

Resumen

El Juzgado acuerda estimar parcialmente la propuesta de calificación formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y en consecuencia declara culpable la situación de insolvencia de la mercantil deudora, indicando las personas afectadas por dicha calificación así como a los cómplices. Por la administración concursal se imputa a la concursada y a las personas afectada por la calificación la generación o agravación del estado de insolvencia de forma culpable por incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, por llevarla duplicada, o por cometer en ella irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Sostiene la actora que el activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de la mercantil deudora consiste en un complejo hotelero y que, al quedar resuelta la venta, salió de su patrimonio sin recibir como contrapartida la devolución del precio de la venta. En este sentido señala el Juzgador que el activo que sale fraudulentamente del patrimonio del deudor, no sería el inmueble, pues su salida se produce como consecuencia de las restitución recíproca de prestaciones derivadas de la concurrencia de una causa de resolución contractualmente pactada, entendiéndose que el problema radica en el pago del precio de la compra, el momento en que efectúa el pago y la ausencia inicial de devolución del mismo. En definitiva de la sucesión de hechos es fácil colegir que a través de esta operación y previa realización de gran parte de los activos financieros de la concursada, se origina la salida de gran parte de la tesorería a favor del resto de las sociedades del grupo, salida de activo que se realiza sin contraprestación, pues tal como está diseñada la compraventa, no puede entenderse que las partes pretendieran ejecutar el citado contrato, sino que el mismo parece más bien una causa formal de la salida de un la tesorería por parte de la concursada, que no se correspondía con la verdadera voluntad negocial de las partes. En consecuencia procede la calificación culposa del concurso.

NORMATIVA ESTUDIADA

- Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
art.8 , art.71 , art.164 , art.165 , art.169.2 , art.170 , art.171 , art.172 , art.172.bis
- Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.442.1
- RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas
art.135
- RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1111 , art.1291 , art.1297 , art.1902
- RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio
art.25 , art.34.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	17

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- CONCURSO DE ACREEDORES
 - CUESTIONES GENERALES
 - REQUISITOS Y FINALIDAD
 - EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN
 - PROCEDIMIENTO
- FRAUDE DE LEY
 - EN LA PRÁCTICA SOCIETARIA
- FUENTES DEL DERECHO
 - JURISPRUDENCIA
 - Del Tribunal Supremo
 - Menor de las Audiencias
- PRESUNCIONES
 - LEGALES
 - Iuris et de iure
 - Iuris tantum

SOCIEDAD ANÓNIMA

ACCIONES

Transmisión

En general

Negocios de la sociedad sobre sus propias acciones

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Concursal

Calificación del concurso

Tramitación

Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal

Personas afectas por la calificación

Cómplices

Concurso culpable

Sociedades mercantiles

Sociedad anónima

Acciones

Negocios jurídicos sobre las acciones propias

Régimen de las acciones propias

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acreedor, Administrador, Concursado, Consorcio de Compensación de Seguros; Desfavorable a: Acreedor, Administrador, Concursado, Consorcio de Compensación de Seguros

Procedimiento: Primera Instancia

Legislación

Aplica art.8, art.71, art.164, art.165, art.169.2, art.170, art.171, art.172, art.172.bi de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Aplica art.442.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.135 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas

Aplica art.1111, art.1291, art.1297, art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.25, art.34.2 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD STS Sala 1ª de 21 marzo 2012 (J2012/116921)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD SAP Barcelona de 23 abril 2012 (J2012/89200)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO STS Sala 1ª de 17 noviembre 2011 (J2011/286973)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO STS Sala 1ª de 6 octubre 2011 (J2011/242185)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - CUESTIONES GENERALES SAP Madrid de 26 noviembre 2010 (J2010/317554)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - CUESTIONES GENERALES, CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD SAP Madrid de 24 marzo 2009 (J2009/77994)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO AAP Madrid de 6 noviembre 2008 (J2008/278568)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD SAP Madrid de 5 febrero 2008 (J2008/23383)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - PROCEDIMIENTO, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD SAP Barcelona de 21 diciembre 2007 (J2007/341806)

Cita en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Menor de las Audiencias, CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN SAP Barcelona de 27 abril 2007 (J2007/153690)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de se dictó Auto por el que se apertura sección autónoma de calificación de la entidad SEGUROS MERCURIO S.A, emplazando al Consorcio de Compensación de Seguros a fin de presentar dictamen razonado de calificación, con propuesta de calificación e indicación de sujetos cómplices y personas afectadas por la calificación.

En fecha de 27 de diciembre de 2010 se presentó por la Administración Concursal propuesta de calificación, con el siguiente suplico:

(i) Se declare culpable la insolvencia de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.

(ii) Se inhabilite para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante un periodo de quince años, a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, D^a Carlota, D^a Concepción y D^a Delia en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.

(iii) Se condene a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, D^a Carlota, D^a Concepción y D^a Delia en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.

(iv) Se condene solidariamente a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, D^a Carlota, D^a Concepción y D^a Delia, en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última el importe de 30.650.038,45Eur..

(v) Se declare cómplices a D. Victorio, D. José Augusto, D. Carlos Antonio, D. Luis Pedro, D. Miguel Ángel, D. Alvaro, D. Artemio, D. Casiano, D. Carlos Antonio, INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán.

(vi) Se condene a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a D. Victorio, D. José Augusto, D. Carlos Antonio, D. Luis Pedro, D. Miguel Ángel, D. Alvaro, D. Artemio, D. Casiano, D. Carlos Antonio, INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán, en su condición de cómplices.

(vii) Se condene a D. Victorio, solidariamente con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última el importe de 20.075.813,19Eur., en su condición de cómplice.

(viii) Se condene a D. José Augusto, D. Carlos Antonio, D. Luis Pedro y a D. Miguel Ángel, solidariamente entre sí y con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última el importe de 5.847.039,84Eur., en su condición de cómplices.

(ix) Se condene a D. Alvaro, D. Artemio, D. Casiano y a D. Carlos Antonio, solidariamente entre sí y con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última el importe de 2.449.436,15Eur., en su condición de cómplices.

(x) Se condene a INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán, solidariamente entre sí y con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última el importe de 10.325.950,38Eur., en su condición de cómplices.

SEGUNDO.- De tal propuesta de calificación se confirió traslado al Ministerio Fiscal, el cual en fecha de emitió informe en el sentido de considerar culpable la calificación, con el contenido que es de ver en autos

TERCERO.- Dentro del plazo legalmente previsto se fueron presentando escritos de oposición por las personas afectadas y señaladas cómplices, solicitando que se dictase sentencia por a que desestimando la pretensión de calificación se absolviese a su representado.

CUARTO.- Considerando las partes que no resultaba necesaria la práctica de otra prueba distinta de la obrante en autos y proponiendo las partes prueba en tiempo y forma, se exceptúa la representación del Consorcio de Compensación y de D^a Delia y D^a Concepción que no solicitaron prueba en el escrito de demanda y pretendieron su proposición en el acto del juicio.

QUINTO.- Llegados el día y hora señalados comparecieron las parte debidamente representadas, desarrollando el acto del juicio entres sesiones por razón de la duración programadas, con el resultado que es de ver en autos, quedando los autos vistos para sentencia, tras su desarrollo.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DE LA CALIFICACION CONCURSAL

1- Tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal entiende, en sus respectivos escrito que la insolvencia de SEGUROS MERCURIO ha de ser calificado como culpable, con las consecuencias a ello aparejadas, tanto para las personas afectadas por tal calificación, como cómplices manifestadas tanto en los aspectos patrimoniales como personales. En este punto ya a propósito de la falta de comparecencia del Ministerio Fiscal en el acto de la vista y la petición realizada por la dirección letrada del Sr. Artemio debe traerse a colación la doctrina establecida al respecto por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 7.07.2008 la cuál señala " El Ministerio Fiscal participa en los trámites de la calificación, de modo necesario (artículos 169.2 y 184.1 de la LC EDL 2003/29207), en defensa del interés general (así, la jurisprudencia había venido considerando a la calificación, en relación a la quiebra, como de interés público - sentencia del TS 9 de noviembre de 1950), el cual subyace ante las situaciones de insolvencia. Por lo que si el Ministerio Público, invocando problemas de infraestructura para efectuar su comparecencia a la vista oral, presenta escrito, amparándose en la alternativa legal de dirigirse al tribunal de ese modo (artículo 3 in fine de la Leyreguladora del Estatuto del MF), manifestando en él su ratificación en sus previas peticiones, en modo alguno puede conllevar tal actuación que se le aplique, como pretenden los recurrentes, el artículo 442.1 de la LEC EDL 2000/77463 (por remisión del artículo 171.1 de la LCal incidente concursal y del artículo 194.4 de la LCa los trámites del juicio verbal de la LEC EDL 2000/77463), pues dicha norma está prevista para un conflicto entre particulares, en el que todavía no ha mediado siquiera contestación a la demanda (a diferencia de lo que ocurre en el incidente concursal), en el que se puede mostrar, siquiera de forma tácita, con la incomparecencia del demandante, su desinterés en la prosecución del proceso. Mas ello no responde a lo acaecido en este caso y en este tipo de tramitación especial con el Mº Público. La aportación de un escrito por parte de éste, con anterioridad a la celebración de la vista, al amparo de lo previsto en el artículo 3 in fine de la Leyreguladora del Estatuto del MF, permitía al juzgado actuar de dos formas: 1º) suspendiendo la vista, si las circunstancias así lo hubieran aconsejado, para posibilitar la más adecuada defensa del interés público, acordando un nuevo señalamiento en el que se exigiera la inexcusable presencia del Fiscal, si el juzgador hubiese considerado insuficiente, para el buen fin del proceso, su ratificación por escrito; ó 2º) celebrando la vista, por considerar suficiente y gozar de apoyo legal la ratificación escrita del Fiscal, sin que ello tenga por qué conllevar la indefensión que para el concursado o su administrador argumentan los recurrentes, pues ya habían tenido oportunidad de contradecir previamente los alegatos del Mº Público, en el trámite escrito de oposición previsto en los artículos 170 y 171 de la LC EDL 2003/29207 , y gozaban además de la posibilidad de aportar e intervenir en la práctica y valoración de la prueba que les interesase en la vista oral sin que en ello pudiera interferir, en modo alguno, la ausencia del Fiscal.

De ahí que el juzgado actuase con corrección al admitir el escrito de ratificación del Mº Fiscal, procediendo a la celebración de la vista con los que comparecieron, es decir, la administración concursal y las representaciones y defensas de la concursada y su administrador, que propusieron las pruebas que estimaron convenientes. Y que volviese a obrar conforme a derecho cuando al redactar su sentencia partió del antecedente incontestable de que el Ministerio Público no había desistido en momento alguno de los planteamientos que plasmó en su dictamen del artículo 169.2 de la L.C. EDL 2003/29207 , por lo que no cabe admitir el reproche de falta de congruencia que, por exceso, se argumentaba en el recurso.

