

## EDJ 2006/249145

Juzgado de lo Mercantil nº 1, Málaga, S 22-5-2006, nº autos 19/2004

Pte: Sanjuan Muñoz, Enrique

Comentada en "La responsabilidad concursal de los administradores de la sociedad"

### Resumen

*El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la solicitud de declaración del concurso de la entidad concursada como culpable, así como la afectación y complicidad de la administradora de la sociedad y de las entidades colaboradoras, considerando que en el presente supuesto se dan los requisitos exigidos por la LC para considerar la actuación de la concursada como culpable, es decir, no se ha solicitado la declaración del concurso cuando debió hacerse y con las actuaciones u omisiones de los representantes y administradores de la empresa se ha agravado la situación de insolvencia de ésta. Así mismo, se declara la afectación de la administradora única de la concursada, forma que se la condena a perder los derechos que tuviera como acreedora de la concursada, devolver lo recibido de la masa e inhabilitarla para administrar bienes ajenos y representar a personas por un tiempo determinada, así como indemnizar de los daños y perjuicios. Por otra parte, se condena igualmente a una de las entidades demandadas, por ser cómplice en la situación de insolvencia de la concursada, absolviendo al resto de codemandadas, al entender que no se dan los requisitos para ser consideradas como cómplices.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal  
art.2.4 , art.5 , art.6.2 , art.9.3 , art.54 , art.163 , art.164 , art.165 , art.166 , art.168 , art.172 , art.173  
RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas  
art.262.5  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1101 , art.1269

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	14

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCURSO DE ACREEDORES  
CUESTIONES GENERALES  
REQUISITOS Y FINALIDAD  
EFECTOS DE LA DECLARACIÓN  
PROCEDIMIENTO

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acreedor,Administración,Sindicato,Trabajador; Desfavorable a: Administrador,Concursado  
Procedimiento:Primera Instancia

#### Legislación

Aplica art.2.4, art.5, art.6.2, art.9.3, art.54, art.163, art.164, art.165, art.166, art.168, art.172, art.173 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal  
Aplica art.262.5 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas  
Aplica art.1101, art.1269 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal  
Cita art.13.3, art.209, art.219.3, art.220, art.394, art.405.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita art.260 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas  
Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.2.3, art.1102.1269, art.1902, dtr.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita art.893.2 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

#### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 22 octubre 2007 (J2007/290599)  
Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 3 septiembre 2007 (J2007/290673)  
Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 29 octubre 2007 (J2007/290678)  
Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 5 octubre 2007 (J2007/373755)  
Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 11 enero 2008 (J2008/385878)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 septiembre 2005 (J2005/149417)

Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 11 octubre 2003 (J2003/211180)

## Bibliografía

Comentada en "B2010/288168"

Comentada en "La responsabilidad concursal de los administradores de la sociedad"

Citada en "¿Los beneficiarios de la condena a los administradores y/o liquidadores societarios por responsabilidad concursal al amparo del art. 172.,3 LC., son exclusivamente los acreedores concursales o también los titulares de créditos contra la masa?. Foro abiert"

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Con fecha de 24 de octubre de 2005 se acordó la apertura de la fase de liquidación del concurso de ROWASBLU S.A. que fue declarado mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2004. En el citado auto se acordaba abrir la sección de calificación dando a los interesados un plazo de diez días para que comparecieran y se personaran en la citada sección, alegando cuanto consideraren relevante para la calificación del concurso y a la administración un plazo de quince días posteriores para informar respecto del mismo.

**SEGUNDO:** Con fecha de 15 de diciembre de 2005 presentó informe la Administración concursal calificando el concurso como culpable, señalando como persona afectada a la Administradora única de la sociedad concursada, Dª Rocío y como cómplices a Sociedad de Inversiones y Promociones Turísticas (SIPSA), Hoteles Europeos, S.A. y Atalaya Golf y Country Internacional S.A. En su escrito la administración concursal solicitaba la declaración del concurso como culpable, con la declaración de los cómplices indicados en dicho informe y las responsabilidades correspondientes y demás pronunciamientos legales recogiendo como daños y perjuicios causados los siguientes: La Sociedad de Inversiones y Promociones Turísticas S.A., indudablemente ha ocasionado graves daños al no haber entregado, en su momento, el Hotel para ser explotado como de 5 estrellas y libre de personal. Por ello, SIPSA, por tales hechos y por la especial relación de responsabilidad solidaria asumida contractualmente debe ser condenada solidariamente de todas las obligaciones salariales derivadas por la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la sociedad concursada (indemnizaciones) y demás obligaciones salariales (salarios) y costos de Seguridad Social y Mutuality de Accidente de Trabajo, y además al pago de los créditos concursales que no puedan ser satisfechos con la masa activa. Con independencia de lo anterior los declarados cómplices deberán ser condenados solidariamente al pago de los créditos concursales que no puedan ser satisfechos con la masa activa.

Fundamentaba la administración concursal su informe en lo que consideraba como hechos relevantes que resumidamente se extraen:

La situación económica de la empresa concursada desde su nacimiento.

La administración de la sociedad y socios no promueven o acuerdan actuaciones pertinentes para restablecer el desequilibrio económico generado o bien declararse en estado de suspensión de pagos o quiebra, o disolver y liquidar la sociedad a pesar de la situación de bancarrota económica, ya desde el ejercicio de 2001 y de la advertencia de los auditores de la sociedad.

Tampoco las personas jurídicas especialmente relacionadas y vinculadas como SIPSA, Hoteles Europeos S.A., Atalaya Golf Country Club Internacional S.A., conectoras de la situación, efectúan nada al respecto.

La declaración de propiedad de las fincas registrales NUM000, Tomo NUM001, libro NUM002 y finca número NUM003, tomo NUM001, libro NUM002, del Registro de la Propiedad de Estepona, por un valor de adquisición de 464.730,25 euro cada una de ellas consignándose como precio de compraventa el de 240.404,84 para la primera y 210.354,24 euros para la segunda que finalmente resultó inscrita a favor de entidad distinta a la entidad concursada. El acta número 71006976 de la Agencia Tributaria de fecha 15 de julio de 2005 (documento número 10) recoge la adquisición de dichas fincas y lo sucedido señalando que el pago realizado fue de 150.000.000 pesetas y que en la contabilidad aparece reflejada por un importe sólo de 75.000.000 pesetas. En la contabilidad aparece el vendedor por un crédito por 929.460,47 euros. Todo ello supone - conforme a la administración concursal- que la sociedad solicitante cometió inexactitud grave al incluir las citadas parcelas en litigio como un bien si afectación alguna y no indicar el contencioso respecto de Isidro.

En el inventario de otros bienes y derechos de la concursada presentada al concurso se incluyeron cantidades de carácter indemnizatorio a cargo de SIPSA las cuales no estaban contabilizadas en la sociedad. Estas cantidades eran:

Indemnizaciones SIPSA: lucro cesante 2002-2002 (según experto Andrés Gómez): 20.017.000 pesetas.

Indemnizaciones SIPSA: lucro cesante 2003-2004 (extrapolación) 12.700.0000 euros.

Indemnizaciones SIPSA: penalización según contrato durante cierre 1999/2000: 6.080.000 euros.

Indemnizaciones SIPSA: gastos operativos, lucro cesante y gastos financieros durante cierre en 1999/2000: 9.835.493 euros.

Promovido acto de conciliación entre la administración concursal y SIPSA no se reconocen dichas deudas.

Con fecha de 23 de junio de 1999 se suscribe "contrato de arrendamiento de hotel" entre SIPSA y ROWASBLU S.A. En el expositivo IV de dicho contrato se estableció que se convenía el contrato teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: a) que en el Hotel no hay empleados de ninguna clase. Y en la cláusula primera objeto del contrato se estableció que: "SIPSA hará entrega del Hotel y de los objetos relacionados en II, el día 1 de noviembre de 1999, en estado que posibilite el uso de un Hotel de lujo de cinco estrellas. El Hotel se entregará libre de todo personal, siendo SIPSA única responsable de las indemnizaciones y otras cargas que conlleve la rescisión del personal. SIPSA restituirá a ROWASBLU especialmente todos los posibles gastos y costes que ésta pueda tener por el hecho de que empleados de la anterior explotación del Hotel reclamen la continuidad de la relación laboral y/o una indemnización por parte de

ROWASBLU o reclamen de otra forma en relación con o por una relación laboral anterior al día de entrega fijado. Si en algún caso las partes llegaran al acuerdo de que ROWASBLU siguiera empleando a un colaborador concreto, SIPSA se hará cargo y compensará todos los gastos y costes adicionales que ello pudiera ocasionar a ROWASBLU, a resultas de la relación laboral anterior (antigüedad, despido, etc). Como consecuencia de ello se produjo una sucesión empresarial.

