unas Diligencias de Investigación de la propia Fiscalía en 2013) y se haya sometido a estas empresas a un juicio público, precisamente por el órgano sujeto a los principios de imparcialidad y legalidad, como es el Ministerio Fiscal, resulta extremadamente preocupante.

OCTAVO.- En conclusión, el concurso de AFYPAIDA resulta culpable y lo es por la compra del LMP1 por un precio de 535.000 euros más IVA, llevada a cabo cuando la asociación estaba agotada desde el punto de vista financiero, sin expectativa de poder continuar con el proyecto al que había dedicado su actividad, al tratarse de una decisión gravemente imprudente que agravó la situación de insolvencia final.

Conforme al art. 172.2.1º LC, la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la determinación de "las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso., así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios".

En virtud de lo dispuesto en el indicado precepto se declaran personas afectadas por la calificación a los cuatro miembros de la Junta Directiva de la concursada, Felipe, Damaso, Juan Enrique e Arcadio y que lo fueron en los dos años previos a la declaración de concurso. El reproche es idéntico en los cuatro, pues la decisión que ha llevado a la calificación culpable les es imputable a todos ellos por igual al haberse adoptado como decisión común en el seno de la Junta Directiva por acuerdo unánime de todos ellos.

Los cuatro afectados por la calificación resultan inhabilitados para administrar bienes ajenos así como para representar a cualquier persona durante dos años. Se opta por el tiempo mínimo legal en la medida en que finalmente la culpabilidad resulta de una única causa de las solicitadas por la AC, que además pedía el periodo de dos años.

Los cuatro afectados son condenados igualmente a la pérdida de todo derecho que les hubiera sido reconocido en el concurso y singularmente a la pérdida de la condición de acreedores concursales o contra la masa que tuvieran reconocida ( art. 172.2.2º y 3º LC ).

En lo que respecta a la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados ( art. 172.2.3º LC ), lógicamente ha de conectarse la sanción con la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso, como es la decisión de compra del LMP1.

La STS nº 490/2016, de 14 de julio, al tratar de explicar la diferencia entre la responsabilidad por daños del art. 172.2.3º LC y la responsabilidad por déficit concursal, señala: " 2.- Como dijimos en la sentencia núm. 108/2015, de 11 de marzo, las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. En concreto:

«La responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores ( art.172.2.3º LC en su redacción por la Ley 38/2011)»."

No se trata de una responsabilidad diferente a la común resarcitoria que precisa de los tres elementos básicos de la responsabilidad aquiliana, lo que no plantea mayores dificultades argumentales cuando la conducta que ha determinado la calificación culpable es la contemplada en el art. 164.1 LC. El daño o perjuicio concreto causado al concurso, a la masa, viene representado por el precio pagado por la compra del LMP1, por el dinero que salió de la masa y en el que efectivamente se mermaron los fondos de la asociación concursada. Por





ello, es totalmente indiferente que un coche gemelo o igual al LMP1 que adquirió AFYPAIDA se vendiera por EPSILON por 60.000 euros. Tampoco importa en qué precio se pueda llegar a vender en el concurso; el valor de liquidación de los bienes en el concurso no es lo determinante. El daño, el resultado, no viene determinado por un coche, sobre cuya valoración podamos discutir, sino por el precio pagado por AFYPAIDA, el precio que representa la merma efectiva de fondos y pro tanto la medida en la que se agravó la insolvencia de la concursada con la compra.

Por ello, la condena a resarcir el daño causado a la concursada con la decisión que ha determinado la calificación culpable del concurso, asciende a 535.000 euros, condena que afecta de forma solidaria a los cuatro miembros de la Junta Directiva sobre quienes recae por igual el reproche legal

NOVENO.- Conforme al art. 166 LC, se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

La STS 5/2016, de 27 de enero señala como requisitos para la complicidad concursal: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Y añade "(s)egún su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación".

En nuestro caso desde luego que no plantea mayor dificultad explicar la complicidad de CIRCUITO DEL NORTE. Se ha calificado culpable el concurso de AFYPAIDA por la operación de compra del LMP1 llevada a cabo precisamente a CN. La participación y cooperación de CN en la realización del hecho determinante de la culpabilidad es incuestionable; es quien actúa como vendedora y además no puede cuestionarse su conocimiento y voluntad en la participación, en la cooperación al hecho ilícito cuando hay identidad de socios en las personas de Felipe, Damaso y Juan Enrique, habiendo actuado como representante de CN en la venta del LMP1 Felipe y en representación de AFYPAIDA Juan Enrique, quienes precisamente tienen participación directa en sociedades que avalaban los préstamos que pudieron ser cancelados con el flujo de transferencias generadas con la compra del LMP1.

La sociedad que ha cooperado decisivamente en el hecho que ha dado lugar a la calificación culpable del concurso responde solidariamente con los afectados por la calificación del resarcimiento de daños y perjuicios que se han ocasionado con ello a la concursada y resulta por ello condenada solidariamente a pagar a AFYPAIDA 535.000 euros.

Igualmente es extensible al cómplice la condena a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran reconocido en el concurso como acreedor concursal o contra la masa ( art. 172.2.3ºLC )

DÉCIMO.- Estimada en parte la demanda, no se va a efectuar condena en costas, debiendo asumir cada parte las generadas a su costa ( art. 394 LEC, 196 LC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y por el MINISTERIO FISCAL, RESUELVO:

- 1.- CALIFICAR como CULPABLE el concurso de ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y DEPORTIVAS DE AUTOMOCIÓN, por acción que con imprudencia grave ha agravado la insolvencia de la asociación.
- 2.- DETERMINAR como personas afectadas por la calificación a Felipe, Damaso, Juan Enrique e Arcadio
- 3.- INHABILITAR a Felipe, Damaso, Juan Enrique e Arcadio, para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona por tiempo de dos años.
- 4.- DECLARAR la pérdida de cualquier derecho que Felipe, Damaso, Juan Enrique e Arcadio pudieran tener como acreedores concursales o de la masa.



5.- CONDENAR a Felipe , Damaso , Juan Enrique e Arcadio a indemnizar a la masa del concurso en la suma de 535.000 euros.

6. - DECLARAR cómplice a la sociedad CIRCUITO DEL NORTE S.L.

7.- CONDENAR a CIRCUITO DEL NORTE S.L. a indemnizar a la concursada, de forma solidaria con los afectados por la calificación en la cuantía de 535.000 euros, así como a la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener reconocido en el concurso de AFYPAIDA como acreedor concursal o contra la masa.

8.- SE DESESTIMA la demanda del MINISTERIO FISCAL, respecto de:

LAUNORTE SOCIEDAD DE PROYECTOS S.L.

UINIVERSAL ARABA, S.L.

SOCIEDAD ALAVESA DE INVERSIONES S.A.

LAMBIDE EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A

BASQUE ROBOT WHEELS, S.L

SAPA PLACENCIA S.L,

SAPA OPERACIONES, S.L

MICROELECTRÓNICA MASER, S.L

DENOKINN, ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA IUNNOVACIÓN ASOCIACIÓN MIK INNOVALAB

VILAU MEDIA S.L,

TALLERES MECÁNICOS ARAKISTAIN, S.L

Isidoro

y Matías .

9.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALAVA ( artículo 455 LEC ). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados ( artículo 458.2 LEC ).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 52 0199 16, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso ( DA 15ª de la LOPJ ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 20 de diciembre de 2017.