2- Dicha pretensión de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal se asienta dentro de la sección de calificación del concurso. Dentro del proceso concursal, en su fase final, se procede a la calificación del concurso, con el objeto de determinar si la situación de insolvencia es o bien fortuita, generada por causas ajenas a la voluntad y actuar del deudor fallido, o bien dicha insolvencia aparece como resultado de acciones imputables a la persona del concursado o de sus administradores sociales, en caso de tratarse de una persona jurídica, con el fin de atribuirles responsabilidad por ello, art. 172 LC EDL 2003/29207 , tanto patrimonial, imponiéndoles la cobertura de todo o parte de los créditos que no puedan satisfacerse en el concurso, como personal, con inhabilitación para administrar bienes ajenos. Con ello se llegará a la calificación de concurso culpable, cuando la insolvencia haya sido generada o agravada por dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores, según el juego de presunciones, derivadas de ciertas irregularidades en la gestión patrimonial del deudor, previstas en los arts. 164 y 165 LC. EDL 2003/29207

3- Respecto a la estructura normativa del juicio de calificación concursal, ha de partirse del citado art. 164.1 LC EDL 2003/29207 , el cual dispone 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." Son, pues, requisitos esenciales para la declaración del concurso culpable los siguientes: i) comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; ii) que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro grado de negligencia; iii) un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia, definido como " imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles ", art. 2.2 LC EDL 2003/29207 , y iv) la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado como culpable

4- Junto a esa cláusula general, se tipifican una serie de supuestos legales en el artículo 164.2 y en el artículo 165, como comportamientos legalmente especificados que comportan por sí bien la causación de la insolvencia, bien la culpabilidad en tal causación, una vez probada ésta. Unos y otros tienen distinta naturaleza y alcance: los previstos en los 6 ordinales del artículo 164 son catalogados por la doctrina como presunciones iuris et iure, por lo que no admiten prueba en contrario y de la expresión empleada por la ley (" En todo caso, el concurso se calificará como culpable..") se infiere que abarca a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable. En palabras de la SAP de Barcelona, Sección 15ª (Pte Sancho Gargallo) de fecha 19 de marzo de 2007, " el art 164.2

tipifica una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y que si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave".

5- En cambio, en el art. 165 se tipifican otros 3 comportamientos que implican sólo la presencia de uno de los elementos de la calificación culpable del concurso, el dolo o culpa, no los demás elementos. La doctrina califica tales supuestos como presunciones iuris tantum, admitiendo por tanto prueba para desvirtuarlo, y recuerda que únicamente se refieren al elemento subjetivo del comportamiento del sujeto pasivo, es decir, se presume la existencia de dolo o culpa grave en el sujeto pasivo de la calificación, pero no se presumen el resto de los requisitos antes enumerados, que deberán ser acreditados por la parte que insta la declaración, como son la generación o agravamiento de insolvencia y la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo. Aquí el precepto ya no dice el concurso se calificará como culpable, sino que " se presume la existencia de dolo o culpa grave..." por lo que no abarca todos y cada uno de los elementos antes dichos necesarios para la calificación de culpabilidad (Auto 6 de noviembre de 2008 Sec 28 AP de Madrid EDJ 2008/278568 , tesis asumida por el Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de 6 de octubre EDJ 2011/242185 , 17 de noviembre de 2011 EDJ 2011/286973 y 16 de enero de 2012, que igualmente asumen el razonamiento expuesto en el apartado 4)

6-Frente a tal pretensión los administradores afectados por la petición de calificación culpable, en sus diversos escritos de contestación y por los distintos motivos que en el apartado correspondientes se irán analizando separadamente se oponen a la pretensión de que se les considere personas afectadas por la calificación, discutiendo del mismo modo que concurra en el presente supuesto culpabilidad o dolo en la generación o agravamiento de la insolvencia o en los términos de la cláusula general del art 164.1 o alguna de las presunciones imputadas en el art 164.2 de la LC. EDL 2003/29207 En los mismos términos los sujetos considerados cómplices se oponen a las peticiones deducidas por los mismos, si bien y al igual que ocurre con los demandados como personas afectadas por la calificación, la pluralidad demandados y la diversidad de argumentos esgrimidos hace aconsejable desde el prisma de la claridad de la resolución, examinar casa una de las alegaciones al entrar a valorar en el fundamento correspondiente la intervención de cada uno de los demandados en los actos generadores o agravadores de la insolvencia.

7- A los mismos fines antes expuestos la estructura de la resolución en primer termino analizar los hechos alegados generadores o agravadores de la situación de insolvencia y respecto de aquellos que puedan resultar encuadrados en el apartado primero del art 164.1 o en su caso en alguna de las presunciones del art 164.2 citadas por la parte, habrá de realizar la imputación subjetiva a los afectados por la calificación o en su caso valorar la participación que los cómplices pudieran tener en el mismo. De forma separada habrá de analizarse la petición dirigida frente a las entidades aseguradoras en su condición de entidades que aseguraban la responsabilidad civil del Sr. Leoncio o Sr Martin y sobre la posibilidad misma de que estas hubieran sido siquiera parte en esta sección de calificación.

SEGUNDO.- DE LA EXISTENCIA DE IRREGULARIDAD CONTABLE RELEVANTE

8- Por la Administración concursal se imputa a la concursada y a las personas afectada por la calificación la generación o agravación del estado de insolvencia de forma culpable por incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, por llevarla duplicada, o por cometer en ella irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. En tal sentido el art. 164.2.1º LC EDL 2003/29207 dispone que " el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara ".

9- Tal precepto impone la directa calificación de concurso culpable ante la concurrencia de ciertas irregularidades contables, siempre y cuando existiese deber legal de llevar tal contabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 25 y ss. Cco. EDL 1885/1 No obstante, dentro de la existencia tipificada de irregularidad contable no basta cualquier defecto en la llevanza de contabilidad, sino un incumplimiento sustancial de tal deber. El concepto normativo de la sustancialidad en la irregularidad ha de ser colmado mediante una interpretación sistemática, en primer lugar, poniendo en relación tal requisito con los comportamientos sancionados en el art. 165.3º LC EDL 2003/29207 , no formulación de cuentas anuales, no auditoría o no depósito de las mismas en el Registro Mercantil, supuesto legalmente considerados de menor gravedad, por el efecto jurídico a ello aparejado, que los recogidos en el precepto comentado. En segundo lugar, se ha emplear un criterio interpretativo finalista, atendiendo a la finalidad de protección de la norma que impone el deber de llevar ordenada contabilidad, consistente en obtener según el art. 34.2 Cco EDL 1885/1 " una imagen clara y fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa ". Cuando se altere relevantemente esa claridad y fidelidad en la imagen del curso de la actividad económica empresarial se estará incurriendo tipo normativamente previsto en el art. 164.2.1º LC. EDL 2003/29207 En tercer lugar, puede emplearse un último criterio de interpretación como es literal, para arrojar luz sobre el alcance de la sustancialidad que ha de exigirse al comportamiento del concursada para la calificación, siguiendo la línea de gravedad marcada por los tres comportamientos específicamente allí tipificados, como son la directa y total omisión de toda contabilidad, la llevanza de una doble contabilidad, una real y otra oficial ficticia, y en tercer término, la irregularidad relevante que habrá, cuando menos, de poderse equiparar en cuanto a su antijuridicidad a los anteriores comportamientos. Finalmente, para graduar aquel concepto normativo, se ha de poner en conexión la gravedad exigible en los hechos para su apreciación con la relevancia del efecto jurídico que genera tal apreciación, como es la inmediata calificación del concurso como culpable, con presunción iuris et iure de la causalidad en la insolvencia y de la culpa grave o dolo en el comportamiento. El alcance de tal efecto jurídico, el cual además es indefectible, ya que el art. 164.2 señala que concurrirá "en todo caso", ha de quedar cubierto por la gravedad que se requiera para colmar el requisito de la esencialidad en la irregularidad contable, esta presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida una comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. (en este sentido SAP Barcelona Sec 15 29 marzo de 2007)

10- Sustenta la imputación la AC en dos extremos puestos de manifiesto en el acta de inspección de la dirección general de Seguros de 31 de julio de 2009 (documento num. 8 demanda) y posteriormente Resolución de la DGS de 11 de diciembre de 2009. A tal efecto señala literalmente que "Así, tal y como señalan el Acta de Inspección (pág. 69) y la Resolución de la DGSFP de 11/12/2009 (véase Documento

num. 10) "Se han detectado contabilizaciones de operaciones que no se corresponden exactamente con la realidad económica o jurídica de las mismas", en particular por lo que se refiere a la adquisición de un complejo hotelero en Palma de Mallorca, ascendido en importe desviado a 5.015.900,00Eur.. Asimismo resulta del Acta de Inspección (pág. 58) que SEGUROS MERCURIO, S.A. no ha deducido del concepto "Fondos Propios" -que cifra en 887.805,47Eur.- el valor correspondiente a la autocartera comprada por Teinver, S.L. y que ascendió a 4.199.968,24Eur., por lo que, a la vista de lo anterior, la inspección estima que no procede computar dicha cuantía en la rúbrica correspondiente al capital social". No dedica en todo el extenso escrito de calificación más tiempo a la presunción de culpabilidad invocada, más allá de remitirse al contenido del acta de inspección y a la presunción de veracidad que el art 72.6 del TRLOSSP predica de dichas actas. Tampoco el Ministerio Fiscal aún cuando invoca esta presunción, indica en que modo las cuentas anuales del ejercicio 2008, afectaban al reflejo de la imagen patrimonial de la sociedad.

11- Centrándonos en las alegaciones de la representación del Consorcio, que coinciden en ese punto con las Ministerio Fiscal, como se ha dicho apunta dos irregularidades contables. En relación a la contabilización de la operación relativa a la adquisición del complejo hotelero en Palma, según se desprende del acta se han apreciado diferencias entre los pagos contenidos en la escritura pública de compraventa y las transferencias registradas en la contabilidad, añadiendo a continuación que esas divergencias consistirían en que los destinatarios de las transferencias no coinciden con la Sociedad vendedora del complejo hotelero, Hotetur Club, S.L., sino que se trata de empresas que forman parte del entramado de sociedades formado por los principales accionistas de SEGUROS MERCURIO, S.A. Limitándonos a ese extremo hemos de señalar que ello no supone una alteración grave de la imagen patrimonial de la sociedad, pues no se está señalando que no se efectuasen tales pagos ni que los mismos no tuvieran su origen en el contrato de compraventa suscrito, sino que se realizan a sujetos distintos de los que aparecen en la escritura como perceptores de la cantidad, lo que como se ha dicho no afecta de modo grave al conocimiento de la imagen patrimonial de la sociedad y por ende no integra la presunción del art 164.2.1, nominalmente invocada en relación con este hecho, siendo por lo demás que aparece correctamente contabilizado tanto el pago como el destinatario. En segundo lugar se refiere a la indebida inclusión en los fondos propios del valor de las acciones adquiridas por Teinver. Se fundamenta tal previsión en que "existía una elevada incertidumbre en cuanto al cobro efectivo de los citados pagarés". No obstante ello no constituye motivo válido para no contabilizar las acciones en el capital social, adelantando una amortización de acciones por falta de dividendos pasivos que ni siquiera se ha llevado a efecto, no resulta admisible desde un punto de vista contable la operación propuesta ni se puede considerar que tengo sustento o anclaje en norma contable o resolución del ICAC, cuya infracción permitiese afirmar la irregularidad contable denunciada, sin que por otro lado se manifieste si la irregularidad se produce en el ejercicio 2008 o 2009, en el que vencían los pagares entregados para pago de las acciones.

12- En relación a las alegaciones que en torno a esta presunción de culpabilidad realiza el Ministerio Fiscal, hemos de comenzar señalando que el propio Ministerio Fiscal reconoce que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel del patrimonio y no apunta otras irregularidades contables relevantes en que pudieran incurrir, más allá de un retraso en el depósito de las cuentas anuales que tendría incidencia desde el prisma del art 165, no desde el art 164.2 LC EDL 2003/29207 , las dos irregularidades ya apuntadas y analizadas en el apartado anterior.

TERCERO.- SALIDA FRAUDULENTE DE BIENES DEL DEUDOR (ART 164.2.5º)

13-En realidad, la conducta a la que alcanza la presunción iuris et de iure no es sino una modalidad cualificada de la cláusula general; la cualificación no la proporciona el elemento intencional- a diferencia de otras conductas culpables, que presentan datos más objetivos e inintencionales- sino una doble circunstancia:

a- El momento en el que fueron realizadas- los dos años anteriores a la declaración de concurso, periodo sospechoso por excelencia donde el legislador, con buen tino, presume un conocimiento más o menos pleno de la situación próxima de insolvencia, tiempo que coincide con el de realización de los actos perjudiciales para la masa activa a efectos de rescindibilidad - artículo 71-

b- La salida fraudulenta del patrimonio de bienes o derechos no exige que el administrador concursal tenga que probar una intencionalidad fraudulenta en la conducta del deudor, sino un eventual conocimiento- o cognoscibilidad- del eventual perjuicio patrimonial derivado de esa salida de bienes con la que hacer pago a los acreedores, pudiéndose acudir al concepto de fraude que contienen los artículos 1111 y 1291 ss del código civil EDL 1889/1 , siendo admisible la prueba de presunciones en los términos del artículo 1297 de dicho texto legal - García Cruces, en "La calificación del concurso", Thomson-Aranzadi, 2004.