La administración concursal en la calificación de los créditos del concurso consideró personas jurídicas especialmente relacionadas y pertenecientes al mismo grupo a SIPSA, Hoteles Europeos S.A. y Atalaya Golf Country Club Internacional, calificándolos como subordinados. SIPSA no impugnó la calificación si haciéndolo las otras dos y siendo resuelto por sentencias 40 y 4 1/05 dictadas por el Juzgado de lo Mercantil confirmando la calificación.

Señala la administración concursal que son aplicables, por dichos hechos, lo dispuesto en los artículos 164.1, 165 y 164.2, apartado 2 y que se debe declarar como afectada por la calificación a la Administradora Única y como cómplices a los señalados.

TERCERO.- Mediante escrito de 17 de noviembre de 2005 se personaron los trabajadores representados por UGT solicitando se declarara el concurso como culpable. Con fecha de 28 de noviembre de 2005 se personaron los trabajadores representados por CCOO solicitando la declaración del concurso como culpable. Con fecha de 30 de noviembre de 2005 se personaron los trabajadores representados por el abogado Sr. Del Prado Álvarez solicitando la declaración del concurso como culpable.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 21 de diciembre de 2005 se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informe que se emitió en fecha de 23 de enero de 2006 (Tomo II) solicitando la calificación del concurso como culpable, como persona responsable a D<sup>a</sup> Bettina Götzernberger Glüthgen como administradora única de la concursada y como cómplices las mismas señaladas por la administración concursal.

QUINTO.- Mediante providencia de fecha 23 de enero de 2006 se acordó dar traslado al deudor, a las personas afectadas y a los cómplices señalados.

SEXTO.- En fecha de 15 de febrero de 2006 se presentó escrito por Atalaya Golf y Country Club Internacional S.A. oponiéndose a la declaración como cómplice del concurso de su representado.

SÉPTIMO: En fecha de 15 de febrero de 2006 se presentó escrito por Hoteles Europeos S.A. oponiéndose a la declaración como cómplice de la misma.

OCTAVO: Con fecha de 3 de marzo de 2006 se presentó escrito por SIPSA oponiéndose a la declaración como cómplice de la misma.

NOVENO: En fecha de 21 de febrero de 2006 presentó escrito D<sup>a</sup> Rocío solicitando que se dictara "auto que declare la no culpabilidad de esta parte".

DÉCIMO: Vistos los citados escritos y no habiendo alegado nada la concursada se dictó resolución de fecha 10 de marzo de 2006 citando a las partes a vista que se celebró en fecha de 8 de mayo de 2006 y en donde fueron propuestas y se admitieron pruebas documentales y testificales que se practicaron en dicho acto, quedando el juicio concluso para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: A partir de los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, con naturaleza de verdadera demanda, que coinciden en la calificación del concurso como culpable y determinan la afectación de la administradora de derecho única de la empresa concursada y la complicidad de tres personas jurídicas procede analizar, de conformidad a los artículos 163 a 173 de la Ley 22/2003, la calificación del concurso, la afectación y la complicidad que pudieran haberse derivado de la situación de insolvencia y concurso de la sociedad ROWASBLU S.A.

Hemos de partir de dos afirmaciones previas, que posteriormente serán objeto de un análisis pormenorizado, como es el hecho- en primer lugar- de que en el plazo para alegaciones del artículo 170 LC la concursada no ha alegado nada aún a pesar de dicho traslado y de su personación en autos. Y, en segundo lugar, que aún a pesar de la calificación del concurso como culpable tanto por la administración concursal como del ministerio Fiscal y de los representantes de los trabajadores, nadie se ha opuesto a dicha declaración en sus escritos. En todos los supuestos tanto la afectada como los imputados como cómplices han negado su condición como tales pero sin oponerse a dicha declaración culpable.

Se han relatado en antecedentes de hechos las circunstancias que la administración concursal, Ministerio Fiscal y representantes de los trabajadores consideran como suficientes para la declaración del concurso como culpable y a los citados como afectados y como cómplices respectivamente.

Procede un análisis previo y separado de los tres supuestos en donde también hemos de matizar el ámbito, naturaleza y extensión de las diferentes normas.

### RESPECTO DE LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO.

SEGUNDO: La administración concursal considera que el concurso debe ser declarado culpable amparándose en los artículos 164.1, 165.1 y 164.2.º LC.

El primero de dichos preceptos señala que "el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho".

Entiende, asimismo, aplicable la presunción de dolo o culpa grave recogida en el artículo 165.1 que recoge que "se presume la existencia de dolo o culpa grave, 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 de concurso." Deber que debe relacionarse con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Concursal que recoge 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 y, salvo prueba en contrario, presumiéndose que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme a lo previsto en el artículo 2.4 LC".

Asimismo entiende aplicable el artículo 164.2.º LC que recoge que en todo caso el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

El primero de los preceptos citados exige que se den determinados elementos:

1º. Que haya mediado una actuación dolosa o con culpa grave del deudor, de sus representantes legales, administradores o liquidadores, de hecho o de derecho.

2º. Que como consecuencia de dicha actuación dolosa se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia.

Entiende la administración concursal que existía y se mantuvo una situación alarmante de desequilibrio financiero que fue evidenciada ya por los auditores de la sociedad Moore Stephen & Santacana Auditores y Consultores S.A. en su informe de auditoría del ejercicio de 2001 y 2002 (documentos 1 y 2 de la demanda de la administración). Esta situación es recogida en el mismo auto de declaración del concurso cuando en su fundamento segundo recoge:

"La situación de la entidad tal y como se acredita con los informes de Auditoría que acompañan las cuentas anuales del año 2003 hace que a 31 de diciembre de ese mismo año tenga unos fondos propios negativos de 19.129 miles de euros y un fondo de maniobra negativo de 7.642 miles de euros. En dicho periodo la entidad se encontraba ya en causa de disolución de conformidad a lo previsto en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 . A fecha de 4 de noviembre de 2004 (según la documentación aportada tras el plazo de subsanación) la entidad solicitante manifiesta tener unos fondos propios negativos de 25.971.347,08 euros. El capital suscrito por dicha entidad es de 60.150,01 euros y ha contabilizado pérdidas en los ejercicios anteriores conforme al siguiente:

Año 2004 (a fecha de 4 de noviembre de 2004) por 19.188.781,97€.

Año 2003 (a fecha de 31 de diciembre de 2003) por 14.002.751,49€.

Año 2002 (a fecha de 31 de diciembre de 2002) por 8.818.621,11€

Año 2001 (a fecha de 31 de diciembre de 2001) por 894.900.023 ptas.

Año 2000 (a fecha de 31 de diciembre de 2000) por 212.012.549 ptas.

En el informe de auditoría realizado por Moore Stephens & Santacana respecto del año 2001 ya se pone de manifiesto la existencia de un fondo de maniobra negativo de 359.425 miles de pesetas y haber incurrido en causa legal de disolución.

Igualmente y a fecha de 4 de noviembre de 2004 las existencias de la citada persona jurídica han disminuido hasta -10.931,33 euros (según el Balance comparativo aportado) siendo a 31 de diciembre de 2003 positivas de 188.600,43 euros; La tesorería de dicha entidad ha bajado de 448.876,13 hasta 59.096,73, en el mismo marco temporal de comparación, siendo así que la deuda de acreedores a corto plazo asciende (incluidos ajustes de periodificación) a 25.308.170,75, mientras que el activo circulante se sitúa en 4.330.976,66€."

Se trata de una situación que se inicia en ese año 2001 (o al menos se evidencia con los citados informes) y se mantiene hasta la misma fecha de solicitud de declaración de concurso que fue solicitada en fecha de 5 de noviembre de 2004.

La Ley Concursal entró en vigor en fecha de 1 de septiembre de 2004 lo que nos lleva a entender que la citada solicitud debe partir de dicha fecha en cuanto al plazo recogido en el artículo 5 de la Ley Concursal. Si bien el conocimiento de la situación grave identificada y probada por la administración concursal era conocida con anterioridad, el plazo de dos meses- aplicando la irretroactividad de la norma de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9.3 LC - debe computarse desde esa fecha, lo que llevaría a que la solicitante incumple el referido plazo tan sólo por unos días.

Aunque teóricamente sería aplicable- con carácter estricto- la aplicación del artículo 165.1º LC respecto de la presunción dolosa o con culpa grave del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso en dichos dos meses, también es cierto que hemos de analizar los elementos concurrentes para determinar la existencia de una presunción de tan altas y graves consecuencias.

Antes de proceder a dicho análisis conviene determinar, en función de los hechos y fundamentos de derecho alegados si la propia existencia y concurrencia de los elementos del artículo 164.1 LC se dan por sí solos o necesitan ser acompañados de la presunción prevista en el artículo 165.1 LC.

