

**JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 12
MADRID**

Incidente concursal dimanante de la Sección de Calificación del Concurso Necesario Ordinario núm. 217/2010

Demandante: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE VIAJES MARSANS, S. A. Y MINISTERIO FISCAL.

Demandada: VIAJES MARSANS, S.A., DON GERARDO DÍAZ FERRÁN, LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO PASCUAL ARIAS Y POSIBILITUM BUSINESS, S.L.

En Madrid a 13 de junio de 2013.

SENTENCIA n 84

Vistos por Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil N° 12 de Madrid, los presentes autos de incidente concursal relativos a la oposición a la calificación culpable del concurso, promovidos por ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE VIAJES MARSANS, S.A. Y MINISTERIO FISCAL, y con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 22 de abril de 2010, por la representación de GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA se presentó solicitud de concurso necesario de VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES CRISOL, S.A. y RURAL VIAJES, S.A.

SEGUNDO.- Con fecha de 29 de abril de 2010 se dictó providencia, requiriendo de subsanación a la parte solicitante del concurso necesario de VIAJES MARSANS, S.A., de VIAJES CRISOL, S.A. y de RURAL VIAJES, S.A.

TERCERO.- Con fecha de 5 de mayo de 2010, por la representación de GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA se presentó escrito, formulando alegaciones; proveyéndose en fecha 10 de mayo de 2010.

CUARTO.- Con fecha de 13 de mayo de 2010, por la representación de GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA se

presentó escrito de subsanación, acompañando la documentación que le fue requerida. Asimismo con fecha 20 de mayo de 2010, por la representación de la entidad instante GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA se presentó escrito, acompañando los juegos de copias requeridos a fin de continuar con la tramitación del concurso.

QUINTO.- Con fecha de 22 de abril de 2010, por el Procurador Don José Carlos Caballero Ballesteros, en nombre y representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A." y "LOS ZOCOS, S.L.", se presentó escrito, solicitando la declaración de concurso de las mercantiles "VIAJES MARSANS, S.A." y de su filial "TIEMPO LIBRE, S.A.", acompañando los documentos expresados en el artículo 6 de la Ley Concursal; escrito que fue proveído en fecha 29 de abril de 2010.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2010, por la representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A." y "LOS ZOCOS, S.L." se formuló recurso de reposición, al que se confirió la debida tramitación y se resolvió mediante auto de 24 de mayo de 2010.

SÉPTIMO.- Asimismo, con fecha de 12 de mayo de 2010, por la representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A." y "LOS ZOCOS, S.L." se presentó escrito de subsanación de la solicitud de concurso necesario acompañando la documentación que tuvo por oportuno. También con fecha de 18 de mayo de 2010, dicha representación presentó escrito acompañando los ejemplares del Modelo de autoliquidación 696 dirigidos a la Administración Tributaria y a la Administración de Justicia.

OCTAVO.- Con fecha de 25 de mayo de 2010, se dictó auto por el que se acordaba la acumulación del procedimiento de Concurso Necesario 218/2010, incoado a raíz de la solicitud de la representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL

PRINCESA YAIZA, S.A." y "LOS ZOCOS, S.L.", al procedimiento seguido con el número 217/2010.

NOVENO.- Con fecha 25 de mayo de 2010 se dictó auto por el que se acordaba la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso de las entidades mercantiles VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES CRISOL, S.A., RURAL TOURS VIAJES, S.A., promovida por el Procurador Don Francisco García Crespo, en nombre y representación de GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONES, S.P.A., así como el emplazamiento de VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES CRISOL, S.A. y RURAL VIAJES, S.A.

DÉCIMO.- Con fecha de 18 de mayo de 2010, por la Procuradora Doña Elisa Zabia de la Mata, en nombre y representación de RICOH ESPAÑA, S.L.U. se formuló solicitud de declaración de concurso necesario de la mercantil VIAJES MARSANS, S.A. Asimismo, con fecha de 1 de junio de 2010, por la misma representación se presentó escrito, subsanando la falta de poder apreciada.

UNDÉCIMO.- Con fecha de 10 de junio de 2010 recayó auto por el que se acordaba la acumulación del procedimiento de Concurso Necesario 267/2010, incoado a raíz de la solicitud de la representación de RICOH ESPAÑA, S.L.U., al procedimiento seguido con el número 217/2010.