14- En la misma línea la sentencia de 18 de mayo de 2007 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Pamplona señala "La intención de defraudar viene referida al derecho de crédito de los acreedores de la concursada, pudiendo decirse -empleando conceptos jurisprudenciales emanados en interpretación del fraude de acreedores como causa de rescisión contractual- que existirá no solo cuando se constate una intención directamente dirigida a impedir la efectividad del derecho de crédito de los acreedores sino también cuando exista la simple conciencia de causar dicho perjuicio. Para considerar acreditada la existencia de una intención o conciencia de defraudar no bastará sin embargo con la constatación del perjuicio causado a los acreedores por la salida de elementos del patrimonio del deudor concursado; tal prueba -directa o por presunciones legales- sí es suficiente para el éxito de una acción de reintegración, pero no lo es para lograr la calificación culpable con arreglo a la causa establecida en el art. 164.2.5º LC. EDL 2003/29207 Para esto último se precisa probar que las personas a quienes se imputan, realizaron dichas actuaciones de disposición patrimonial sabiendo que, como consecuencia de ellas, los acreedores entonces existentes o los futuros no podrían ver satisfechos sus créditos en su integridad, por insuficiencia de los bienes y derechos restantes o por imposibilidad cierta de conseguirlos o de restituir los que hubieran sido objeto de disposición"

15- Indudablemente la prueba directa de la intención fraudulenta es altamente difícil, por lo que en el común de los casos a la misma podrá llegarse por la vía indirecta de las presunciones judiciales; no obstante, en la aplicación de dicho mecanismo no bastará que, como hecho base, se demuestre que se realizó uno o mas actos de disposición patrimonial de bienes y derechos que causaron perjuicio a los

acreedores, sino que además será necesaria la acreditación de que por las circunstancias concretas en que las actuaciones se realizaron, necesariamente el o los intervinientes conocieron y asumieron que con ello se defraudaba el derecho de satisfacción de los acreedores.

16- Por otro lado y como señala la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en Sentencia núm. 231/2007 de 27 abril EDJ 2007/153690 "La contabilización de la enajenación dineraria no impide que la misma pueda ser calificada de fraudulenta, pues este carácter fraudulento no proviene de su clandestinidad, que en todo caso justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º LC EDL 2003/29207 , sino en su falta de justificación a la vista de las deudas de la sociedad y del importe total de las enajenaciones"

17.- Integra la representación del Consorcio de Compensación de Seguros esta presunción con diversas operaciones ya analizadas en su relato fáctico como hechos generadores o agravatorios de la situación de insolvencia. No obstante la inclusión de esas operaciones en el supuesto de hecho del art 164.2.5, revela de cualquier examen en torno a la incidencia que las mismas pudieran tener en la situación de insolvencia de Seguros Mercurio, análisis este que sólo resultará necesario en la medida en que se considere que a través de tales operaciones no se habría producido una salida fraudulenta de activos del deudor, o que no se ha verificado en el marco temporal previsto en el precepto. Se refiere el informe de calificación a las siguientes operaciones

Operación de venta de la autocartera al accionista Teinver, S.L

18- Básicamente la dinámica de la operación es la siguiente:

Con fecha 22 de diciembre de 2008 se formalizó una escritura de compraventa de acciones, en virtud de la cual SEGUROS MERCURIO, S.A. adquirió en autocartera 3.282 acciones por un valor de 525.120 euros, pagados mediante cheque nominativos y conformados

Con fecha 23 de diciembre de 2008 se celebró un contrato privado de compraventa de acciones en virtud del cual SEGUROS MERCURIO, S.A. vendió a Teinver, S.L., accionista de esta última en ese momento en 16%, la totalidad de acciones que tenía en autocartera (21.242 acciones nominativas), por un valor total de 4.199.968,24Eur., a pagar aplazadamente mediante págages con vencimiento en los meses de julio agosto y septiembre de 2009, que posteriormente fueron renovados con pagares de vencimiento enero, marzo abril mayo y junio de 2010

19- A juicio del Consorcio la Salida de Fraudulenta de activo consistiría en la pérdida de las 21.242 acciones de la aseguradora, que salen de su patrimonio sin contraprestación alguna. Tal afirmación en un principio podría rechazarse, desde el momento que tales pagares se compensaron precisamente como pago de parte del precio del inmueble sito en Costa Brava núm. 10 al que nos referiremos posteriormente y que fue adquirido a Teinver, compensando parte del precio debido, con las cantidades antes dichas, debidas por esta última precisamente por la venta a su favor de la Autocartera. Por lo demás no se discute la valoración de las acciones ni la realidad de la operación, tampoco las operaciones previas que generan la autocartera, por lo que es fácil concluir que no existe esa salida fraudulenta de activos, sino enajenación de acciones propias a un socio, cuya obligación de pago fue extinguida por un medio hábil en derecho, como es la compensación. En este sentido es de ver como al analizar la operación del inmueble de Costa Brava la actora, fija el perjuicio y por tanto la salida de activo, tanto en el importe abonado en efectivo, como en el crédito compensado a Teinver aquí referido, refiriéndose en tercer lugar a los pagares recibidos de Viajes Marsans. Pero ello sólo será posible desde el momento que en que reconozca un derecho de crédito a Seguros Mercurio, que fue efectivamente compensado con las cantidades debidas y por ello abonado, pues es por ello por lo que surge el perjuicio en ese punto alegado.

20 Ahora bien dicho lo anterior concurren en este caso diversas circunstancias a tener especialmente en cuenta, en primer lugar el adquirente del inmueble es una sociedad del grupo, la enajenación se produce cuando la sociedad esta en situación de pérdidas y con conocimiento de ello, la venta se verifica en consonancia con otra serie de operaciones en una mismo periodo temporal, como son la adquisición complejo hotelero en Calvia a Hotetur (mes de junio de 2009), en la que el vendedor es sociedad vinculada, participada al 100% por Teinver, que supone un importante desembolso para Seguros Mercurio cuyas circunstancias serán analizadas en los párrafos siguientes, la adquisición del inmueble de Costa Brava 10 (octubre 2009) a Teinver para cuyo pago en parte se utilizan los pagares librados por Marsans en esta compra, y que como veremos si bien se paga principalmente mediante los efectos librados en otras operaciones, finalmente culmina con la pérdida del bien de forma inmediata y por lo tanto sin que ningún activo ingrese en el patrimonio de Seguros Mercurio, sobre esta operación volveremos posteriormente. En tercer lugar en septiembre de 2009 se instrumentaría con Teinver la operación Lanzarote Bay, en virtud de la que se adquirió por parte de Seguros Mercurio un 29,10% del complejo Hotelero Lanzarote Bay, por un precio de 6.214.441,32 euros, de los que se utilizaron en parte los créditos obtenidos por Seguros Mercurio a resultados de las operaciones anteriores y además de hizo un desembolso económico de 201.560,16Eur., sobre esta operación volveremos posteriormente. Si se examinan en conjunto las cuatro operaciones es fácil concluir como a través de las mismas y bajo una apariencia formal de operaciones de compra y venta de inmuebles, se instrumenta una importante salida de activo, tanto en los referente a tesorería con un total de 6.048.599,16 euros como de activos inmobiliarios (inmuebles enajenados a favor de viajes Marsans) salidas de activo que generan como contraprestación exclusivamente derechos de crédito que a su vez se utilizan en otras dos operaciones (la venta del inmueble a Marsans y la operación Lanzarote Bay), operaciones que sólo suponen ingreso de activo en el patrimonio de la aseguradora correspondiente al primer pago más el Iva de la Operación por un total de 1.972.320 Euros, pago este realizado por quien arrendatario del inmueble en ese momento y que en virtud de la compra adquiere la propiedad de los citados inmuebles. En el resto de los casos la totalidad de las operaciones no generan entrada de activo a favor de Seguros Mercurio, sino meros derecho de crédito que en su momento y como veremos son canjeados por sondeos un inmueble y participaciones sobre el mismo, pero a través de una dinámica negocial en la que como veremos no existía la mínima intención de mantener en el patrimonio tales activos sino que los mismos estaban siendo ejecutados o lo iban a ser de manera inminente. En definitiva la operación ahora examinada ha de serlo conjuntamente con el resto de operaciones referidas en este fundamento para poder llegar a las conclusiones que preceden y por tanto entender que todas ellas se encardinan en una actuación coordinada que permitiera la salida de activos de la concursada a favor de otras sociedades del grupo.

Operación adquisición complejo hotelero en Palma de Mallorca

21- Básicamente la dinámica de la operación es la siguiente:

Con fecha 29 de enero de 2009, se firma un contrato privado de compraventa de establecimiento hotelero, por el cual SEGUROS MERCURIO, S.A. adquiere a Hotetur Club, S.L., un hotel situado en el termino municipal de Calviá, estableciéndose un precio de 8.600.000,00Eur.

Con fecha 16/06/09, se formaliza escritura pública de compraventa, entre Hotetur Club, S.L., y SEGUROS MERCURIO S.A. por la que esta última adquiere el Hotel Vistanova, antes citado, por el mencionado precio de 8.600.000,00Eur.. De dicho importe la compradora retiene un total de 3.354.960Eur. correspondiente al importe del principal del préstamo hipotecario con el que está gravado el complejo inmobiliario. El importe resultante fue abonado mediante transferencias efectuadas en los meses de enero a junio de 2009

Conforme a la cláusula tercera del contrato de compraventa y por no aceptar la subrogación en el préstamo hipotecario existente sobre la finca el acreedor hipotecario, la venta se resuelve ne fecha 30 de septiembre de 2009, entregándose para la devolución del precio 2 pagarés por importe de con vencimiento 30-06- 2010 y 30-09-2010 por un importe global de 5.245.039,84 euros, pagares estos que no llegan a cobrarse en ningún momento.

22- Sostiene la actora que el activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A. consiste en el complejo hotelero adquirido por SEGUROS MERCURIO, S.A. y que, al quedar resuelta la venta, salió de su patrimonio sin recibir como contrapartida la devolución del precio de la venta. De entrada hemos de señalar que el activo que sale fraudulentamente del patrimonio del deudor, no sería el inmueble, pues su salida se produce como consecuencia de las restitución recíproca de prestaciones derivadas de la concurrencia de una causa de resolución contractualmente pactada, hemos de entender que el problema radica en el pago del precio de la compra por Seguros Mercurio, el momento en que efectúa el pago y la ausencia inicial de devolución del mismo.

23- En línea con lo anteriormente razonado, no parece que pudiera considerarse la producción de una salida fraudulenta de bienes si a la devolución del inmueble por parte de Seguros Mercurio, le hubiera simultaneado la recepción de los importes abonados por el mismo, ello teniendo en cuenta la inmediatez existente entre compraventa y resolución y la sustitución del bien inmueble por el valor monetario asignado al mimos por los contratantes, unido como no a la existencia de una cláusula contractual de resolución pactada.