En este sentido cabe señalar que de las alegaciones de los representantes de los trabajadores en los escritos referenciados se pone de manifiesto que antes de la solicitud de declaración de concurso se produce el cierre de facto del " Hotel D. Miguel" única explotación que realiza como actividad la concursada mediante decisión empresarial que motiva, para aquellos, la presentación de demandas de extinción ante los juzgados de lo social de la capital y que terminan, en los casos y asuntos aportados con la condena solidaria a la sociedad en concurso y a otras codemandadas. Es decir, que la actuación de la sociedad concursada parte precisamente de una situación dolosa en cuanto conscientemente realiza una actuación, como la probada en autos, sin contar con la preceptiva autorización de la autoridad laboral para, a continuación, solicitar la declaración de concurso y- ya dentro de este- instar la extinción de relaciones laborales pero con el cierre de facto de la sociedad. Si algún camino hubiera tenido la subsistencia de la sociedad este queda totalmente parado y cercenado por dicha actuación que debe necesariamente encuadrarse en un incumplimiento flagrante de las normas y en una actuación dolosa, consciente con maquinaciones ( 1102, 1269 Código Civil EDL 1889/1 ) tan alarmantemente graves como mantener dicha situación de facto tras la declaración de concurso motivando, ya desde ese momento, la existencia de una situación irreversible. Esa situación

se agrava enormemente con la propia actuación procesal, derivada de la apertura de la fase de liquidación que da lugar a la apertura subsiguiente de la pieza de calificación, dejando transcurrir el plazo legal de la fase de convenio, sin realizar ninguna actuación al respecto para desembocar en la fase de liquidación y motivando que el perjuicio se mantenga y agrave durante el propio proceso.

Es decir, que la actuación de la concursada puede y debe catalogarse por dicha actuación de necesariamente dolosa.

Una nueva actuación dolosa podemos extraer de la actuación de la concursada y puesta de manifiesto por los escritos de los trabajadores y de la administración concursal respecto del contrato de arrendamiento de hotel de fecha 23 de junio de 1999 y las diferentes cláusulas recogidas en el mismo (documentos 14 y 15 de la demanda de la administración concursal). La concursada pacta el arrendamiento de una industria en situación precaria (como reconoce la propietaria SIPSA en su escrito de alegaciones) que motiva, ya desde el primer momento, la existencia de pérdidas y que se han mantenido durante varios años y con posterioridad a la declaración del concurso. En todo ese tiempo pero esencialmente desde la declaración de concurso, la sociedad concursada nada ha hecho ni ninguna acción ha ejercitado para proteger sus intereses reclamando los posibles daños y perjuicios que por la situación del hotel se hubieran generado. Su actuación (la de la concursada) en este caso no puede sino catalogarse de actuación dolosa pues la situación de la empresa, de su explotación, de la exigencia de responsabilidades, etc. ha sido la de "verlas venir" obviando o iniciando y, en su momento, incitando de la administración concursal, el ejercicio de acciones para evitar que esos perjuicios se siguieran agravando. Esta situación se agrava aún más si tenemos en cuenta que, según dichos contratos y las afirmaciones de todas las partes, la sociedad SIPSA asumiría todas y cada una de las indemnizaciones por extinciones laborales asumidas por la concursada. Esta circunstancia no es negada por esta sociedad en su escrito. Frente a esta asunción, tanto en las extinciones acreditadas por los documentos presentados por los trabajadores como por la administración concursal, la entidad concursada ni antes ni después de la declaración de concurso, cuando se producen las respectivas reclamaciones en vía laboral, ejercita ninguna acción para reclamar a SIPSA el cumplimiento de sus obligaciones y de la cláusula que voluntariamente asumió. Su actitud vuelve a ser pasiva hasta tal punto que la propia SIPSA lo reconoce poniendo de manifiesto que ha sido ella, voluntariamente, la que ha asumido su compromiso de pago a los trabajadores pero que sólo se ha producido parcialmente realizando ofertas que finalmente no se han consumado y obteniendo sentencias condenatorias en los juzgados de lo social partiendo de una actitud de demandada por parte de la entidad concursada. Nuevamente se pone de manifiesto la actitud pasiva, dolosa, de la concursada quien podría haber utilizado cualquiera de las vías- según el momento procesal pertinente- que prevé el artículo 54 LC.

Por último y tal y como indica la administración concursal y el Ministerio Fiscal, la actitud dolosa de la concursada- sin perjuicio del análisis posterior en cuanto a este hecho en concreto- se pone de manifiesto precisamente en la solicitud de declaración de concurso y en la manifestación de propiedad de determinados bienes inmuebles (fincas registrales reseñadas en antecedentes de hecho) que se dijeron inscritas a nombre de la sociedad concursada y que motivaron por parte del juzgado el libramiento inicial de los respectivos mandamientos de embargo que fueron calificados negativamente por el Registrador por no estar inscritas a nombre de la concursada. En el análisis del inventario de bienes y derechos de ROWASBLU S.A. presentado junto con la solicitud de declaración de concurso se recogen como de su propiedad determinadas fincas en el Municipio de Estepona, los datos registrales y las cargas en donde se indica sólo la referencia "nota preventiva" sin más aclaraciones. El artículo 6.2.3º LC señala que el inventario de bienes y derechos deberá indicar, entre otros, los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. Se produce, por tanto, una actitud ocultiva dolosa de las características de dichos gravámenes que concretamente se identifican con que las citadas fincas no están inscritas a nombre de la concursada y que existe querrela por presunta estafa en su adquisición. Ha señalado el Tribunal Supremo (TS Sala 1ª S, de 23 de septiembre de 2005 EDJ 2005/149417 ) que el concepto de dolo que establece el artículo 1269 del Código Civil EDL 1889/1 no solo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente, adoptando una conducta negativa que causa maliciosamente el engaño del otro contratante haciéndole creer que no existe o bien ocultándole la verdadera realidad. Y en este sentido la AP de Madrid de fecha 11 de octubre de 2003 EDJ 2003/211180 en cuanto señala claramente que "el error grosero es asimilable al dolo".

Por tanto, el análisis en conjunto de todas las anteriores circunstancias hace que nos encontremos con que se da el primero de los elementos señalados como es la existencia de determinados hechos, actos y omisiones que motivan una actitud dolosa por parte de la concursada ( 1101,1269 del Código Civil EDL 1889/1 ) a la que necesariamente debe unirse, atendiendo a todas esas circunstancias la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 165.1º LC, aunque sólo lo fuera por unos días, conforme se ha analizado, pues es evidente que el transcurso de esos días- aunque pocos- no se justifican con el conocimiento de la situación y la actuación de la sociedad concursada que debió extremar su diligencia y cumplir con sus obligaciones legales de conformidad a lo previsto en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 .

A todo ello hemos de unir y recalcar nuevamente, que no se produce, respecto de lo señalado, ninguna oposición a la declaración de culpabilidad del concurso por parte de la concursada (cuyo escrito de alegaciones tiene verdadera naturaleza de contestación a la demanda si se hubiera producido) y por tanto siendo aplicable expresamente el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , pues siendo parte ( artículo 184 LC) necesariamente en esta pieza el silencio supone la admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Hemos de coincidir, además de lo señalado, con GARCÍA-CRUCES para entender esta actitud dolosa y generación del estado de insolvencia, cuando señala que "Sin embargo, sí hay un supuesto de hecho que, ajeno al texto legal, mereció una consideración diferente en los precedentes y que, sin duda alguna, estaría llamado a tener consecuencias prácticas importantísimas. Me refiero a la previsión que acogía la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1.995 y, a cuyo tenor, se calificaba como culpable el concurso "cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieren sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado". Como puede comprobarse con la lectura del texto recogido, la previsión de aquel texto incorporaba la situación de infracapitalización como supuesto de hecho al que anudaba la calificación del concurso como culpable." Si bien es cierto que en la práctica no se ha recogido,"

la desgraciada omisión puede no impedir la posibilidad de ofrecer una respuesta adecuada al problema de infracapitalización en sede concursal, a través de la calificación de tal supuesto de hecho como aquél en que el deudor común, o sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, han actuado con dolo o culpa grave respecto del origen o empeoramiento del estado de insolvencia ( art. 205, 2, 2º de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995)"Y siendo esta una situación concreta que se da en el presente procedimiento es pertinente tomarla también en valoración para dicha calificación.