DUODÉCIMO.- Con fecha de 1 de junio de 2010, por la representación de EUROPCAR IB, S.A. se formuló solicitud de concurso necesario de la mercantil "VIAJES MARSANS, S.A."

DECIMOTERCERO.- Con fecha de 10 de junio de 2010 se dictó auto por el que se acordaba la acumulación del procedimiento de Concurso Necesario 337/2010, incoado a raíz de la solicitud de la representación de EUROPCAR IB, S.A., al procedimiento seguido con el número 217/2010. Con idéntica fecha se dictó auto por el que se acordaba la acumulación del procedimiento 267/2010 incoado a raíz de la solicitud formulada por RICOH ESPAÑA, S.L.U. frente a VIAJES MARSANS, S.A. al procedimiento de concurso necesario 217/2010.

DECIMOCUARTO.- .- Con fecha de 21 de mayo de 2010, por la representación de "FLORAZAR, S.A.", "NEREIDA MEDITERRÁNEA, S.L." y "HOTEL VILLAGADEA ALTEA, S.L." se presentó

solicitud de concurso necesario de VIAJES MARSANS, S.A. y TIEMPO LIBRE, S.A. Por Diligencia de Ordenación de fecha 28 de mayo de 2010 se requirió a la parte para que subsanase la carencia de apoderamiento, así como de aportación del modelo de liquidación de la tasa en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil, en relación con el art. 35 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre.

DECIMOQUINTO.- Con fecha de 21 de mayo de 2010, el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de AVIS ALQUILE UN COCHE, S.A. formuló solicitud de declaración de concurso necesario de VIAJES MARSANS, S.A. Habiéndosele requerido de subsanación, quedaron los autos pendientes de resolución mediante diligencia de fecha 21 de junio de 2010 y se dictó auto en fecha 23 de junio de 2010.

DECIMOSEXTO.- Por otra parte, con fecha de 27 de mayo de 2010 tuvo entrada en Decanato, escrito presentado por la representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A.", "LOS ZOCOS, S.L." se presentó escrito de "ampliación", en nombre de "APOLO 10, S.L.", "CATALUÑA PLAZA, S.A." "COMERCIAL SOL D`OR 1992, S.L." "COSTA CALMA 10, S.A.", "GRAN PALMERA, C.E.", "HOTEL PALMERAS, S.A.", "HOTELERA ADEJE, S.L.", "HOTELERA MARINA BARCELONA, S.L.", "LANSOL, S.A.", "MANAGEMENT TOURIST MEDITERRANEAN HOTELS, S.A.", "MARESTO, S.A.", "MOREQUE, S.A.U.", "PLAYA BANCA 2000, S.A.", "SURLAGO, S.A.", y "TEIDE 10, S.L.", de solicitud de declaración de concurso de las mercantiles "VIAJES MARSANS, S.A." y de su filial "TIEMPO LIBRE, S.A.". Asimismo, por la misma representación se presentó nuevo escrito en fecha 28 de mayo de 2010.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha de 11 de junio de 2010, por la representación de GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA, se presentó escrito por el que se desistía del procedimiento incoado. Asimismo con fecha de 9 de junio de 2010, por la representación de las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A." y "LOS ZOCOS, S.L." se presentó escrito por el que se desistía del procedimiento.

DECIMOCTAVO.- Con fecha de 15 de junio de 2010, se dictó providencia en cuya virtud, a la vista de la acumulación de las distintas solicitudes de concurso necesario relativas a VIAJES MARSANS, S.A., se acordó emplazar a tal entidad respecto de las mismas.

DECIMONOVENO.- Por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de VIAJES MARSANS, S.A. se presentó solicitud de concurso voluntario de fecha 9 de junio de 2010, registrada bajo el número 374/2010. Si bien en idéntica fecha se presentó escrito por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de VIAJES MARSANS, S.A., TIEMPO LIBRE SA, VIAJES CRISOL, S.A. y RURAL VIAJES, S.A., oponiéndose a la solicitud de concurso necesario registrada con el n° 217/2010 y la solicitud registrada con el número 218/2010, y ulteriormente acumuladas.