24- Sin embargo la situación concurrente dista mucho de la finalmente descrita, por el contrario observamos, como en el periodo que media entre los meses de enero a mayo de 2009, y en virtud de contrato privado suscrito con una sociedad participada al 100% por Teinver, vinculada a Seguros Mercurio y participada a través de otras sociedades por los Sres Leoncio y Martin, Seguros Mercurio procede a efectuar pagos por importe de 5.847.039,84 euros, pagos que tiene como destinatarios a otras sociedades del grupo distintas de la sociedad compradora, extremo este que en contra de lo manifestado por la actora carece de relevancia, siempre que esos pagos tuvieran efectos liberatorios de la obligación de pago del precio. Tales pagos se hacen sin que se proceda a la entrega del hotel adquirido en virtud de ese contrato y además no con cargo a tesorería disponible de la sociedad, pues la misma se ve obligada para obtener esa liquidez a realizar una importante desinversión en sus activos líquidos. Una vez efectuado el pago del total del precio es cuando se otorga escritura pública de compraventa, que contendría una cláusula resolutoria, cuya concurrencia se podía evitar perfectamente por los contratantes, mediante la correspondientes negociación con el acreedor hipotecario, máxime cuando se trata de sociedades del mismo grupo. En este sentido resulta totalmente increíble que ese extremo no se asegurase previamente, en una venta tal importe, máxime cuando antes de otorgar escritura de había abonado la totalidad de la deuda, careciendo de la mínima lógica las explicaciones vertidas en el acto de la vista por el Sr Leoncio, es más ciertamente no consta que las entidades financieras no aceptas.en la subrogación de la compradora en el préstamo hipotecario. A esa resolución artificiosamente lograda por las partes, le sigue la devolución del inmueble pero sin entrega de cantidad alguna, sino mediante la entrega de dos pagares con vencimiento a un año y que no llegan a hacerse efectivos, sino que posteriormente son endosados en otra operación (adquisición de parte del complejo Lanzarote Bay), endoso que tampoco implica que se hayan hecho efectivos y que por lo tanto Seguros Mercurio, quedase liberada de la obligación del pago del precio, para la que se habrían endosado los efectos. Si las letras no se pagasen, como suponemos que no se hizo, entre otros motivos por la declaración de concurso de la libradora, asistía al vendedor al que se han endosado los pagares la acción de repetición frente al endosante, conforme a la LCCH. En definitiva es fácil colegir que a través de esta operación y previa realización de gran parte de los activos financieros de la concursada, se origina la salida de gran parte de la tesorería de Seguros Mercurio a favor del resto de las sociedades del grupo, salida de activo que se realiza sin contraprestación, pues como ya se dijo tal como está diseñada la compraventa, no puede entenderse que las partes pretendieran ejecutar el citado contrato, sino que el mismo parece más bien una causa formal de la salida de un la tesorería por parte de la concursada, que no se correspondía con la verdadera voluntad negocial de las partes, pues de otra forma no se entiende como se otorga contrato privado se abona la totalidad del precio pactado y luego se escritura con la citada cláusula resolutoria, que por supuesto y causalmente no se había negociado con la entidad crediticia, lo que supone la reversión del inmueble sin devolución de cantidad alguna que escasos meses ha desaparecido. A ello debe añadirse que la compraventa se realiza en el periodo inmediatamente anterior a la disolución de la aseguradora y por supuestos tras la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2008, que ya situaban a la sociedad en situación de pérdidas.

25- El hecho de que finalmente los pagares librados se utilizasen como medio de pago de parte del precio en otra operación, que casualmente y como veremos tuvo semejante desenlace, no impide apreciar en este caso que existió una salida fraudulenta de bienes, referido en este caso a la tesorería de la aseguradora, ello lógicamente sin perjuicio de que en el cálculo de la responsabilidad concursal se deba tener en cuenta esa circunstancia a fin de evitar duplicar conceptos.

Operación venta de inmuebles a Viajes Marsans, S.A.

26- En este caso la dinámica de la operación sería la siguiente:

a) Con fecha 17 de julio de 2009 se formaliza una operación de venta de nueve inmuebles de SEGUROS MERCURIO, S.A. a Viajes Marsans, S.A. y que estaban arrendados a esta última, todo ello con un precio global de 4.085.520 euros (IVA incluido), pago que sostiene la actora con sustento en el acta de Inspección de la Dirección General de Seguros que estaría por debajo de las últimas tasaciones realizadas a efectos de cobertura de provisiones técnicas en la cuantía de 336.236,15 euros

b) Viajes Marsans, S.A. realizó el pago mediante un total de 45 cheques y pagarés. El 17/07/09 se cobraron cheques por importe de 1.408.800,00Eur. correspondientes al primer pago al contado, más otros nueve cheques por importe de 563.520,00Eur., correspondientes al IVA total de la operación. El resto se aplazó en los siguientes términos un primer pago por importe de 704.400,00Eur., mediante una serie de pagarés con vencimiento el 05/09/09; un segundo pago por importe de 704.400,00Eur., mediante una serie de pagarés con vencimiento el 20/09/09; y un tercer pago por importe de 704.400,00Eur., mediante una serie de pagarés con vencimiento el 20/10/09. Estos vencimientos fueron sustituidos por 4/12/2009 19/12/2009 y 30/12/2009. Los pagares con vencimiento 4/12/2009 y 30/12/2009, fueron endosados a Teinver como parte del pago del precio en la operación del inmueble Costa Brava 10, mientras que los pagares con fecha 4/12/2009 no fueron atendidos al vencimiento

27- A juicio de la actora el activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A. consiste en los inmuebles vendidos a Viajes Marsans, S.A. por un valor inferior al de su tasación, así como sin que SEGUROS MERCURIO, S.A. percibiera el importe del precio aplazado (2.113.200Eur.).

28- En referencia a la diferencia del valor de venta respecto de tasación, debemos tener en cuenta en primer término que ello no implica que al momento de la venta en julio de 2009 el precio de mercado del inmueble fuera el que resulta de la tasación anteriormente señalada, tengamos en cuenta como hecho notorio el paulatino descenso en el valor de los inmuebles a resultas de la coyuntura económica general. Aunque efectivamente se pudiera considerar el precio de mercado el inmueble enajenado se corresponde con el de la última tasación practicada, tampoco podríamos considerar que se ha producido una salida fraudulenta de bienes en este caso el inmueble, sino que por un lado estaríamos ante una operación perjudicial para la masa activa ex art 71 LC EDL 2003/29207 , ante el que se podría ejercitar una acción de reintegración en sede concursal, o en su casos una acto o negocio jurídico que agrava la situación de insolvencia, pero no una salida fraudulenta del bien inmueble pues el mismo es enajenado en un negocio oneroso, y con una diferencia de precio inferior al 10%, lo cual si bien tiene relevante no convierte el precio en un precio vil, que encubra una donación. Cuestión distinta y es lo que se analizará a continuación sería que ese precio no se pague y además se llegue a la conclusión que no se pretendía pagar ni cobrar en ningún momento.

29- En lo que se refiere a la falta de pago de parte del precio de la compraventa, en un principio el mero incumplimiento parcial de la obligación de pago derivado del contrato de compraventa, referido a un único plazo, lógicamente los pagares endosados para pago del precio de compraventa en un principio y dejando a salvo una hipotética acción de repetición se habrían visto satisfechos mediante el endoso, no debería considerarse como una salida fraudulenta del bien enajenado. Siendo que en todo caso no podría considerarse que se trate de una salida fraudulenta del inmueble, pues existe una causa contractual de ese desplazamiento y además una efectiva contraprestación recibida por la salida del bien. De hecho la actora pone el acento en la falta de percepción de parte del precio, que en si tampoco podría integrar la presunción del art 164.2.5, pues no supone una salida del activo, sino la falta percepción de derecho de crédito existente. Para llegar a la conclusión de que el inmueble salió fraudulentamente del patrimonio de Mercurio debería concluirse que la venta era simulada y no respondía a la causa perseguida por las partes.

29- En este punto debemos dar por reproducido lo expuesto en el párrafo 20, pues el razonamiento es común a todas las operaciones a las que se refiere el mismo

30- Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que no pueda duplicar las cantidades giradas en cada una de las operaciones, esto es en el caso concreto ahora examinado, puede considerarse que existe una salida fraudulenta del inmueble enajenado a favor de Marsans, por un valor inferior al 50% de su valor de mercado, por cuanto la parte del precio que se aplazó ni se abonó ni se pensaba en ningún momento abonar. Ello lógicamente no permitirá a la hora de fijar el límite a la responsabilidad concursal solicitada tener en cuenta el precio no abonado y al mismo tiempo valorar como ese mismos efectos o derechos de crédito como parte del precio abonado en la adquisición de otros inmuebles.

Operación inmueble C/ Costa Brava, 10

31- La mecánica en este caso de la operación sería la siguiente:

Con fecha 30 de octubre de 2009, Seguros Mercurio adquiere de Teinver un inmueble sito en la C/ Costa Brava 10 por un precio de 19.683.000 de los que abonan 5.548.637,77, al deducir del precio el saldo de las cargas hipotecarias existentes sobre el inmueble por importe de 11.541.952 euros. El resto del precio se abona mediante la compensación del crédito que tenía Seguros Mercurio frente a Teinver por la venta de la autocartera (operación analizada en párrafos 18 y 19) y endoso de dos de los págages librados por Marsans con vencimiento 4/12/2009 y 30/12/2009, para el pago del inmueble enajenado al mismo (analizado en párrafos 25 y siguientes)

En la citada escritura se contiene la obligación de Teinver se procede al pago de las cuotas del préstamo hipotecario existente sobre el inmueble, de modo que Seguros Mercurio no se subrogaba en el mismo, percibiendo Teinver las rentas que en ese momento pagaba Air Comet como arrendatario del mismo.

c) El 20/10/09 Barclays Bank presentó demanda de EJECUCION HIPOTECARIA contra Teinver, S.A., por impago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble. Dicho procedimiento fue seguido ante el Juzgado de Primera Instancia num. 31 de Madrid en autos de ejecución hipotecaria num. 2725/2009, siendo que al momento de presentar la demanda de ejecución se habían impagado seis mensualidades.

32- A juicio de la actora, el activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A. consiste en el referido inmueble, lo que conllevó la pérdida del precio abonado por el mismo y que ascendió a 5.549.894,57Eur..

33- Ciertamente el razonamiento de la actora, considera este juzgador, que parte de dos errores en su fundamentos, en primer lugar en cuanto afirma que la operación supuso la salida del activo inmobiliario y en segundo lugar que la misma supuso un perjuicio económico de 5.549.894,57Eur. por el importe abonado. La operación no supuso la pérdida del bien, sino su adquisición, antes al contrario la pérdida se produce sobre por la ejecución de la hipoteca cuyo valor se había deducido del precio la compradora, deducción que tendría por objeto afrontar su pago, ello con independencia de que en virtud del contrato y como contraprestación de mantenerlo en la posición de arrendador del inmueble asumiese el vendedor la obligación del pago de la hipoteca, asunción que es contradictoria con el hecho ya dicho de que se había detruido del precio la carga hipotecaria. En segundo lugar no se puede considerar que el perjuicio corresponde al precio pagado, pues en su mayor parte, con excepción de un pago en metálico de 126,33 euros, el precio se paga mediante compensación y endoso de los derechos de crédito que Seguros Mercurio había adquirido como consecuencia de alguna de las operaciones descritas en párrafos anteriores (compra a Hotetur y venta autocartera a Teinver), importes estos que el actor, ya incluía en relación con esas operaciones como perjuicio derivado de la operación, como se dijo anteriormente no resulta posible duplicar esas cantidades.