El segundo de los elementos a tener en cuenta (Que como consecuencia de dicha actuación dolosa se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia) parte de la propia realidad descrita en los anteriores apartados. Si bien la situación de insolvencia parece, de conformidad a lo dicho, haberse generado desde el mismo momento de la constitución de la sociedad para la explotación del Hotel D. Miguel, lo cierto es que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004) y de la propia declaración de concurso (19 de noviembre de 2004) la actitud de la concursada no ha hecho sino agravar el Estado de Insolvencia. Del análisis del informe de la administración concursal aportado a autos y de la solicitud de declaración, estado de contabilidad, etc. se pone de manifiesto que esta situación se agrava y se mantiene por diferentes circunstancias. Es necesario tener en cuenta la propia memoria expresiva de la historia económica y jurídica de ROWASBLU S.A. presentada con la solicitud de concurso para concluir que la misma reconoce:

1º. Que el comienzo de la actividad fue difícil debido a que el Hotel no se entregó en los términos en que se había obligado a entregar el inmueble SIPSA, ni libre de personal ni en estado de ser explotado como hotel de 5 estrellas. Que esta circunstancia se mantiene y agrava precisamente por el cierre de facto y abandono total que se produce por la concursada del establecimiento tal y como se pone de manifiesto en las alegaciones y documentos aportados por la administración concursal.

2º. Que la concursada asume y mantiene, a su entender, una carga de personal que-según ella- motiva esencialmente la situación de insolvencia. Aún a pesar de esto promueve expediente de regulación de empleo a inicios de 2004 pero sin que dicha medida afecte para nada a la situación de la sociedad y, por tanto, agravando la situación de insolvencia que ya de por sí se manifiesta en las cuentas anuales presentadas.

La agravación económica se produce nuevamente cuando SIPSA incumple sus obligaciones respecto de los trabajadores motivando que estos tengan que ir a procesos judiciales y por tanto incumpliendo el compromiso asumido para el caso de extinción, tanto cuando se produce el cierre de facto como en el momento del expediente de regulación de empleo posterior a la declaración de concurso. Ante esta circunstancia la concursada no ejercita acciones contra SIPSA sino que se mantiene en actitud pasiva.

Una vez acordado, tal y como resulta de la documental del proceso, la suspensión de la totalidad de los contratos laborales (primer expediente laboral tramitado en el concurso) y que es a instancia de la concursada aportando documentación que acredita la necesidad de dicha situación, la actuación de la sociedad concursada vuelve a ser pasiva agravando con su actuación los costos del concurso por las deudas laborales generadas. En el momento en que se produce la extinción de todas las relaciones laborales dentro del concurso la concursada mantiene vivo un recurso de suplicación respecto de la suspensión inicial que podría motivar, de ser estimado, perjuicios económicos para la sociedad concursada al establecer nuevas deudas respecto de los trabajadores.

Por último la declaración omisiva gravemente dolosa de la propiedad de dos fincas por valor cercano al millón de euros ocultando la verdadera naturaleza del gravamen y de la situación motiva también un agravamiento de la situación económica pues se deja de contar con dichos inmuebles a los efectos de la situación de insolvencia que se ve perjudicada al efecto.

Todo ello también debe ser entendido en el contexto de una falta de oposición por no presentación de alegaciones de la concursada que supone la admisión, en los mismos términos relatados, de los hechos expuestos por la administración concursal, el Ministerio Fiscal y los representantes de los trabajadores.

Se dan por lo tanto circunstancias importantes y los elementos necesarios del artículo 164.1 LC y 165.1 del mismo cuerpo legal para entender que estamos ante un concurso culpable.

No obstante lo anterior es necesario también, por haberse alegado, analizar la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 164.2.2º LC respecto de la inexactitud grave que imputan tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal por la inexactitud grave en referencia a los citados inmuebles y que la Ley Concursal señala que producirán,"en todo caso", la declaración del concurso como culpable.

Lo primero que cabe aclarar es la referencia realizada por el Ministerio Fiscal que lo hace de forma indistinta a lo previsto en los artículos 164.2º y 165 sin identificar el supuesto concreto de uno u otro. La citada referencia se recoge junto a la existencia de causa de disolución con que inicia la parte de su demanda de fundamentación jurídica. En los hechos relata la evolución de la sociedad a los efectos económicos y financieros respecto de los que parece concluir la primera de las fundamentaciones y la falta de depósito de cuentas en tiempo.

Por tanto son varias las causas que directa e indirectamente parecen alegarse y en concreto las siguientes:

Con carácter expreso:

En este caso la recogida en el artículo 164.2.2º LC respecto de inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. Aunque no se distingue cual de estas es la referida de los mismos hechos relatados por administración concursal y Ministerio fiscal hemos de despreciar la segunda por no haberse hecho referencia a ella.

Con carácter tácito:

El Ministerio Fiscal alude a la falta de presentación en tiempo de las cuentas anuales lo que parece querer referirse al artículo 164.2.1º LC (su referencia es sólo 164.2º LC) en relación al 165.3º (su referencia es al artículo 165). Esta causa hemos de despreciarla no sólo por su no alegación expresa sino también porque lo que las normas sancionan no es un cumplimiento tardío sino el incumplimiento

sustancial de esta obligación y por tanto incumplimiento en relación a la no formulación de las cuentas anuales o auditorias obligatorias o depósito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Aunque es cierto que el depósito se produce en febrero de 2004 respecto de los ejercicios 2001, 2002 y 2003 también lo es que a la fecha de declaración de concurso estaban depositadas y que por tanto no cumpliría la tipicidad de la norma.

Ello nos deja exclusivamente con el análisis del artículo 164.2.2º LC en referencia a la concurrencia de una inexactitud grave en los documentos acompañados o presentados durante la tramitación del concurso que motivaría "en todo caso" la declaración del concurso como culpable y que la administración concursal residencia en el segundo de sus hechos referido a la valoración de los documentos adjuntados a la solicitud del concurso y contingencias contables de los mismos. En concreto se refiere a dos fincas registrales que fueron aportadas en la relación de acreedores y que resultaron no ser de la titularidad de la concursada por existir contienda sobre su compraventa que tampoco tuvieron reflejo completo en la contabilidad por haberse recogido el importe sólo por 75.000.000 de pesetas resultando acta inspectora de la Agencia Tributaria (documento número 10 de la presentada por la administración concursal) en la que recoge dicho apartado.

Frente a ello señala la administradora (tercero de su escrito) que "es del todo incierto que no haya reflejo contable ni fiscal. Parte del pago también se declaró en la Notaría y la totalidad del importe (150.000.000 pesetas) si viene reflejada en el Balance. Los pagos vienen reflejados en la contabilidad como "pago a Isidro".

La administración concursal señala que en la contabilidad figuraba Isidro, en la cuenta 55022, como deudor por la cantidad de 929.460,47 euros y no constaba en relación de deudores en los documentos acompañados a la solicitud.

Ello motiva la necesidad de determinar si dichos defectos pueden ser considerados suficientes, a los efectos de incumplimiento grave que prevé la norma. En concreto tanto la no indicación de la afectación registral al recoger en el listado acompañado solo que estaba sujeto a anotación y resultando que nunca se registraron a nombre de la concursada y su reflejo en la contabilidad.

Para analizar la gravedad de dicha inexactitud hemos de tener en cuenta que nos encontramos con los dos únicos bienes inmuebles declarados por la concursada cuyo valor declarado en la lista de acreedores presentada y que obra en autos es de 464.730,24 euros cada una. Que era obligatorio para la concursada no sólo hacer una ligera referencia a "nota preventiva" sino exponer las circunstancias de dichos bienes inmuebles en la forma prevista en el artículo 6.2.3º LC: "inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en el que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación." La escueta referencia de "nota preventiva" motivó la actuación derivada de la declaración de concurso a los efectos de anotación (art. 24 LC) que fue calificada negativamente tal y como ha hecho constar la administración concursal. Tratándose de los dos únicos bienes inmuebles, situados en Estepona y con el valor atribuido a los mismos la inexactitud motivada para el cálculo del activo de la sociedad en relación al pasivo de la misma es de necesaria consideración grave precisamente para la solución del concurso y para el derecho de los acreedores que intervienen en el mismo pues con el reflejo de dichos bienes que finalmente no tiene registrados necesariamente refleja una situación diferente a la que realmente después se puso de manifiesto.

Respecto de la constancia en la lista de acreedores tal y como afirma la administración concursal nada ha alegado la administradora de la sociedad quien se ha limitado a señalar que tenían su reflejo en la contabilidad. Frente a esto tenemos la citada acta inspectora con presunción de autenticidad que no se ha roto y, por otro lado, el incumplimiento del art. 6.2.4º LC que obliga al concursado a recoger los acreedores (todos) máxime tratándose de créditos tan importantes que tienen su directa relación con los citados bienes.

A ello se une el segundo de los razonamientos expuestos por la administración concursal respecto de los créditos recogidos en otros bienes y derechos cuya deudora sería SIPSA y que esta ha negado en acto de conciliación. No sólo suponen cuantías importantísimas respecto de la masa activa (20.017.000 euros en 2002, 12.700.000 euros en 2003-2004, 6.080.000 euros en 1999-2000 y 9.835.493 en 1999-2000) sino que además la gravedad se manifiesta en la actitud pasiva de la concursada que no ha acreditado, pese a tan importantes cantidades, haber realizado nada para su reclamación.