VIGÉSIMO.- Con fecha de 25 de junio de 2010 se dictó auto por el que se declaró en concurso necesario de acreedores a VIAJES MARSANS, S.A.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Con fecha de 11 de abril de 2011 recayó auto, por el que se acordó, además de aprobar el plan de liquidación, la formación de la Sección Sexta de Calificación del concurso de VIAJES MARSANS, S.A. Formada, dicha sección, se concedió el plazo de 10 días, a los acreedores o persona con interés legítimo para personarse en la sección y alegar lo que estimaren relevante para la **calificación** de **concurso** como culpable.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Con fecha de 4 de mayo de 2011, por el Procurador Don Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de SERVICIOS TURÍSTICOS ALAVESES, S.A., y otros se presentó escrito, solicitando la declaración de culpabilidad de concurso de la entidad concursada VIAJES MARSANS, S.A., efectuando alegaciones al amparo del art. 168 LC.

VIGÉSIMO TERCERO.- También con fecha de 4 de mayo de 2011, el Procurador Don Eduardo Moya Gómez, en nombre y representación de GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. presentó escrito, solicitando la declaración de culpabilidad de

concurso de la entidad concursada VIAJES MARSANS, S.A., efectuando alegaciones al amparo del art. 168 LC.

VIGÉSIMO CUARTO.- Con fecha de 4 de mayo de 2011, por el Procurador Don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de HOTEL PUERTA CASTILLA, S.A. se presentó escrito, solicitando la declaración de culpabilidad de concurso de la entidad concursada VIAJES MARSANS, S.A., efectuando alegaciones al amparo del art. 168 LC.

VIGÉSIMO QUINTO.- Con fecha de 13 de mayo de 2011, por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de AVIS ALQUILE UN COCHE, S.A. se presentó escrito, formulando alegaciones.

VIGÉSIMO SEXTO.- Con fecha de 16 de mayo de 2011, por la Procuradora Doña Silvia González Milara, en nombre y representación de VIJUVA, S.L. (COMERCIAL SKIART) se presentó escrito, formulando alegaciones.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Con fecha de 23 de mayo de 2011, por el Procurador Don Adolfo Morales Hernández San Juan, en nombre y representación de HOLIDAY AUTOS INTERNACIONAL LIMITED, se presentó escrito, formulando alegaciones.

VIGÉSIM OCTAVO.- Dado traslado a la Administración concursal para que dentro de los quince días siguientes presentara un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, se evacuó por escrito de 8 de noviembre de 2011 en el sentido de calificar el concurso como CULPABLE.

VIGÉSIMO NOVENO.- Se dio traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emitiera dictamen en el plazo de diez días, lo que cumplimentó en el sentido de calificar el concurso como CULPABLE.

TRIGÉSIMO.- Con fecha de 31 de enero de 2012 se dictó providencia por la que se acordó continuar con la tramitación de la Sección de Calificación, si bien, al dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 170.2 LC, se acordó que se diera audiencia al deudor por plazo de 10 días y que se emplazara a todas las personas que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas

cómplices, de acuerdo con el Informe de la Administración Concursal y dictamen del Ministerio Fiscal.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- La concursada y las demás personas respecto de las cuales el Informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal solicitaban o interesaban su afectación por la Sentencia, presentaron escritos de oposición; que se dan por reproducidos, por economía procesal.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Se tuvo por formulada la oposición y se acordó continuar la misma por los trámites del incidente concursal, señalándose vista, que tuvo lugar y día señalados, ratificándose las partes, en sus alegaciones, con la concurrencia de los acreedores personados. Y tras la práctica de las pruebas propuestas declaradas pertinentes, con el resultado que obra en el soporte audiovisual se declaró conclusa la vista, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Con fecha de 29 de junio de 2012, se presentó escrito por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de D. Gonzalo Pascual Arias, comunicando el fallecimiento de este último y solicitando la suspensión del plazo para dictar sentencia.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Mediante Diligencia de ordenación de fecha 12 de julio de 2012 se acordó unir dicho escrito y se confirió traslado a las partes, en aplicación del art. 16.2 párrafo 1º LEC.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Con fecha de 23 de julio de 2012, se presentó escrito por el Procurador D. Federico Gordo Romero en representación de Amadeus Soluciones Tecnológicas, identificando y facilitando el domicilio de los herederos de D. Gonzalo Pascual Arias.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Con fecha de 26 de julio de 2012, se presentó escrito por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón en representación de Equinocio Viajes S.A.I identificando a los herederos de D. Gonzalo Pascual Arias.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2012 por el Procurador D. Andrés Figueroa

Espinosa en representación de la Administrador Concursal, se efectuaron alegaciones.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Con fecha de 28 de septiembre de 2012, se presentó escrito por Dña. Carmen Sánchez Fernández (Administradora concursal de D. Gonzalo Pascual Arias), poniendo en conocimiento del Juzgado que está pendiente la designación de herederos en el concurso que se tramita en el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid bajo el núm. 872/10.