34- En este sentido y conforme se razonó al retener del precio la compradora el saldo correspondiente a las cargas hipotecarias, esta lo hace atendiendo a la disminución del valor del bien que supone la existencia de la carga y atendiendo al mismo modo al efectivo pago de las obligaciones garantizadas, de hecho como tercera poseedora podría haber abonado el importe de la hipoteca en el procedimiento de ejecución hipotecaria. La causa de la asunción del pago de las cuotas hipotecarias pactada en la cláusula tercera por parte de Teinver debería más bien situarse en el cobro por su parte de las cuotas de arrendamiento. En este sentido la ejecución de la hipoteca derivada del impago de las cuotas a que se habría comprometido Teinver, iniciado incluso antes de la venta, supondría un incumplimiento del contrato suscrito del que podría considerarse que sólo podrían derivarse dos posibles perjuicios las rentas percibidas desde la venta del inmueble y los gastos y costas de la ejecución, que excedieran del importe retenido en concepto de cargas hipotecarias. Ello además de resaltar que el impago de las cuotas hipotecarias por Teinver, resulta un incumplimiento contractual imputable lógicamente a Teinver, no a Seguros Mercurio, resultando que el art 164 de la LC EDL 2003/29207 , se construye siempre sobre la base de actos imputados a la concursada a través de sus administradores o liquidadores.

35- Dicho lo anterior en operación no pueden perderse en consideración dos extremos, en primer lugar que a través de la venta se produce una formal inclusión en el patrimonio de la Aseguradora de un activo que si era válido para la cobertura de las provisiones técnicas, una de los grandes problemas que mantenía Seguros Mercurio en esa época y por otro lado se producía la salida de dos activos que no eran validos para esos fines y derivados de operaciones inmediatamente anteriores, sobre cuya legitimidad podría suscitarse, como así se ha hecho serias dudas. El verdadero problema radica en que la venta se verifica sobre un activo que si bien formalmente está en el patrimonio del vendedor, Teinver, está en trance de salir del mismo en breve periodo de tiempo por una ejecución ya iniciada, respecto de la que ni vendedor ni comprador, pretenden paralizar, mediante la consignación de las correspondientes cantidades reclamadas en la ejecución hipotecaria, sino que antes al contrario interesa exclusivamente la generación de los efectos antes dichos, sin coste para las partes pues Seguros Mercurio, realiza un pequeño desembolso en metálico acompañando a la compensación y endoso antes dicho y Teinver, al asumir el pago de la Hipoteca, aunque el saldo se deduce del precio, puede seguir percibiendo el importe de las rentas del arrendamiento hasta que se produzca la ejecución. En este sentido, la operación es censurable jurídicamente por cuanto incluso a través de esta se podría sostener que se pretender simular una imagen patrimonial distinta de la que corresponde a la realidad e igualmente sirve para justificar que las operaciones antes examinadas eran fraudulentas, pero en si misma no supone una salida fraudulenta de bienes, cuya cuantificación económica por otro lado y aún siguiendo la tesis de la actora sería de 126,33 euros, a los que nos hemos referido anteriormente.

Operación Lanzarote Bay

36- La dinámica de la operación sería la siguiente:

a) El 29/12/09, se formaliza escritura pública entre Seguros Mercurio, S.A. y Teinver, S.L., en virtud de la cual la primera adquiere una participación indivisa del 29,10% de una de las fincas, concretamente la num. 31 (finca registral num. 21.674) del complejo hotelero "Lanzarote Bay", estableciéndose por la mencionada participación indivisa un precio de 6.214.441,32Eur., que abonaron del siguientes modo: 767.841,32Eur., mediante el endoso a favor de Teinver, S.L. de parte de los pagarés librados por Viajes Marsans, S.A., como consecuencia de la "Operación venta inmuebles a VIAJES MARSANS b.5.245.039,84Eur., mediante el endoso a favor de Teinver, S.L. de los dos pagarés que por dicho importe fueron librados por Hotetur Club, S.L. como consecuencia de la "Operación adquisición de un complejo hotelero en Palma de Mallorca" 200.000Eur. que, según se dice en la escritura, "la compradora satisfizo a la vendedora el pasado día 18 de septiembre de 2009, mediante transferencia bancaria a la cuenta abierta en CAIXA CATALUNYA, num. ES07 2013 1241 46 0200035857" y 1.560,16 euros en metálico.

37. A juicio de la actora -. El activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A. consiste en el inmueble adquirido, lo que conllevó la pérdida del precio abonado por el mismo y que ascendió a 6.214.441,32. En una primera aproximación se pueden realizar en este caso las mismas críticas que se realizaron anteriormente en el caso de la venta del inmueble de la C/ Costa Brava, esencialmente en cuanto a la valoración del activo fraudulentamente dispuesto, al volver a valorar por duplicado partidas que ya habría incluido anteriormente, que casualmente supone la mayor parte del precio.

38- Es cierto que en este caso existen sin embargo importantes matizaciones que realizar respecto del supuesto anterior. En primer lugar en este caso no se deduce del importe del precio las cargas hipotecarias, sino que se abona la totalidad y por lo tanto por el precio que el bien tendría libre de cargas, lo normal en el tráfico, sería que al acto de otorgamiento hubiera comparecido el acreedor hipotecario a fin de que por haber recibido el pago del deudor, cancelase la carga, pero que no se mantenga la carga, con la mera salvaguarda formal de la obligación del vendedor de seguir abonando la cuota hipotecaria y además percibiendo de forma totalmente injustificada el importe

de la renta. En segundo lugar destaca el hecho de que en este caso no se inscribe la venta en el Registro de la Propiedad. En tercer se debe destacar que en este caso si se hace un pago en metálico más importante de 201.560,16 euros.

39- Se pueden apreciar en este caso las mismas circunstancias expuestas en el apartado 35, al hablar de la venta del inmueble Costa Brava y por lo tanto lo dicho en ese caso se da aquí por reproducido, destacando que el hecho de que en este caso no se dedujese el importe de la carga hipotecaria, obedecía la necesidad de poder compensar los efectos por el importe antes dicho, ahora bien en este caso operación no resultaba neutra para Seguros Marsans pues supuso el abono de la cantidad en metálico antes señalada y por tanto deberá valorarse si bien no como una salida fraudulenta de bienes sino como un acto agravador de la situación de insolvencia en la cantidad correspondiente a los pagos en metálico. En relación a la cantidad correspondiente a las letras endosadas, recordemos que ya se tuvieron por no abonadas al valorar las operaciones anteriores.

Operación Acordeón.

40- La dinámica sería la siguiente:

a) el 29 de diciembre de 2009 SEGUROS MERCURIO, S.A. otorga escritura de reducción y ampliación de su capital social, cuyo contravalor radica en una aportación no dineraria efectuada por el accionista Teinver, S.L., consistente en la restante cuota indivisa del 70,90% de la finca nº 31 (finca registral num. 21.674) y en la totalidad de las otras nueve fincas integrantes del complejo hotelero denominado Lanzarote Bay, renunciando expresamente a su derecho de suscripción el resto de accionistas a favor de Teinver, S.L. El valor fijado fue por el total del tasación sin excluir las cargas hipotecarias

b) En la cláusula tercera se comprometía Teinver al abono de las cuotas del préstamo hipotecario, lo que sin embargo no verificó dando lugar a que en fecha 30 de septiembre de 2010, se iniciara procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la finca.

c) El acuerdo no fue objeto de inscripción en el registro de Mercantil,

41- A juicio de la representación de la actora, el activo que, en esta operación, sale fraudulentamente del patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A. consiste en el inmueble aportado por Teinver, S.L. como contravalor de la ampliación de capital, lo que conllevó una pérdida para SEGUROS MERCURIO, S.A. por importe de 4.111.509,06 euros. A esas conclusiones llega la actora sobre la base de que Teinver se habría comprometido al abono de las cuotas hipotecarias y al no hacerlo y seguir cobrando además la rentas del arrendamiento suscrito sobre el inmueble determinó la ejecución de la hipoteca y la pérdida del inmueble. Debemos recordar que la salida fraudulenta de activos sobre la que se construye la presunción iures et de iure del art 164.2.5 se asienta sobre conductas del deudor o de sus representantes, no de terceros, siendo que en este caso la conducta determinante de la salida del vendría referida al incumplimiento de la obligación asumida por Teinver de continuar pagando las cuotas del préstamo hipotecario, conducta que no puede integrar la presunción del art 164.2.5 por las razones expuestas. Más bien y en la línea con lo razonado en los apartados anteriores parece más bien que la operación se realiza a fin de aparentar una imagen de solvencia por seguros Mercurio, que para permitir la salida del bien que precisamente se aporta en ese acto, y si bien es cierto que ello se hace como contraprestación a las acciones correspondientes al capital ampliado, no supone tampoco salida de activo de la sociedad, por cuanto se acuerda la liquidación de la misma en fechas inmediatamente posteriores.

CUARTO.- GENERACION O AGRAVAMIENTO DE LA SITUACION DE INSOLVENCIA

42- Aún cuando atendiendo a los hechos y razonamientos consignados en el fundamento anterior, se debe estimar la pretensión de calificación culpable interesada por el Consorcio de Compensación de Seguros y Ministerio Fiscal, ello sin necesidad de entrar a valorar que incidencia tengan esos hechos en a situación de insolvencia de Seguros Mercurio, tal como se razonó en el apartado 4 y 5 de esta resolución, procede entrar a analizar los hechos generadores o agravadores de la insolvencia alegados, tanto por razones de congruencias y exhaustividad de la resolución como por la incidencia que ello pueda tener en la determinación de las consecuencias de esta calificación.

43- En este sentido si bien la actora se refiere a hechos ya analizados en el fundamento anterior a los efectos de su inclusión en la presunción del art 164.2.5, señalar que los mismos no van a ser analizados en este apartado al considerar que los mismos integrarían una de las presunciones del art 164.2, limitándonos al resto de los hechos alegados.

operación relativa a la autocartera de seguros mercurio

44- Aunque en este punto la actora refiere tanto la adquisición de la autocartera como su posterior venta, hemos de entender que la inicial adquisición de acciones propias por parte de Seguros Mercurio y verificada en los meses de marzo y diciembre de 2008, no considera la actora que supusiera la agravación del estado de insolvencia, pues ni lo tiene en cuenta a efectos de valorar el perjuicio sufrido por la sociedad, ni considera cómplices a los socios vendedores de las acciones, del mismo modo que tampoco entrar a valorar desde esta perspectiva la valoración de las acciones.

operación "constelación digital, s.l."

45- Sostiene la actora que 1.2.3.1. Con fecha 3 de junio de 2008 SEGUROS MERCURIO, S.A. adquirió el 9,747292419% del capital social de "Constelación Digital, S.L", lo cual realizó acudiendo a una ampliación de capital de "Constelación Digital, S.L." y suscribiendo 27 participaciones sociales de esta última entidad, por las cuales desembolsó el importe de 500.000, de las que 2700 euros se correspondía con el valor nominal de las participaciones adquiridas y 497.300 euros en concepto de prima de emisión.

46- Es indudable que como sostiene la actora la adquisición de ese mínimo porcentaje del capital social (9,74%) de una sociedad que presenta un fondo de maniobra negativo, unos fondos propios de 29.843 euros y una facturación en el ejercicio anterior de 34.368 Euros, sin que por otro lado se justifique el porque de una inversión de esas características, ha de considerarse una actuación culpable con una influencia negativa en la situación patrimonial de la aseguradora. Es evidente que esta inversión no supone la insolvencia de la sociedad, siendo suficiente con que hubiera contribuido a agravarla. En este sentido no basta con valorar una incidencia negativa de la decisión

a todas luces desacertada, sino que ello ha de enlazarse con la situación de insolvencia, que en este caso habría de ser preexistente. En este sentido el acta de Inspección de la Dirección General de Seguros, constata como a diciembre de 2008 la sociedad seguros Mercurio estaba en situación de desbalance, sin embargo no existe elemento alguno para considerar que en junio de 2008, la sociedad estaba en una situación de insolvencia que se pudiera ver agravada por la inversión examinada en este punto correspondiendo la carga de la prueba en este punto a los instantes de la calificación culpable, por lo que debe rechazarse este hecho, sin perjuicio de valorarlo en la cuantificación de la responsabilidad concursal del art.172.3 LC. EDL 2003/29207 , vigente en el momento del inicio del procedimiento.

pago injustificado a air comet.