Por tanto hemos de entender que realmente se cumple también el supuesto de inexactitud grave que motiva, en todo caso, la declaración del concurso como culpable.

#### RESPECTO DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR EL CONCURSO.

TERCERO: Para la administración concursal y el Ministerio Fiscal y los demás intervinientes en el proceso debe ser afectada por la calificación del concurso la administradora única de la sociedad concursada Dª Rocío.

El artículo 172.1º LC señala que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos y en concreto el de la determinación de las personas afectadas por la calificación.

El artículo 168 LC señala que la administración concursal y el Ministerio Fiscal señalaran la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por estas.

El artículo 164.1 LC señala que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Determinada la calificación culpable del concurso tanto por el artículo 164.1 LC como por el artículo 164.2.2º LC lo evidente es señalar que en todo lo anteriormente relatado participa directamente quien es la administradora de la sociedad concursada.

La Ley concursal no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, evidentemente pueden ser afectadas por la calificación sus administradores

o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación. El criterio negativo vendría delimitado por la complicidad de tal forma que no podrán resultar afectados aquellos que sean declarados cómplices sin perjuicio de que puede darse una doble condición en función de su actuación. Entendemos no aplicable esta consideración de afectado al concursado por la propia naturaleza del proceso concursal y de la discusión, delimitación y resolución que en su seno interno se produce y respecto de las personas físicas y/o jurídicas que intervienen en los actos del mismo.

En cualquier caso la administración concursal sólo se ha referido a la administradora única como afectada.

Resultarán afectadas, por tanto, por la calificación del concurso aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellas que hubieran participado directamente en los hechos que motivan (164.2 LC) la declaración del concurso como culpable bien por tener el control directo de la causa que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca.

Los concretos actos u omisiones que han motivado la declaración de culpabilidad del concurso son:

1º. El mantenimiento de una situación alarmante de desequilibrio económico que se mantiene a la fecha de declaración del concurso y con anterioridad a este en los tres últimos años. La sociedad se encuentra, en todo momento, en situación de disolución.

2º. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso de conformidad al artículo 5 de la Ley Concursal cuyo análisis, en conjunto, deviene doloso, aun a pesar de transcurrir unos días más respecto de la aplicación del periodo de dos meses por el resto de circunstancias que hemos analizado.

3º. El agravamiento de la situación de insolvencia a partir de la actitud pasiva de la concursada y de su administradora en la realización de los actos que se han descrito anteriormente.

4º. La existencia de irregularidades graves en la solicitud de declaración del concurso.

En todos estos actos, antes y después de entrar en vigor la ley concursal participa directamente la administradora de la sociedad. Actitud que no parte de una culpa grave sino de verdadero dolo por cuanto mantiene relación directa con la propietaria del hotel aún a pesar de que señala que la misma ha incumplido el contrato inicial sin realizar ninguna reclamación que tienda a impedir que dicho incumplimiento se siga produciendo; verdadero dolo en cuanto a mantener la situación de la sociedad sin instar en plazo la declaración de concurso; actitud dolosa también en cuanto mantiene una actitud pasiva dentro ya del propio concurso cuando se extinguen las relaciones laborales y no exige el cumplimiento de la obligación de SIPSA de abonar las cantidades a que se había comprometido; y actitud dolosa en ocultar la verdadera situación de las fincas que señaló inicialmente como propias por la concursada al presentar la declaración de concurso o recoger deudas que SIPSA niega en dicha declaración o no recoger la totalidad de los créditos como sucedió en el supuesto de las citadas compraventas de inmuebles.

#### RESPECTO DE LA COMPLICIDAD EN EL CONCURSO.

CUARTO.- La administración concursal y el Ministerio Fiscal y los demás personados consideran que deben imputarse como cómplices a SOCIEDAD DE INVERSIONES Y PROMOCIONES TURÍSTICAS (SIPSA), HOTELES EUROPEOS S.A. y ATALAYA GOLF Y COUNTRY INTERNACIONAL S.A.

La complicidad se recoge en la Ley Concursal a partir del artículo 166 en donde se señala que " se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable".

Se exige por lo tanto que:

1º. Dichas personas hayan actuado con dolo o culpa grave.

2º. Que hayan cooperado con el deudor o sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados.

3º. Que se realice cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Entendemos aplicable el criterio irretroactivo respecto de dichos actos entendido a partir de la entrada en vigor de la ley concursal cuyo análisis ya hemos plasmado respecto de los actos que tienen un tracto sucesivo o cuyos efectos continúan en el tiempo.

El criterio de cooperación debe partir de posturas diferentes a las adoptadas por el derecho penal no sólo por la distinción entre los diferentes ordenes sino porque partimos de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto a partir de conductas como el encubrimiento. La cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164.2 de la Ley Concursal.

La administración concursal ha querido partir de la calificación de los créditos de los que señala cómplices (entre otros supuestos) para entender que su inclusión en los supuestos del artículo 93 LC conlleva necesariamente esta calificación de complicidad. Sin embargo entendemos que dicho precepto debe quedar limitado a dicha calificación crediticia y que en el análisis de estas actuaciones debemos partir de lo previsto en el artículo 166 LC.



A parte de ese elemento común que la administración concursal identifica con el grupo societario que se justifica en las sentencias referidas de calificación en hechos y en la parte de súplica sólo se refiere a SIPSA como aquella que ha intervenido en determinados actos que sirven para motivar la declaración del concurso como culpable.

Al margen de que posteriormente- lo que se analizará en su momento- la petición respecto de esta última solo se concreta en daños y perjuicios respecto de las deudas laborales y sus correspondientes tributaciones o cotizaciones es evidente que partimos de hechos muy concretos en la participación de SIPSA:

1º. Es SIPSA la que suscribe un contrato de arrendamiento con la concursada y que reconoce que no se entregó en debidas condiciones para resultar explotado con su categoría. Este hecho es también reflejado por la administración concursal en su informe y por la concursada en la memoria presentada al concurso. Dicha circunstancia se mantiene tras la entrada en vigor de la ley concursal y de la declaración del concurso amparándose en una reclamación contra el anterior arrendatario que no termina de ver su fin y sin que la propiedad haga nada para subsanar debidamente dichos defectos.

2º. Es SIPSA la que en el contrato de arrendamiento concierta en el pago de las indemnizaciones derivadas de un personal que nunca debió asumirse por la concursada y la que, tras la entrada en vigor de la ley concursal, se niega - obligando a los trabajadores a acudir a juicio- a pagar las indemnizaciones que a estos le corresponden tanto por los supuestos de extinción o despido decretados por los juzgados de lo social como por la derivada del expediente de regulación de empleo que se tramitó dentro del concurso. A día de hoy siguen pendientes, como señala la administración concursal, los créditos laborales por dichas extinciones.

3º. Es SIPSA la que entrega un hotel con personal que asume la concursada en una componenda entre ambas resultando que, a partir de las condiciones en que se entrega dicho hotel, era prácticamente imposible asumir los costos de estos por la nueva sociedad sin el apoyo de la arrendadora.

4º. Es SIPSA la que niega, en el acto de conciliación instado por la administración concursal, la existencia de cuantiosas deudas (ya relatadas) que aparecían en el inventario de la concursada referidos a otros bienes y derechos, pero, aún siendo también acreedora de la concursada no se persona en un primer momento y no impugna la masa activa lo que evidencia que - aunque la niegue- realiza un reconocimiento tácito de dichos créditos de los que deriva, de ser computados una situación diferente y más ventajosa que la que se derivaría de su no computación en la masa activa. Esta concreta causa de complicidad ya se recogía en el derogado artículo 893.2 del Código de Comercio EDL 1885/1 de 1885 por cuanto se sancionaba como cómplices a los confabulados con el quebrado respecto de créditos supuestos, aumento del valor de los mismos o sostenimiento de esta suposición en el examen de calificación. Y esto es lo que ha realizado SIPSA con su actitud pasiva determinando la existencia de créditos contra ella que han ido a parar a la masa activa, sin oponerse ni impugnarla, y sin negarla en ningún momento ni tan siquiera en el momento de oposición en donde señala una presunta compensación respecto de la renta y los gastos abonados por la restauración del hotel.