TRIGÉSIMO NOVENO.- Con fecha de 15 de octubre de 2012 se dictó diligencia de ordenación, acordando, entre otros extremos, notificar al Fiscal la diligencia de ordenación de fecha 12.7.2012.

CUADRAGÉSIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2012, se acordó librar exhorto al Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid a fin de que remitiera testimonio de la pieza de calificación que se tramita en el Concurso nº 872/2010, en concreto del Informe del Ministerio Fiscal y la resolución de la sección sexta.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Con fecha de 23 de noviembre de 2012 se ha recibido, cumplimentado, atento exhorto por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 3 de diciembre 2012, se acordó notificar y emplazar a los herederos de D. Gonzalo Pascual Arias.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- Con fecha de 3 de diciembre de 2012, se presentó escrito por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón, en representación de Dña. Diana, D. Gonzalo Pastor, D. Ignacio y D. José María Pascual de Riva, aportando escrituras de renuncia pura y simple a la herencia de su padre D. Gonzalo Pascual Arias.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- Mediante Diligencia de ordenación de 10 de enero de 2013, se acordó la unión a los autos del anterior escrito, dejando constancia de la renuncia con traslado a las partes. Y constando devuelto por correos la cédula de notificación y emplazamiento a la viuda Dña. María de los Ángeles de Riva y Zorrilla, se efectuó

requerimiento a las partes, a fin de que en plazo de 3 días facilitasen nuevo domicilio.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- Tal diligencia de fecha 10 de enero de 2013 fue recurrida el 24 de enero de 2013 por la representación de VIAJES IBEROJET, S.A.; MELIA HOTELS INTERNACIONAL Y DON CARLOS PLASENCIA BALTÉS y de AC HOTELES, S.A.; confiriéndose al recurso la debida tramitación y recayendo en fecha de 10 de junio de 2013 decreto desestimatorio.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- Con fecha de 18 de enero de 2013 se presentó escrito por María de los Ángeles de Riva Zorrilla, acompañando escritura de renuncia pura y simple a la herencia de su cónyuge D. Gonzalo Pascual Arias.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Mediante Diligencia de constancia de fecha 22 de enero de 2013, se unió el anterior escrito y pasaron actuaciones a la Secretaria Judicial.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- Mediante Decreto de 23 enero de 2013, se declaró a la parte codemandada en rebeldía y se alzó la suspensión del procedimiento y el plazo para dictar la resolución que corresponda por la Magistrada Juez de este Juzgado.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto los plazos judiciales por la acumulación de señalamientos y asuntos concursales de preferente tramitación, así como debido a la complejidad del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal entienden, en sus respectivos escritos, que el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. ha de ser calificado como CULPABLE, con las consecuencias que de ello se derivan para las personas afectadas por tal

calificación, manifestadas tanto en los aspectos patrimoniales como personales.

En este punto, y a propósito de la falta de comparecencia del Ministerio Fiscal al acto de la vista, resulta de aplicación la doctrina establecida sobre el particular por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 7.07.2008, al margen de la coincidencia de sus pedimentos y razonamientos con los deducidos por la Administración concursal para instar la declaración de concurso como CULPABLE e interesar la adopción del resto de pronunciamientos que se piden.

Como se ha indicado, la Administración Concursal solicita que el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. se califique como CULPABLE. En concreto, entiende que concurren hechos subsumibles en las presunciones "iuris et de iure" de culpabilidad que a continuación se detallan:

- **Art. 164.2.1º LECO**, con fundamento en el hecho indiciario de una irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de MARSANS.
- **Art. 164.2.2º LECO**, con base en la comisión de inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud del concurso.
- **Art. 164.2.5º LECO**, fundada en la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de MARSANS entre junio de 2008 y junio de 2010.
- **Art. 164.2.6º LECO**, por actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia.

Asimismo, sostiene la concurrencia de hechos que resultarían subsumibles en las siguientes presunciones "iuris tantum" de culpabilidad:

- **Art. 165.1º LECO**, debido a lo extemporáneo de la solicitud del concurso.
- **Art. 165.2º LECO**, por la falta de colaboración con la Administración concursal.