47- Se trataría de una transferencia por importe de 200.000 euros a favor de Air Comet que la actora considera no justificada, resulta sin embargo que tal transferencia tiene origen en la adquisición de la participación de Lanzarote Bay y surtía plenos efectos liberatorios para Seguros Mercurio, el hecho de que el pago se realice a un sujeto distinto del vendedor, ni priva de validez al mismo ni de legitimidad, pues se tiene su origen en el cumplimiento de la obligación de pago del precio asumida por el citado contrato y con efectos dentro del mismo.

desinversión de fondos de inversión de renta variable y renta fija.

48- Con sustento en el acta de inspección sostiene la actora que debe considerarse igualmente un hecho agravatorio de la situación de insolvencia la minusvalías generadas Mercurio por la venta de las inversiones de renta variable y renta fija, que según resulta de la misma acta se valoran en 1.357.109,09 euros. En este punto no acaba de entenderse si lo que se fija como hecho base es la existencia de las minusvalías, la venta en sí y por tanto la política de desinversión llevada a cabo o los motivos a los que obedecía la misma y por ende si los mismos ponían de relieve el carácter culposo de esa actuación. Como punto de partida nada dice la actora, sobre cuando se inicia la situación de insolvencia que se ve agravada por esta conducta, obviando el primer extremo a analizar en la aplicación del art 164.1, del mismo modo tampoco precisa si la actuación sancionable es llevar a efecto la desinversión de los activos o hacerlo para obtener liquidez en la compra del complejo Hotelero a Hotetur. En este sentido la venta de los activos de inversión de la compañía en aras a lograr tesorería que saldrá para otra sociedad del grupo en una controvertida operación de compraventa, no cabe duda que es una política de desinversión no ajustada a la diligencia exigible al órgano de administración. Es verdad que no consta que estas actuaciones temporalmente sean posteriores a la situación de insolvencia para poder agravarla, y por tanto no podría tener encaje dentro del art 164.1, pero ello tampoco resulta mayor problema práctico, desde el momento que como se razonará en su momento la cobertura del déficit a la que responde el art 172.3 petición, puede extenderse a esta cantidad sin necesidad de considerar que este hecho en concreto ha agravado la situación de insolvencia, ello en cuanto las minusvalías se producen para poder obtener la cantidad con la que abonar anticipadamente el precio de la venta que luego fue resuelta sin devolución del dinero, si bien esta es una cuestión que se analizará en el apartado correspondiente

deficiencias de control interno.

49- Las referencias en este punto a la falta de directrices sobre control interno y política de inversiones, o a la inexistencia de una unidad independiente que ejerza las funciones de auditoría interna, revisando la efectividad del cumplimiento de los protocolos y controles que se puedan establecer en el ámbito del control interno, debería acompañarse con la indicación de que incidencia haya tenido esas deficiencias en la situación de insolvencia, no siendo suficiente con la remisión en bloque al acta de la inspección.

QUINTO.- PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACION

50- Según resulta de lo expuesto en fundamentos anteriores, calificado el concurso de la concursada como culpable deben determinarse las personas afectadas por la calificación, aquellas para las que la proclamación de concurso culpable despliega efectos jurídicos gravosos y directos sin ser la propia persona del concursado. Se trata pues de sujetos que por la posición que ocupan respecto al deudor concursado quedan inmediatamente vinculados es aspectos personales y patrimoniales a la calificación del concurso como culpable.

51- La Ley concursal EDL 2003/29207 no precisa exactamente quiénes pueden ser declaradas personas afectadas por la calificación, como concepto técnico jurídico, no vulgar, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 172.3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, los únicos sujetos que pueden ser afectados por la calificación son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, así como 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 persona concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación.

52- Por el Ministerio Fiscal y la representación del Consorcio de Compensación, interesan se consideren personas afectadas por la Calificación a todos los integrantes del Consejo de Administración de Seguros Mercurio, sin distinción alguna. El Ministerio Fiscal no realiza argumentación alguna, respecto del criterio de imputación utilizado, debemos entender que ello responde al criterio de considerar que los actos en los que sustenta su calificación son imputables al Consejo como órgano colegiado. La representación del Consorcio realiza un mayor esfuerzo argumentativo y entiende que debe existir una solidaridad entre todos los integrantes del consejo, cuya responsabilidad derivaría de la falta de adopción de medidas eficaces de control interno.

53- Es cierto que en el ámbito societario rige la solidaridad en materia de responsabilidad de los integrantes del órgano de administración, régimen de solidaridad que sólo se rompe en el caso de que se pruebe por parte del administrador o miembro del consejo que no ha intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. Ahora bien y como se ha señalado en alguna resolución que extensamente se ha ocupado de la materia En el supuesto del procedimiento concursal y la responsabilidad del artículo 172 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 no parece ajustado al texto y al espíritu de la Ley Concursal EDL 2003/29207 trasladar de modo automático la normativa societaria, en primer lugar porque ya se ha indicado que tanto la administración concursal como los acreedores o terceros perjudicados tienen la posibilidad de ejercitar estas acciones societarias fuera de la sección de calificación. En segundo lugar porque en la

pieza de calificación es necesario - artículo 164.1 de la Ley - que medie dolo o culpa grave de los representantes legales, administradores o liquidadores, dolo o culpa grave que ha de tener incidencia en la generación de la causa de insolvencia o en el agravamiento de la misma; por lo tanto no será posible acudir a fórmulas de responsabilidad objetiva y los supuestos de culpa o negligencia leve o no grave tampoco determinarán la responsabilidad concursal, de igual modo quedarán excluidas de la sección de calificación aquellas acciones u omisiones que siendo dolosas o con culpa grave no hayan tenido incidencia en la generación o agravamiento de la insolvencia. En tercer lugar lo indicado respecto del alcance del artículo 172 bis hace que ni siquiera cuando concurran los supuestos de liquidación la derivación de responsabilidad personal a los miembros del consejo deba ser automática, en este sentido basta con leer con el apartado primero, último párrafo para llegar a esa conclusión, pues exige individualizar la responsabilidad concursal, en función de la participación del sujeto en los actos que han determinado la calificación culpable. La cuestión si cabe es más clara cuando la calificación culpable viene determinada por la concurrencia de alguna de las presunciones contenidas en el art 164.2 de la LC EDL 2003/29207 y además los hechos que la integran no se hayan materializado en un acuerdo del Consejo de Administración ni existiera condición legal o administrativa para que así fuera, siendo así deberá valorarse conforme a criterios de imputación subjetiva la atribución a cada uno de los miembros del consejo de tales hechos, sin que se pueda sustituir esa imputación subjetiva, por una general responsabilidad solidaria derivada de la integración de los demandados en el órgano de administración de la sociedad.

54- A tal efecto es importante delimitar en primer término los hechos por los que se ha calificado culpable la insolvencia de Seguros Mercurio, lo que supone remitirnos a los fundamentos tercero y cuarto de esta resolución, lo que se deduce que se ha considerado que la realización de los negocios jurídicos descritos en el fundamento tercero, supuso una salida fraudulenta de activos tanto tesorería como inmuebles. Siendo tales hechos los que han permitido calificar el concurso como culpable es necesario valorar las siguientes circunstancias: a) La realización de tales negocios jurídico no está soportada en acuerdo alguno del Consejo de Administración de la entidad Seguros Mercurio, o al menos no consta el mismo b) Ninguna norma legal o estatutaria imponía la exigencia de un acuerdo del consejo de Administración para la realización de tales operaciones, por lo que no existía, ni tampoco debía existir un acuerdo del órgano de administración.

Lo anterior obviamente sin desconocer que como señala la SAP Sec 28 de Madrid de 24 marzo de 2009 EDJ 2009/77994 la conducta de los administradores determinante de su imputación como personas afectadas no ha de coincidir necesariamente con la adopción de un acuerdo puede tratarse de una conducta omisiva o de una conducta observada en el desempeño de sus funciones de administración y gestión, pero es relación a la todas las conductas menos una no se puede imputar la realización de las mismas a los miembros del consejo aquí referidos, pues se considera que no son imputables, ni por título omisivo ni tampoco por razón del cargo ocupado por los demandados dentro de la estructura de la sociedad por el sujeto

c) No obstante la existencia de ese órgano colegiado la realización de las operaciones descritas fueron decididas en exclusiva por el Sr Leoncio Y Martin, accionistas prácticamente únicos, no sólo de Seguros Mercurio, sino del resto de sociedades del grupo, bien directamente o a través de otras sociedades patrimoniales (Parihol Inversiones en el caso del Sr Martin Holdisan Inversiones en el caso del Sr Leoncio), en el caso de Seguros Mercurio solamente un 0,89% está fuera del control de los dos anteriores, correspondiendo a D^a Concepción. Ciertamente la gestión de todo el grupo era decidida y asumida por los dos anteriores, en este sentido se reconoció expresamente en el acto del interrogatorio de partes por los dos demandados. El resto de miembros del Consejo de Mercurio Seguros, con excepción del Sr Narciso eran familiares directos de los Sres Leoncio y Martin y como tales tenían una intervención meramente nominal en el citado Consejo, lo que en este caso además tiene una importancia relativa, pues no se trata de acuerdos del consejo, ni de actos o negocios jurídicos realizados por decisión del mismo, sino de actuaciones realizadas en función de la estrategia diseñada al margen del consejo por los dueños y verdaderos gestores del grupo empresarial d) El citado Consejo y por ende sus miembros no consta que tuvieran conocimiento de las operaciones antes de su realización, ni tampoco cabe afirmar que debieran tener conocimiento de las mismas, si tenemos en cuenta su montante en relación con el volumen de de negocio de la compañía, por lo tanto tampoco no cabe considerar imputables dichos actos por una posible infracción del deber de información que pesaría sobre los miembros del organo de administración.

En consecuencia las operaciones no son decididas ni impulsadas en el seno del consejo, tampoco son conocidas previamente por el mismo, ni puede considerarse que existiera un deber inexcusable en su conocimiento por razón de la cuantía y naturaleza de la operación, de este conclusión hemos de excluir la operación de venta de autocartera a Teinver que si es abordada en el seno del consejo en su reunión de 17 de diciembre de 2008. No se trata de excusar al administrador de derecho por razón de la falta de desarrollo de sus funciones en beneficio del administrador de hecho, conclusión esta rechazada de modo reiterado en multitud de resoluciones (a modo de ejemplo SAP Sec 28 Madrid 26 de noviembre de 2010 EDJ 2010/317554). Se trata de valorar. en función de la integración en el órgano de administración y estructura corporativa de la compañía de cada uno de los demandados, en que medida participan en la realización de las operaciones analizadas o si por cualquier otro título le eran imputables, por razón precisamente de esa integración en la estructura corporativa.