Por lo tanto SIPSA es partícipe y cómplice directa de determinados actos que motivan la declaración y agravan la situación de insolvencia pues no asumiendo voluntariamente la responsabilidad que había asumido respecto del personal de ROWASBLU no atiende a esta responsabilidad en el momento en que se produce el hecho del despido o la extinción aligerando la situación de insolvencia y, por tanto, agravándola. Participa activamente y la mantiene a lo largo de la vida de la concursada, tras la declaración del concurso y después de la entrada en vigor de la ley concursal no subsanando los defectos evidentes que son reconocidos respecto de las necesidades de reforma del hotel para ser explotado como de su categoría. Es SIPSA la que niega en el acto de conciliación deudas que son parte de la masa activa del concurso y que en ningún momento ha impugnado y que agravan evidentemente el estado de insolvencia sin venir a reparar dicha situación. La negación en acto de conciliación y la contraria posición en el concurso respecto de la no impugnación de dicho inventario pone de manifiesto que existían obligaciones indemnizatorias que la misma no ha cumplido voluntariamente y que ha mantenido indeterminadas y pendientes tras la entrada en vigor de la norma y la declaración del concurso.

Nos encontramos, por tanto, en una cooperación directa y dolosa por voluntaria en cuanto a la aptitud pasiva y obstructiva que ocupa la citada sociedad (SIPSA) que han servido para calificar, en su totalidad, la declaración del concurso como culpable.

#### RESPECTO DE LOS EFECTOS PERSONALES DE LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD Y AFECTACIÓN.

QUINTO.- La administración concursal solicita, en función de la calificación del concurso como culpable y de la responsabilidad por afectación y complicidad que la misma señala condena a las "responsabilidades correspondientes" en una línea genérica que debería haberse concretado más específicamente respecto de todos los apartados que puede recoger la norma.

La naturaleza de este procedimiento de calificación, como indicamos anteriormente, recoge una serie de intereses afectados que, con SANCHO GARGALLO (Estudios de derecho Judicial, número 70), podemos clasificar en:

Intereses públicos que se satisfacen con la calificación y la inhabilitación.

Intereses generales satisfechos con las personas afectadas y cómplices del concurso.

Intereses particulares de los acreedores cuyos créditos no son satisfechos con la liquidación y por la condena a responder de todos o parte de dichos créditos.

Los primeros son públicos y los dos segundos son privados requiriendo para el primero una concreta petición de la administración concursal o del Ministerio Fiscal en cuanto a la calificación culpable y para los dos siguientes también concretas peticiones. No obstante la afectación conlleva necesariamente la aplicación del 172.2.2º LC de forma directa. Una vez determinado que existen afectados por el concurso se producirá la "inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio."

La dicción literal del precepto no deja lugar a dudas y, aunque la petición sea genérica o no se hubiera pedido será necesario entrar en este supuesto para determinar la inhabilitación a que han de ser condenados dichos afectados (y solo estos) a partir de dos criterios:

La gravedad de los hechos, en referencia a los hechos que hubieran motivado la afectación y que sólo pueden referirse a aquellos en que se hubiera intervenido con dolo o culpa grave y que hubieran motivado a su vez la calificación del concurso como culpable.

La entidad del perjuicio causado.

En el presente supuesto sólo la administradora única es afectada por la calificación concursal y por los hechos más arriba relatados:

1º. El mantenimiento de una situación alarmante de desequilibrio económico que se mantiene a la fecha de declaración del concurso y con anterioridad a este en los tres últimos años. La sociedad se encuentra, en todo momento, en situación de disolución.

2º. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso de conformidad al artículo 5 de la Ley Concursal cuyo análisis, en conjunto, deviene doloso, aun a pesar de transcurrir unos días más respecto de la aplicación del periodo de dos meses por el resto de circunstancias que hemos analizado.

3º. El agravamiento de la situación de insolvencia a partir de la actitud pasiva de la concursada y de su administradora en la realización de los actos que se han descrito anteriormente.

4º. La existencia de irregularidades graves en la solicitud de declaración del concurso.

El perjuicio determinante de la inhabilitación ha de partir de lo señalado por los representantes de los trabajadores en cuanto al cierre de facto producido y que motivó, antes de la declaración del concurso, la presentación de demandas por despido en los juzgados sociales. Antes de la declaración del concurso y sin que se hubiera autorizado en este se produce el cierre de facto y, por tanto, la pérdida de la empresa como tal y de todos y cada uno de los empleos que superaban el número de doscientos. El pasivo fijado por la administración concursal es de 43.079.576,93 euros y 7.402.042,92 € de provisión indemnizaciones laborales y el activo de 55.758.652,87, lo que determina que, existiendo diferentes actos graves y un perjuicio esencialmente laboral y empresarial la inhabilitación deba graduarse dentro de la primera mitad. No habiendo justificado la administración concursal o el Ministerio Fiscal circunstancias para la graduación de la misma procede fijarla en la cuantía mínima de dos años.

#### RESPECTO DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA DECLARACION DE CULPABILIDAD, AFECTACIÓN Y COMPLICIDAD EN EL CONCURSO.

SEXTO: Respecto de la afectada, administradora única, la administración concursal se limita nuevamente a requerir que se la condene como tal sin solicitar para ella ninguna condena derivada de lo previsto en el apartado tercero del artículo 172 LC. En concreto se refiere a los cómplices respecto de la condena solicitada respecto del pago de los créditos concursales que no puedan ser satisfechos con la masa activa.

El Ministerio Fiscal ni siquiera solicita dicha condena.

Es únicamente, en representación de los trabajadores, el Sr. Del Prado Álvarez el que expresamente solicita, respecto de la administradora la condena a pagar el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores.

La posición mantenida por los llamados "interesados" en al artículo 168 LC ha de partir, necesariamente en nuestro derecho de la posición que la Ley rituaría les permite y esta no puede ser otra, dada la naturaleza del procedimiento de calificación, que la de intervención voluntaria si bien con las matizaciones que recoge la ley concursal limitando su participación para el caso de que el titular de la acción (administración concursal o Ministerio Fiscal) soliciten la declaración del concurso como culpable. Esto hace que el mismo sea considerado como parte en el proceso a todos los efectos (13.3 LEC EDL 2000/77463) defendiendo las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule.

Aunque la ley concursal se refiere expresamente a alegaciones sobre aquello que "considere relevante para la calificación del concurso como culpable" la interpretación ha de ser extensiva respecto de los intereses más arriba señalados y permitiendo, por tanto, que dicha alegación se manifieste respecto de todos y cada uno de los apartados sobre los cuales deba pronunciarse la Sentencia de calificación (172 LC).

Por tanto y aún en el supuesto- que no es el caso- de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal no hubieran partido de supuestos de afectación o complicidad (y siempre que alguno de estos hubiere calificado el concurso como culpable) entendemos que cualquier interesado podrá formular dichas afectaciones o imputaciones de complicidad y deberá entrarse a analizar sobre el referido aspecto.

El artículo 173.3 de la LC recoge:

"Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa."

Requiere por lo tanto tres requisitos:

Dos elementos condicionales consistentes en la apertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y que el concurso sea de persona jurídica.

Un elemento económico derivado de que los acreedores concursales no cobren totalmente sus deudas.

Un elemento subjetivo en cuanto a las personas que pueden ser condenadas y que se limita a administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable.

Por tanto no es posible, como solicita la administración concursal, dicha condena a los declarados cómplices al no darse el elemento subjetivo que hemos señalado.

En el presente concurso se dan los dos primeros elementos condicionales y el tercero respecto de la existencia de una administradora única.

Quedaría por analizar el segundo de los citados elementos en cuanto sentencia de futuro pendiente de la liquidación y que supone no una excepción a la regla de condena de futuro del artículo 220 de la LEC EDL 2000/77463 sino un desarrollo de este y de lo previsto en el artículo 219.3 LEC EDL 2000/77463 en relación al 209 LEC EDL 2000/77463 . Por cuanto lo que se realiza es una condena al pago de una cantidad que parte de un pasivo concreto fijado en el informe de la administración concursal y del que resultará una cuantía concreta, sin necesidad de operaciones de ningún tipo, una vez deducidos los pagos realizados como consecuencia de la liquidación del activo y conforme al plan de liquidación que finalmente se recoja.

Los dos siguientes problemas a determinar son:

Por un lado si la referencia a "acreedores concursales" que recoge la norma se refiere tanto a los créditos contra la masa o a los créditos del concurso. Dentro de este supuesto si es posible una condena- en caso de que se incluyan créditos contra la masa- también para los créditos que se devenguen (contra la masa) con posterioridad a la sentencia de calificación.

En segundo lugar cómo procede determinar la condena al pago total o parcial del importe de dichos créditos, su graduación y motivación.