Aparte de ello, entiende la Administración Concursal que el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. es paradigma de la generación y agravación continuada dolosa o gravemente

culpable de una insolvencia, lo que justificaría en todo caso la aplicación de la cláusula general recogida en el art. 164.1 de la LECO.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el Ministerio Fiscal también entiende concurrentes dichas circunstancias.

SEGUNDO.- El art. 164.1 dice 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." Este precepto ha sido objeto de modificación en la Reforma introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre si bien, en atención a lo establecido por la Disposición Transitoria Décima, debe estarse para la resolución de la presente sección a la redacción anteriormente vigente, pues a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, la Sección de Calificación del concurso de acreedores de VIAJES MARSANS, S.A. se encontraba en tramitación.

Hechas las precedentes consideraciones, procede apreciar la concurrencia de los siguientes requisitos esenciales para la declaración del presente concurso como culpable: a) En primer lugar, un comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; b) En segundo lugar, que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia; c) En tercer lugar, que dicho comportamiento haya dado como resultado, en términos causales, la generación o agravación del estado de insolvencia.

Junto a la cláusula general del art. 164.1 LC, nuestra legislación sobre insolvencias recoge una serie de presunciones legales que facilitan el enjuiciamiento de la culpabilidad del concurso y aparecen recogidas, con distinta naturaleza y alcance, en el artículo 164.2 y en el artículo 165 LC.

Las presunciones recogidas en el artículo 164.2 LC constituyen genuinas presunciones "iuris et iure" de culpabilidad del concurso, por lo que la apreciación de su concurrencia determina la inexorable culpabilidad, sin posibilidad de prueba en contra ("En todo caso, el concurso se calificará como culpable."). Es pacífico que la aplicación de dichas presunciones abarca a todos los elementos necesarios para la declaración del concurso como culpable. En palabras de la Sentencia de 19 de marzo de 2007 de la Sec. 15ª Especializada Mercantil de la A.P. de Barcelona (Pte. Sancho Gargallo) "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"; hermenéutica que la sentencia de 27 de abril completó añadiendo que "Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador".

En lo que concierne a las presunciones del art. 165 LC, la cuestión resulta más controvertida. Mientras que algunas Audiencias Provinciales habían venido sosteniendo que se trataba de presunciones "iuris tantum" de culpabilidad del concurso, cuya única diferencia con las recogidas en el art. 164.2 LC sería la posibilidad de prueba en contra (véase en tal sentido las Sentencias de la Sec. 15ª Especializada Mercantil de la A.P. de Barcelona de 29 de noviembre de 2007, 21 de febrero de 2008, 16 de septiembre de 2008 o 6 de abril de 2011), otras habían defendido que, en atención al expreso tenor de la norma, únicamente permitirían presumir la concurrencia del elemento subjetivo de la calificación culpable (el dolo o la culpa grave), exigiéndose así para excluir la calificación fortuita no sólo la apreciación de hechos subsumibles en la presunción sino la vinculación causal de los mismos con la generación o agravación de la insolvencia. La Sala Primera del Tribunal Supremo parece haber validado esta segunda interpretación en su Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011, si bien en las de 20 de mayo y 21 de junio de 2012 la

cuestión sigue revelándose discutible. Hasta tanto se clarifique como es debido la cuestión, en atención al criterio sostenido por la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid en las resoluciones anteriormente reseñadas así como la Sentencia del TS de 17 de noviembre de 2011, en esta resolución se acogerá como correcta la interpretación que infiere del art. 165 LC únicamente una presunción "iuris tantum" de concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, siendo además ésta la interpretación más favorable a las personas afectadas por la misma.

TERCERO.- En primer lugar se procede al estudio de la alegada **irregularidad contable (art. 164.2.1º LC)**, ya que por la Administración concursal se imputa a la concursada y a las personas afectadas 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 concreto, la Administración Concursal significa la opacidad de las últimas cuentas anuales de las sociedades del GRUPO MARSANS, que lleva a denegar opinión a los Auditores; y afirma la concurrencia de irregularidad contable relevante, por no haber provisionado las deudas intragrupo, sin ninguna garantía de devolución, y más bien con una seguridad de no devolución, que hubiera llevado a fondos propios negativos millonarios a las mercantiles. Ambas circunstancias constituirían un incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza contable o bien la comisión de una irregularidad contable relevante que impediría comprender la situación financiera y patrimonial de la deudora en los términos del art. 164.2.1º en conexión con el art. 1 de la ley de Auditoría de Cuentas, y art. 2 de su Reglamento).