55- Sentado cuanto antecede debe rechazarse la posibilidad de atribuir la participación de D. Pablo, D. Raimundo, D^a Carlota, D^a Concepción y D^a Delia, de todos los hechos por los que se ha considerado culpable la situación de insolvencia, salvo la operación de venta de autocartera a Teinver S.L, pues conforme lo razonado en el apartado precedente no tuvieron intervención en la decisión de las realización de las operaciones fraudulentas, tampoco intervinieron formalmente en las mismas, ni consta tuvieran conocimiento de las mismas con anterioridad a su realización o por su naturaleza debieran conocerse (no estaban integrados en la comisión de auditoría interna) y finalmente que se hubieran podido oponer a ellas de algún modo. En el caso del D. Pablo, debe resaltarse que tal como consta en el documento 2 aportado con el escrito de calificación del CCS cesa en fecha 7 de julio de 2009, por lo que ni siquiera ocupaba el cargo cuando se realizan parte de las operaciones concretamente sólo ocupaba el cargo al momento de verificarse la compra a Hotetur y la venta a Teinver de Autocarera. Respecta de esta última operación, sin perjuicio de que puede considerarse que no interviniesen en el

planeamiento o posterior desarrollo de la misma, si favorecieron su ejecución adoptando el correspondiente acuerdo, por lo que se les puede imputar uno de los hechos que integran la presunción del art 164.2.5 y por lo tanto se les puede considerar personas afectadas por la calificación, ello sin perjuicio de que se valore esa participación en menor grado a la hora de cuantificar la responsabilidad concursal. Respecto del Sr Pablo, bien es cierto que estaba presente en la reunión pero tomo conocimiento del acuerdo o debió tomarlo con un mínimo de diligencia en el desarrollo de sus funciones y no realizó actuación alguna para evitarlo, todo ello sin perjuicio de que conforme al art 172 bis se valoren estas circunstancias en la fijación de la responsabilidad concursal

56- Deben considerarse personas igualmente afectadas por la calificación a D. Leoncio y D. Martin, pues conforme habrían reconocido en el acto del juicio, fueron quienes idearon las operaciones antes descritas, teniendo el control y decidiendo la gestión no sólo de Seguros Mercurio, sino de todo el Grupo, del que prácticamente eran accionistas únicos. Es cierto que en el caso de D. Leoncio el mismo no era miembro del Consejo directamente, sino que lo era como persona física designada por Inversiones Grudisan y que la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, ha señalado que en esos casos el administrador es la persona jurídica designada y no la persona física designada representante (Sentencia 15/1/2010), sin embargo la propia resolución citada excluye aquellos supuestos en que la persona designada representante opere como administrador de hecho al margen y con independencia de la sociedad que lo ha designado como representante, así ocurre en el presente caso en el que la sociedad designada administradora es una sociedad patrimonial propiedad en exclusiva del Sr Leoncio, que por otro lado no actúa con sometimiento a dicha sociedad, en el desarrollo de sus funciones como presidente del Consejo de Seguros Mercurio, sino con plena independencia. De hecho basta leer los escritos de oposición para concluir como no se plantea cuestión alguna sobre este particular.

57- Respecto de D. Teofilo, en un principio podría considerarse que el mismo sería incluido en el mismo grupo de integrantes del Consejo de Administración, resulta sin embargo en este caso dos diferencias esenciales, en primer lugar es el consejero delegado y además asesor letrado, por lo que a la función y deberes propios de integrante del órgano de administración se uniría la especial formación jurídica y el asesoramiento desplegado en la sociedad. En segundo lugar y a resultas de esa función de consejero delegado interviene en todas las operaciones descritas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución que han permitido calificar culpable la insolvencia de Seguros Mercurio, tal como es de ver en los no sólo interviene en la realización de tales operaciones, sino que además es el quien comunica a la Dirección General de Seguros la adquisición del inmueble sito en Costa Brava 10, tal como resulta del documento 34 del informe de calificación del Consorcio de Compensación de Seguros, por lo tanto si bien se le puede reconocer que no podría tener una capacidad efectiva de decisión y oposición a la adopción del acuerdo, lo que se valorará a los efectos del art 172 bis, si tiene conocimiento del mismo, de sus consecuencias y participa en su ejecución por lo que debe considerarse igualmente sujeto afectado por la calificación.

QUINTO.- DE LAS SUJETOS COMPLICES EN LA GENERACION O AGRAVAMIENTO DE LA INSOLVENCIA

58- En este punto se manejan dos criterios de imputación por CCS, el fiscal por su parte no razona la imputación y por además confunde gravemente las consecuencias jurídicas que podrían resultar confundiendo la figura del afectado por la calificación, único al que se puede imponer la condena al complemento del pasivo, con el cómplice al que se le puede imponer únicamente indemnización de daños y perjuicios derivados de su actuación. Como se iba diciendo se distinguen dos criterios, en primer lugar respecto de D. Victorio, D. José Augusto, D. Carlos Antonio, D. Luis Pedro, D. Miguel Ángel, D. Alvaro, D. Artemio, D. Casiano, D. Carlos Antonio, la consideración de cómplice deriva de su condición de miembros de los órganos de administración HOTETUR, MARSANS Y TEINVER, sociedades con las que se conciertan las operaciones que habrían determinado la calificación culpable conforme a esta resolución. En el caso de INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán, su condición de cómplices derivaría de la tasación del complejo Lanzarote bay, utilizada tanto en la compra del mismo a teinver como en la operación acordeón, ello por entender que la tasación practicada por los dos último por cuenta de la sociedad de tasación era errónea y en su elaboración se habría actuado sin la diligencia exigida.

59- Comenzando por el primer grupo se hace necesario realizar una serie de consideraciones generales, en torno a la derivación de la responsabilidad al administrador de las consecuencias jurídicas de una actuación realizada dentro del ámbito de su representación y por cuenta de la sociedad y bajo que parámetros habrá de verificarse. En este sentido es bien sabido que la atribución de la condición de cómplice viene dada por la efectiva constatación de la cooperación del cómplice en la generación o agravamiento de la situación de insolvencia, lo que supone la necesidad de identificar cual sea el acto realizado por el cómplice y en que medida a colaboración en el efecto antes dicho. En este caso los actos que habrían cooperado en la generación o agravamiento de la situación de insolvencia vendrían referidos a la celebración de diversos negocios jurídico con Seguros por parte de Teinver, Marsans y Hotetur y cuyas consecuencia patrimoniales y jurídicas son trasladables a quienes intervinieron en los mismos, estos es a los contratantes, por tanto a las sociedades. En este sentido La sociedad en cuanto persona jurídica con capacidad de obrar necesita para su ejercicio de la participación de determinadas personas que como órganos de la sociedad y por tanto formando parte de su estructura, manifiesten la voluntad de la persona jurídica. La sociedad actúa a través de sus órganos de tal forma que los actos de las personas titulares de los mismos, siempre que operen en el ámbito de sus competencias se estima que con actos de la persona jurídica. Siendo esto así se dice que necesariamente el órgano es el portador de la voluntad de la persona jurídica y que a diferencia de lo que ocurre con el simple representante no hay doble voluntad, la del representante y representado, sino que en este caso la voluntad es única.

60- En este sentido señala la Resolución de la DGRN de 24 de noviembre de 1998 que "Según la reiterada doctrina de este centro directivo (cfr. Resoluciones de 12 septiembre 1994 y 30 diciembre 1996), la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación «alieno nomine», sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: Actuación vinculada, competencia

exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social".

61- Conforme a lo expuesto cuando el administrador actuando por cuenta de la sociedad concierne un determinado negocio jurídico, el mismo se entiende directamente realizado por la sociedad, quien asume todas sus consecuencias y si a través de ese negocio jurídico se ha generado o agravado la situación de insolvencia de un tercero, quien habrá colaborado no es el administrador que actúa por cuenta de la sociedad, sino la propia sociedad contratante y por lo tanto será a esta quien habrá de considerarse cómplice.

62- Obviamente esto no ha de entenderse en unos términos tan absoluto que impide cualquier clase de exigencia de responsabilidad frente a ese administrador por los actos realizados por cuenta de la sociedad. Bien es sabido que toda actuación del administrador de la sociedad de capital podrá generar una responsabilidad en el mismo en los términos previstos por la legislación societaria. Además de lo anterior y a fin de evitar actuaciones fraudulentas siempre puede acudir a la doctrina del levantamiento del velo cuando se estima que ha existido una actuación fraudulenta o abusiva de la personalidad jurídica de la sociedad.

63- Dicho lo anterior y centrándonos en los contratos de compraventa celebrados con Teinver Marsans y Hotetur, la fundamentación para imputar las consecuencias de los contratos a sujetos distintos de los que intervienen en los mismos se indica en la hoja 56 de la demanda al señalar que "Se incluyen aquí todas aquellas personas que, sin tener la condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. cuando ocurrieron los hechos que agravaron la insolvencia de la entidad, participaron, en connivencia con ellos, en las operaciones llevadas a cabo a través de sociedades vinculadas. Han de responder por este concepto, en primer lugar, las personas integrantes de los consejos de administración de las compañías vinculadas Teinver, S.L., Hotetur Club, S.L. y Viajes Marsans, S.A., que, actuando concertadamente con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. -cuando no coincidía en la misma persona la doble condición de ser administrador en ambas compañías-, han posibilitado la perpetración de operaciones y contratos gravemente perjudiciales para el patrimonio de SEGUROS MERCURIO, S.A.", añadiendo en la página 61 que "Por cuanto se refiere, en particular, a los miembros de los Consejos de Administración de las sociedades vinculadas Teinver, S.L., Hotetur Club, S.L. y Viajes Marsans, S.A., ninguno de ellos puede exonerarse de responsabilidad alegando desconocimiento de las actuaciones realizadas por otros miembros del Consejo de Administración, puesto que, como antes se ha señalado, el deber de vigilancia es la obligación típica de los administradores no delegados en la sociedad anónima. No debe olvidarse, por lo demás, que operaciones con la envergadura económica que tienen las que aquí se les imputan no parece que obedezcan a decisiones que puedan adoptarse sin el conocimiento de los respectivos Consejos de Administración de las distintas sociedades vinculadas involucradas en aquéllas". De entrada y recordando lo expuesto anteriormente la celebración de los negocios jurídicos es imputable a las partes intervinientes no a sus representantes orgánicos, siendo que no ha demostrado ni siquiera alegado la utilización fraudulenta o abusiva de la persona jurídica que permita acudir a la doctrina del levantamiento del velo respecto de tales miembros del consejo de administración. En segundo término tampoco parece posible integrar la condición de cómplices de los administradores de la sociedad contratante, acudiendo a régimen de responsabilidad individual del art 135 de la LSA EDL 1989/15265 entonces vigente y entender que mediante una actuación ilícita se habría generado un daño a tercero, por cuanto supone desenfocar el prisma jurídico a valorar en calificación concursal, que es distinto de la eventual acción de responsabilidad que frente a tales administradores se pueda ejercitar distinta de la delimitación subjetiva en sede de calificación. Por ello ha de rechazarse la petición de complicidad respecto de las personas físicas antes expuestas y en su lugar considerar cómplices a las personas jurídicas intervinientes en los citados contratos, esto es Teinver S.L, Marsans S.A y Hotetur Club S.L, que fueron emplazados como tales a fin de formular alegaciones de oposición.

64- Respecto de INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán, se les imputa el actuado negligente en el tasación del complejo Lanzarote al no deducir en el informe que elaboraron para el aumento de capital de dicha compañía el importe de las cargas que gravaban el bien que iba a ser objeto de aportación no dineraria, lo que sostiene que habría permitido realizar la operación con las consecuencias económicas antes expuestas. Tales peticiones están abocadas al fracaso, si tenemos en cuenta que en primer término la citada tasación fue realizada por la sociedad demandada como entidad designada por el Registro Mercantil, exclusivamente para la aportación del complejo Lanzarote Bay en la operación Acordeón, operación que recordemos no ha sido considerada un acto que permitiera una salida fraudulenta de bienes, ni tampoco generase o agravase la situación de insolvencia, sólo para esta operación se realizó la actuación de los demandados y por tanto sólo en relación a la misma se podría haber cooperado a la generación o agravamiento de la situación de insolvencia, por lo que es obvio que en ningún caso podría considerarse cómplices a los demandados en relación a esta actuación. En segundo lugar y mayor abundamiento la tasación practicada a los efectos de aportación no dineraria de capital si recoge expresamente la existencia de tales cargas hipotecarias mediante la aportación de las certificaciones registrales en las páginas 62 a 83 del informe, constanding del mismo la existencia de las cargas hipotecarias tanto en la escritura de compraventa como en la escritura de reducción y aumento de capital. En tercer lugar no se indica que norma técnica exige que el valor a certificar para esa operación sea el valor neto, por lo que tampoco se acreditaría la actuación negligente.