Respecto del primer apartado entendemos que es necesario justificar la excepcionalidad del precepto y el carácter estricto en la interpretación de la norma sancionadora (*lex scripta et stripta*) y acudir a lo previsto en el artículo 84 LC por cuanto distingue, en su intitulación, entre "créditos concursales y créditos contra la masa". Este es el criterio tradicionalmente seguido por el Tribunal Supremo del que es mero ejemplo la STS de 9 de diciembre de 1962 que señala: "La doctrina distingue dentro de los acreedores dos tipos o categorías; el primero el de aquellos que resultan acreedores del quebrado, sujetos al proceso colectivo, y el segundo que resultan serlo de la masa, nacidos de operaciones ulteriores o simple negocios o gestiones de conservación, o fomento y productividad de los bienes del activo, los que por tanto no quedan sujetos a la liquidación del pasivo, sino a la del activo (...) y sólo lo que constituye deudas de la masa, o sea, las originadas por sus propias operaciones y negocios de conservación, no quedan sujetas a la liquidación del pasivo y pueden ejecutarse directamente contra los bienes de la quiebra." Este es el mismo criterio delimitador que recoge en artículo 172.2º.3º LC al distinguir entre "acreedores concursales" o "de la masa".

Refiriéndose, por tanto, la norma a "acreedores concursales" sin distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa" pero distinguiendo la norma estos dos supuestos en el citado artículo 84 LC procede estar a una interpretación integral y sistemática de la misma.

Ello, asimismo, soluciona el problema de una interpretación extensiva del supuesto previsto en el artículo 220 LEC EDL 2000/77463 respecto de condenas de futuro por cuanto de incluir los créditos contra la masa está claro que no habría motivo alguno para limitarlos a los que existieran o se hubieran devengado al momento de la sentencia de calificación pues ello resultaría contrario respecto de los que si se generen con posterioridad y vendría delimitado por la mayor o menor rapidez en acudir a dicha sección o tramitar la misma.

En segundo lugar y para la determinación de la condena en cuanto al pago total o parcial de dichos créditos creemos que la misma debe fundamentarse esencialmente en la justificación de la gravedad de los hechos aunque delimitado por su naturaleza- como veremos- sancionadora.

En el concurso podemos distinguir entre el "interés del concurso" y "los intereses concurrentes". El primero es, dentro del proceso, el interés perseguido en cada fase o sección; el segundo lo determina los diferentes intereses tutelados (acreedores, trabajadores en relación a su puesto de trabajo, deudor, afectación a la sociedad, interés público, etc.). En la sección de calificación y en el concreto apartado tercero del artículo 173 LC el interés tutelado es, in genere, el de los acreedores sean cuales fueren los interesados personados (acreedores, deudor, afectados, cómplices, trabajadores, Ministerio Fiscal, administración concursal u otros). Es por ello que sea cual sea el origen de la petición (en el presente caso el de unos concretos trabajadores a través de su defensa) cuando la petición se realiza con este interés (el de acreedor) la condena no puede estar limitada a los que la han solicitado sino que es extensible a todos los acreedores.

La intervención de la administradora concursal, como hemos visto, es completa y plena en cuanto a la situación patrimonial (económico-financiera) de solicitud ( artículo 5 LC) o de la exactitud de los documentos presentados al ser ella la firmante de dicha solicitud. Por ello la extensión de la responsabilidad no puede tener ninguna matización en cuanto a la condena a imponer atendiendo a que se han catalogado como graves dichas inexactitudes y la situación patrimonial mantenida tras la entrada en vigor de la ley concursal y a la plena participación de dicha administradora en todos los supuestos.

El último- pero no menos importante- tema a analizar es la verdadera naturaleza de la responsabilidad concursal recogida en el artículo 173.2 LC en cuanto a la división doctrinal entre responsabilidad por culpa o responsabilidad-sanción. Es prácticamente unánime, en el momento actual, la doctrina que considera que la responsabilidad concursal derivada del artículo 173.3 de la LC tiene naturaleza sancionadora pues se da como consecuencia de que se cumplan determinados requisitos, que ya hemos señalado (en tal sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, 13/2006). Otras posiciones doctrinales señalan la necesidad de determinar una responsabilidad por culpa y daño (en tal sentido el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006, Rollo 841/05).

Entendemos que el legislador ha querido darle esta naturaleza sancionadora al no recoger, como si lo hace en el apartado 2 del artículo 172 LC una referencia expresa a supuestos resarcitorios. Una interpretación literal del precepto (173.3 LC) nos indica este carácter sancionador pero también ha sido así expuesto en la justificación a la enmienda que finalmente supuso (a través de la Ley

19/2005 de la sociedad anónima europea domiciliada en España) la modificación de los apartados quintos de los artículos 262 y 105 de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente. En este supuesto el legislador modificó el régimen de responsabilidad- sanción respecto de los administradores limitando la extensa responsabilidad por todas las deudas sociales estableciendo los límites de (dies a quo) la existencia de la causa de disolución y una presunción al efecto. Explicaba el proponente de dicha enmienda, en su trámite en el Congreso que con dicha reforma se pretendía para llevar "a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio EDL 2003/29207 , Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio EDL 2003/29207 ." (Enmienda número 34).

El mismo criterio y justificación anterior nos puede servir para delimitar el pago total o parcial de las deudas que se proponen por el legislador en el artículo 173.3 LC a partir de dos supuestos:

La responsabilidad por las deudas posteriores a la existencia de la situación de insolvencia.

La presunción - no recogida expresamente en la norma concursal- de que todas las deudas se suponen posteriores salvo prueba en contrario de los administradores.

Tratándose en el presente supuesto de deudas puestas de manifiesto realmente con el informe de la administración concursal, determinada que la causa de insolvencia surge desde el mismo momento de la creación de la sociedad tal y como expuso la propia deudora y ratificó el informe de la administración concursal y vista la inexistencia de prueba por el administrador que desvirtúe lo señalado, procede la condena al pago de la totalidad de los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa a la administradora única.

SÉPTIMO: El artículo 172.2.3º LC recoge que la condena señalará "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 hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados".

Distinguimos en el mismo diferentes apartados:

1º. Por un lado la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

2º. En segundo lugar la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor.

3º. En tercer lugar la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa.

4º. En cuarto lugar la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Si bien las tres primeras pueden ser catalogadas como consecuencia inmediata de su afectación o complicidad la última parte específicamente de su naturaleza resarcitoria debiendo (1902 Cc EDL 1889/1 ) delimitar la misma en función del acto u omisión negligente, del daño cuantificable causado y de la relación de causalidad entre uno y otro. Al referirse a los daños y perjuicios causados no distingue la norma si los mismos deben referirse exclusivamente al concurso, al patrimonio del deudor o a los patrimonios particulares de los acreedores o demás interesados del concurso. Tampoco se delimita claramente si dichos daños y perjuicios se ven desde una óptica general o necesariamente deben partir de los supuestos regulados en la norma. Respecto de este segundo entendemos que se refieren, en términos generales, a cualquier daño y perjuicio y no a los limitados por ser acreedores concursales (lo que no tendría sentido), por haber obtenido bienes o derechos indebidamente o por haber recibido bienes de la masa activa. Y entendemos que es así porque o bien recogemos todos los supuestos para generar de ellos la derivación de daños y perjuicios sin poder excluir ninguno de ellos o, atendemos a criterios generales entendiendo que no es posible partir de supuestos tasados cuando alguno de ellos simplemente se limita a constatar la realidad de una devolución por la obtención lícita o ilícita de un bien o derecho de la masa activa o por la consideración, lícita o ilícita de acreedor. Respecto del primero nada delimita la norma y partiendo de que no se concretan- como hemos dicho- en los supuestos que individualmente se reflejan, carece de sentido limitarlos también al concurso.

Entendemos aplicable el término " indebidamente " solo en referencia a los bienes o derechos que tengan su origen en el patrimonio del deudor y no respecto de los bienes recibidos de la masa activa que supone pertenecen a la misma y por lo tanto deben ser reintegrados a esta sea cual sea el origen debido o indebido que hubieran tenido. La interpretación debe partir de los criterios literales y de la existencia de un conjunto de causas que el legislador ha recogido en dicho precepto distinguiéndolas pero englobándolas con criterios léxicos y de sintaxis que morfológicamente dan el mismo resultado en su análisis.

Igualmente entendemos que la devolución no puede referirse exclusivamente a los bienes y derechos derivados de los actos en que intervienen y que han motivado (por su dolo o culpa grave) la declaración del concurso como culpable pues la norma no limita la condena a estos supuestos sino, en líneas generales, a todos los que cumplan con los requisitos reseñados.

No obstante, para proceder a la condena en el segundo supuesto será necesario acreditar en el procedimiento que dichos bienes o derechos han sido obtenidos indebidamente.

De conformidad a ello podemos entender que la afectación o complicidad producirá como efectos inmediatos que se reflejaran en la sentencia los siguientes:

la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa.

En segundo lugar que será necesario probar, para poder ser objeto de condena que:

Determinados bienes o derechos se han obtenido indebidamente del patrimonio del deudor.

Resarcir los daños y perjuicios causados.