65- Mención final requiere la incorporación al proceso de DUAL IBÉRICA RIESGOS PROFESIONALES, S.A y ARCH INSURANCE COMPANY (EUROPE) Ltd. Sucursal en España, fundamentada en la existencia de sendas pólizas de responsabilidad civil respecto de la actuación de los administradores. Aún cuando propiamente no los incluyo posteriormente en el suplico de la demanda fueron traídos al procedimiento a instancia de la actora, petición esta que ciertamente resulta improcedente a todas luces, pues es claro que no tiene cabida ni en la posición de cómplices ni menos en la de sujetos afectados por la calificación, no resultando posible acumular en sede de calificación peticiones ajenas a la misma, como son las derivadas del contrato de seguro suscrito, mediante el ejercicio de una acción directa para la que además no está de más recordar que el juez del concurso carece de competencia objetiva ex art 8 LC EDL 2003/29207

SEXTA.- CONSECUENCIAS JURIDICAS APLICABLES A LOS AFECTADOS POR LA CALIFICACION Y COMPLICES

66- Dispone el art. 172.2.3º LC EDL 2003/29207 que la declaración de persona afectada o cómplice en la calificación de concurso culpable conllevará, como efecto inmediato y automático aparejado a tal declaración, la pérdida todo derecho que tuvieren ya como acreedores concursales ya como acreedores de la masa.

67- Junto a tal efecto automático, el propio art. 172.2.3º LC EDL 2003/29207 añade dos consecuencias cuya aplicación, a diferencia de la anterior, no es inmediata, sino que debe justificarse, además de en la declaración de persona afectada o cómplice, en otras circunstancias objetivas según el efecto que se pretenda. Se trata de 1.- la restitución de bienes o derecho indebidamente obtenidos del patrimonio de la concursada o de la masa activa, donde el calificativo de indebido revela que ha de exigirse esa condición de la transmisión del bien o derecho para que prospere la solicitud, y 2.- la condena a indemnizar daños y perjuicios causados, para lo que se seguirá la prueba de la realidad y alcance del daño y el nexo causal entre su comportamiento efectivo y la generación de ese daño, en un juicio análogo al que se efectúa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902 CC. EDL 1889/1 Dentro de este apartado se ha de imponer al Sr Alvaro la obligación de abonar a la masa la cantidad de 800.000 euros, cantidad lo que en cierto modo no es añadir nada a la obligación de pago derivada del propio préstamo.

68- De otro lado, el art. 172.3 LC EDL 2003/29207 establece que " si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración 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.". Sobre esta responsabilidad es bien conocido la existencia de dos tesis predominantes en nuestra jurisprudencia, que no obstante las dos sentencias dictadas por la sala I en materia de calificación, especialmente la última de 23 de febrero de 2011, no podemos considerar se encuentre superada en este momento actual. En esta tesitura debemos acogernos a la mantenida por la Sección 28 de la AP de Madrid entre otras en sentencia 5 de febrero de 2008 EDJ 2008/23383 , no sólo por razones de dependencia jerárquica, sino por compartir lo excelsos argumentos expuestos en esa resolución y reiterados en numerosas posteriores, destacando que este criterio también ha sido adoptado por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona (adali de la tesis resarcitoria) en su reciente sentencia de 23 de abril de 2012 EDJ 2012/89200 . Ahora bien la misma sección 28 reconoce la procedencia de moderar esa responsabilidad en aquellos supuestos en que se concurren elementos en el comportamiento imputado que permitan esa delimitación. En la misma línea la reciente reciente STS de 21 de marzo de 2012 EDJ 2012/116921 señala que " para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez llegue a aquella conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador o de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, determinó la calificación del concurso como culpable. Es decir, el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, o, como sucede en el caso enjuiciado, el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo.

Expusimos, y reiteramos ahora, que no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que resulta ajeno a la descripción del tipo imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad -, que fue el que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Esto último es lo que pretenden los recurrentes, pues les han sido atribuidas irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada - en aplicación del artículo 164, apartado 2, ordinal primero - e impugnan la condena prevista en el apartado 3 del artículo 172 con el argumento de que no se ha demostrado en el proceso que aquellas hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad - lo que exige el artículo citado, en su apartado 1, pero no en el 2 -.

Y no contradice lo expuesto el que, en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre EDJ 2011/242185 - con el único fin de derivar de la calificación alguna consecuencia de interés para la decisión del respectivo recurso y no con el de terciar en una polémica de esencia dogmática, muy actual pero de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos concernidos - hayamos atribuido a la responsabilidad de los administradores que regula el apartado 3 del artículo 172 una función no sancionadora, en sentido estricto, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores - que, al fin, verazmente amplió el número de personas a las que pueden reclamar el pago de la deuda -, para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevo a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, no en otros".

69- Al alejarnos de criterios resarcitorias de cuya naturaleza no bebe la responsabilidad ahora examinada, carece de sentido si se puede imputar en términos causales la generación de ciertos gastos debatidos en el procedimiento como eran los impuestos asociados a la venta del complejo Palma Nova o Lanzarote Bay, pues la fijación de la responsabilidad concursal atiende al pasivo insatisfecho y dentro del mismo en este caso concreto se realiza una moderación atendiendo a la individualización de las conductas realizadas, pero eso sí teniendo en cuenta el total de pérdidas económicas asociadas a la operación. En este sentido de los 30.650.038,45Eur. fijados por el CCS en su informe (el Ministerio Fiscal, utiliza la ritual petición de condena al complemento del pasivo), deben deducirse las cantidades correspondientes a meras duplicidades apuntadas ya a lo largo de esta resolución, y a la exclusión de las cantidades correspondiente a la operación acordeón en el que se consideró no existía disposición fraudulenta de bienes lo que arroja un total 12.101543,5 euros en concepto de responsabilidad concursal.

70-Aún cuando es cierto que el art 172 bis no resulta de aplicación vista la fecha en que se abrió esta sección autónoma de calificación, nada impide aplicar el mismo criterio en este caso y moderar la responsabilidad concursal de los afectados por la calificación en función de su intervención en los hechos determinantes de la calificación. En este sentido y conforme se razonó partiendo de la plena

responsabilidad y atribución de tales actos a los Sres Leoncio y Martin y por tanto la imposición del 100% de dicha cuantía, hemos de ir descendiendo al Sr Teofilo en el que se valorará la participación e la totalidad de los negocios, sin capacidad decisoria en su ejecución y su condición de asesor para imponerle un 25% de dicha responsabilidad (3.025.385,87 euros) y el resto de miembros del Consejo de administración respecto de los que sólo consta la intervención en la operación de venta de autocartera y en relación a los que no se pudo imputarles la realización del resto de las conductas a los que ese 10% se considera en relación a la cantidad dispuesta por esa operación lo que hará una responsabilidad de 419.996,82 euros. Todas estas cantidades se imponen con carácter solidario

71- Finalmente debe imponerse a los cómplices Teinver S.L la indemnización de daños y perjuicios en la cantidad de 10.248.694,5 euros de esa misma cantidad responden solidariamente Marsans hasta la cuantía de 2.449.436,5 euros y Hotetur Club S.L hasta la cuantía de 5.847.039,84 euros.

72- Del mismo modo como efecto "ex lege" de la declaración de personas afectadas procede, la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona, artículo 172.2.2º LC EDL 2003/29207 , pero siempre limitado a los efectos patrimoniales, de acuerdo con el criterio sentado por las SsAP Barcelona, sec. 15ª, de 27 de abril de 2007 EDJ 2007/153690 y 21 de diciembre de 2007 EDJ 2007/341806 . Obviamente la inhabilitación lo es respecto de las personas afectadas no los cómplices

73- Para la individualización exacta de la duración de la inhabilitación, el art. 172.2.2º LC EDL 2003/29207 dispone que se atenderá a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado por el sujeto sometido a esta sanción. Teniendo en cuenta la hechos descritos por la que se declara el concurso culpable y, en consecuencia la gravedad de los hechos y el perjuicio causado, procede fijar el período de inhabilitación en el plazo de 15 años para los Sres Leoncio y Martin y 2 años para el resto de afectados por la calificación

SEPTIMO.- COSTAS

74 Dada la remisión que realiza el art. 196.2 LC EDL 2003/29207 en materia de costas a la LEC EDL 2000/77463 , ha de acogerse plenamente el principio objetivo del vencimiento, por lo que no cabe hacer especial pronunciamiento, excepto respecto de las costas generadas por la intervención en el proceso de DUAL IBÉRICA RIESGOS PROFESIONALES, S.A y ARCH INSURANCE COMPANY (EUROPE) Ltd. Sucursal en España INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., Dª María Inés, y D. Germán, por cuanto las peticiones dirigidas contra los mismos se considera que carecía de sustento alguno. Respecto de las peticiones dirigidas contra los cómplices absueltos, no procede hacer especial pronunciamiento pues si bien es cierto que se han desestimado, se aprecia que puedan concurrir en el presente caso especiales dudas de hecho o de derecho, derivado de la integración de todos las sociedades en un grupo centralizado y la posibilidad de que se hubiera tratado de una actuación grupal, realizada por los demandados absueltos fuera del marco de representación de cada una de las sociedades.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados

FALLO

Con estimación parcial de la propuesta de calificación formulada por la Administración Concursal y por el Ministerio Fiscal:

- a) Debo declarar y declaro culpable la situación de insolvencia de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.
- b) Debo declarar y declaro persona afectada por la presente calificación a a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, Dª Carlota, Dª Concepción y Dª Delia en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.
- c) Debo declarar y declaro cómplices a TEINVER S.L, VIAJES MARSANS S.A Y HOTETUR CLUB S.L condenando a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN
- d) No ha lugar a considerar cómplices. Victorio, D. José Augusto, D. Carlos Antonio, D. Luis Pedro, D. Miguel Ángel, D. Alvaro, D. Artemio, D. Casiano, D. Carlos Antonio, INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., Dª María Inés, y D. Germán
- e) No ha lugar a efectuar declaración alguna de responsabilidad frente a DUAL IBÉRICA RIESGOS PROFESIONALES, S.A y ARCH INSURANCE COMPANY (EUROPE) Ltd. Sucursal en España
- f) Se inhabilita para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante un periodo de quince años, a D. Leoncio y D. Martin y por un periodo de 2 años a D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, Dª Carlota, Dª Concepción y Dª Delia en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.
- g) Se condene a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, Dª Carlota, Dª Concepción y Dª Delia en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN.
- h) Se condena solidariamente a D. Leoncio, D. Martin, D. Narciso, D. Pablo, D. Raimundo, Dª Carlota, Dª Concepción y Dª Delia, en su condición de administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a cubrir aquella parte del pasivo que no sea satisfecha en la liquidación de seguros mercurio con los siguientes límites; D. Leoncio, D. Martin 12.101543,5 euros, D. Narciso 3.025.385,87 euros y, D. Pablo, D. Raimundo, Dª Carlota, Dª Concepción y Dª Delia 419.996,82 euros.
- i) Se condena a, TEINVER, MARSANS Y HOTERTUR CLUB S.L. solidariamente con los administradores de SEGUROS MERCURIO, S.A. EN LIQUIDACIÓN, a abonar a ésta última los siguientes importes en su condición de cómplice.

TEINVER Y MARSANS la cantidad de 2.449.436,5 euros

TEINVER Y HOTERTUR la cantidad de 5.847.039,84 euros

TEINVER la cantidad de 1.952.218,19 euros

En materia de costas no cabe especial pronunciamiento, excepto respecto de las costas generadas por la intervención en el proceso de DUAL IBÉRICA RIESGOS PROFESIONALES, S.A y ARCH INSURANCE COMPANY (EUROPE) Ltd. Sucursal en España INTERNACIONAL DE TRANSACCIONES Y SERVICIOS, S.A., D^a María Inés, y D. Germán, que se imponen expresamente a la instante de la presente calificación

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

Notifíquese a las partes indicándoles que esta resolución no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid que se deberá interponer en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha.

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la autoriza, estando celebrando Audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079470092012100001