Partiendo de los anteriores requisitos y matizaciones procede distinguir los supuestos.

OCTAVO: Respecto de la declarada afectada (administradora única) nada se dice, alega o prueba respecto de dichos daños y perjuicios o la obtención de bienes o derechos indebidamente por lo que cabe limitar dicha condena a los supuestos automáticos que hemos señalado.

NOVENO: Respecto de la declarada cómplice señala la administración concursal que "La sociedad de Inversiones y Promociones Turísticas S.A. (SIPSA), indudablemente ha ocasionado graves daños al no haber entregado, en su momento, el Hotel para ser explotado como de 5 estrellas y libre de personal. Por ello, SIPSA, por tales hechos y por la especial relación de responsabilidad solidaria asumida contractualmente debe ser condenada solidariamente de todas las obligaciones salariales derivadas por la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la sociedad concursada (indemnizaciones) y demás obligaciones salariales (salarios) y costos de Seguridad Social y Mutualidad de Accidente de trabajo".

Sin efecto de las responsabilidades genéricas solicitadas en la suplica y que operan respecto de las automáticas "ex lege", el único análisis de las también solicitadas de necesaria petición y justificación se limita a la responsabilidad de daños y perjuicios y en nada se refieren a bienes o derechos salidos indebidamente del patrimonio del concursado.

Las concretas peticiones son dos:

1º. Por la entrega del hotel en condiciones insuficientes para ser explotado conforme a cinco estrellas.

2º. Por la responsabilidad solidaria asumida contractualmente y por la extinción de las relaciones laborales.

En su escrito de alegaciones SIPSA reconoce las malas condiciones de entrega y del citado hotel. En la página cinco de su escrito concretamente expone que "entra (el acuerdo alcanzado) dentro de las más normales relaciones contractuales entre un propietario al que le han devuelto un hotel en mal estado y una arrendataria que le exige que le repare el Hotel y ofrece hacerlo la conveniencia de su sistema de explotación, lógicamente a cargo de la propiedad". Es decir que se produce un reconocimiento, ya vigente el contrato de arrendamiento de que el hotel fue entregado en malas condiciones para explotar el hotel. De igual forma reconoce que el hotel fue entregado en malas condiciones por la anterior explotadora.

De todo ello se colige necesariamente la actuación dolosa de quien concierne un arrendamiento de explotación a sabiendas de que no puede ser explotado con la categoría y con las condiciones necesarias para ello. Aún así mantiene esta situación que, conforme al informe de la administración concursal, se mantiene al momento de declaración del concurso. Nos encontramos por tanto con la existencia del primer elemento para determinar esta responsabilidad que es la existencia de "dolo".

En segundo lugar hemos de delimitar que dicho arrendamiento y posterior explotación genera pérdidas al hotel que se identifican en el informe de la administración que nunca fue impugnado por la citada sociedad (SIPSA) en apartados concretos por indemnizaciones, lucro cesante, gastos operativos y financieros y penalización pero referidos, siempre, a momentos anteriores a la entrada en vigor de la Ley concursal, cuya aplicación debe venir limitada a actos posteriores de conformidad a lo previsto en los artículos 9.3 CE EDL 1978/3879, 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 y Disposición Transitoria Tercera del Código Civil EDL 1889/1.

No se ha acreditado nada al efecto respecto de que dichos daños subsistan en las cuantías referidas al momento de la entrada en vigor de la ley o en el momento de juicio por lo que cabe desestimar dicha indemnización.

Respecto de la indemnización por los daños derivados por la extinción de las relaciones laborales y cuotas de seguridad social la misma es identificada por la administración concursal sin cuantía alguna pero en remisión genérica a las cantidades debidas por la concursada que se reflejan en el informe de la administración concursal aportado a autos y que suponen, conforme al mismo, un total de 7.789.046,93 euros según el cuadro de la página 31 del informe presentado.

Ha sido reconocido por la propia concursada conforme obra en la solicitud y reflejado por la administración concursal en su escrito y manifestado expresamente por los representantes de los trabajadores que la situación concursal partía de un exceso de trabajadores entre otros supuestos. Ello ha motivado, como ya se señaló, que se produjera un cierre de facto en el que directamente intervino la administradora concursal previo a la declaración de concurso y posteriores extinciones de las relaciones laborales que culminaron, como se ha probado, en expediente de regulación de empleo tramitado de conformidad al artículo 64 LC por ante el concurso. Ante dicha situación la citada sociedad, antes y después de la solicitud de declaración de concurso deja de asumir aquello que reconoce en su propio escrito de alegaciones como es el de indemnizar, por la obligación a que venía comprometida en virtud del contrato suscrito por la concursada, a los trabajadores. De forma consciente y voluntaria incumple dicha obligación agravando, cuando menos, la gravedad de la insolvencia en la cuantía referida cuya causa deriva directamente de dicha actitud pasiva que la propia sociedad reconoce en su escrito de alegaciones (página 5) al recoger: "Es por ello por lo que la responsabilidad de Sipsa es simplemente de carácter contractual y limitada a las obligaciones frente a los trabajadores en los términos pactados en el acuerdo de 26 de octubre de 1999".

Dicho acuerdo, aportado y extractado por la administración concursal, expresamente señala que - en la parte que nos interesa- "El hotel se entregará libre de todo personal, siendo SIPSA la única responsable de las indemnizaciones y otras cargas que conlleve la rescisión del personal".

Si esta era su obligación y viene reconocida por la propia entidad: ¿por qué no ha satisfecho dichas indemnizaciones en el momento en que le fueron reclamadas o, antes incluso, en el momento en que se produce el cierre del hotel? ¿Por qué no se ha producido ese pago en el momento en que se acuerda la extinción de todas las relaciones laborales en el expediente de regulación de empleo tramitado en el concurso?.

Es evidente que la actitud dolosa, la agravación del estado de insolvencia, el perjuicio causado y la relación directa de causalidad entre el impago de la obligación asumida que voluntariamente se incumple y la agravación de la insolvencia, cumple todos y cada uno de los requisitos previstos en la norma para declarar la responsabilidad de SIPSA por dichos daños y perjuicios.

DÉCIMO: La estimación parcial de la petición respecto de los cómplices y de las pretensiones de la administración concursal y Ministerio Fiscal nos determinan la no imposición de costas de conformidad al artículo 394 LEC. EDL 2000/77463 -

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

## FALLO

QUE ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA DE CALIFICACIÓN presentada por LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y, en su nombre, el abogado Sr. Franco Cejas y el Ministerio Fiscal, en donde también han intervenido los trabajadores representados por Unión General de Trabajadores por el letrado Sr. Pérez Moreno, Comisiones Obreras por el letrado Sr. Alarcón Alarcón y por el abogado Sr. Del Prado Álvarez contra, Atalaya Golf y Country Club Internacional S.A. por el letrado Sr. Cuesta Boothman y con el procurador Sr. Lara de la Plaza, Hoteles Europeos S.A. por el letrado SR. Cuesta Boothman y por el procurador Sr. Lara de la Plaza, Sociedad de Inversiones y Promociones Turísticas S.A. (SIPSA) por el letrado Sr. Romero Boldt y por el procurador Sr. Lara de la Plaza; y Rocío representada por el procurador Sr. Ansorena Huidrobo y defendida por ella misma como letrada y ROWASBLU S.A., que no compareció y en consecuencia:

Primero: DECLARO EL CONCURSO DE ROWASBLU S.A. TRAMITADO CON EL NÚMERO 19/04 COMO CULPABLE.

Segundo: Declaro afectada por el concurso a la administradora única de dicha sociedad, Rocío y en consecuencia:

Debo condenar y condeno a la citada administradora única a un periodo de inhabilitación para administrar los bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona durante un periodo de dos años desde la firmeza de la presente sentencia.

Debo condenar y condeno a la citada administradora a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedora del concurso o de la masa y a devolver los bienes que hubiera recibido de la masa activa.

Debo condenar y condeno a la citada administradora a que pague totalmente el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores concursales.

Tercero: Declaro cómplice del concurso a la SOCIEDAD DE INVERSIONES Y PROMOCIONES TURÍSTICAS (SIPSA) y, en consecuencia:

Debo condenar y condeno a SIPSA a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedora del concurso o de la masa y a devolver los bienes que hubiera recibido de la masa activa.

Debo condenar y condeno a SIPSA a indemnizar con cargo al concurso la cantidad de siete millones setecientos ochenta y nueve mil cuarenta y seis euros con noventa y tres céntimos (7.789.046,93).

Cuarto: Desestimo la demanda en los demás pedimentos, absolviendo a los demandados de los mismos.

Quinto: Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que la presente no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación a preparar en este juzgado en el plazo de cinco días y que resolverá la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª).

Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo.

MAGISTRADO.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067470012006100017