En absoluto pueden considerarse simples divergencias de criterios contables la conculcación en las cuentas de los principios de contabilidad generalmente aceptados, y por aplicación al asunto, el de prudencia, por cuanto se falsea el valor de las pérdidas acumuladas que se reflejan en la contabilidad de las sociedades del GRUPO MARSANS, infringiendo las normas técnicas. La relevancia, en

principio instaurada por la violación de principios de contabilidad generalmente aceptados, sin duda debe matizarse en un doble sentido:

A) Cuantitativo, para lo que es útil recordar la Resolución de 14 de junio de 1999 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) por el que se publica la Norma técnica de auditoría sobre el concepto de importancia relativa, esto es, que la cantidad asentada en el activo o en el pasivo de modo irregular, de no haberse asentado, por su monto, llegara a delatar una situación de insolvencia no advertida o reconocida, o mitigada en forma importante.

En el caso enjuiciado, se sostiene que los activos ficticios disfrazan un estado de VIAJES MARSANS S.A. que era de pérdidas en ejercicio 2008/2009 de 224.748.665 euros, dejando los fondos propios negativos en menos 121.748.665 euros. No menos importantes resultarían los dos millones de euros de saldos acreedores llevados a cuenta de gastos; o los casi nueve millones de euros que se ponen en cuenta de deudores facturas de proveedores pendientes de recibir (recogido en el HECHO QUINTO.1 del escrito de calificación de la AC).

Al respecto resulta preciso recordar que, al comienzo del acto de la vista, la Administración Concursal corrigió algunos datos, aduciendo que VIAJES MARSANS S.A. no provisionó en las cuentas anuales del ejercicio 2008/2009 los saldos deudores de TEINVER S.L. y AIR COMET S.A.u., lo que hubiera hecho que los resultados tuvieran unas pérdidas de 183.578.361 euros (frente a los beneficios de 7.726.035 euros que figuran en las cuentas aprobadas); mientras que los fondos propios habrían sido negativos en 121.748.665 euros, para un capital de 18 millones de euros (frente a unos fondos propios positivos aprobados al 28 de febrero de 2009 de 69.555.731 euros), lo que, claramente sitúa a la concursada en causa de disolución.

B) Cualitativo, pues la relevancia se conecta con la comprensión de los acreedores, de manera que la irregular contabilización deteriora la claridad y precisión que debiera caracterizar a la contabilidad con arreglo al art. 25.1 C.Com. -contabilidad ordenada- y 34.2 C.Com. -imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los

resultados-; excusándose pues, irregularidades vulgarizadas que, evidenciadas en la Memoria o en una salvedad de la Auditoría, no impedirían a ningún comerciante medio que examine la contabilidad hacerse una idea correcta sobre si existe una incapacidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles o sobre su medida.

En el presente caso, se ha producido una irregularidad relevante, en concreto para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad: cuantitativamente sería relevante, y también lo es en sentido cualitativo, por cuanto los saldos de VIAJES MARSANS S.A. con TEIVER S.L., AIR COMET S.A.u. y ASTRA, y de las sociedades del GRUPO MARSANS con VIAJES MARSANS S.A., aplicando los principios de prudencia valorativa, deberían haber sido provisionados en estos estados financieros, habiéndose ocultado información a los auditores, quienes no pueden asegurar que la sociedad haya podido incluir en las cuentas anuales de 2008/2009 toda la información relevante, y el Informe de auditoría califica con el grado máximo de irregularidad, con una opinión denegada. La Administración Concursal alude también a una "cualidad bajísima de la contabilidad que disfraza como beneficios saldos acreedores".

El art. 164.2.1º LC impone la directa calificación de concurso culpable ante la concurrencia de ciertas irregularidades contables, siempre y cuando existiese deber legal de llevar contabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 25 y ss. Cco. 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. Al respecto, y como ya se valoró en sede de Pieza de Medidas Cautelares, por lo que respecta a las cuentas anuales relativas al ejercicio 2008-2009, consta incorporado a los autos el Informe de Auditoría de Cuentas Anuales elaborado por Price Waterhouse Coopers, comenzando tal documento del siguiente modo: "hemos auditado las cuentas anuales de "VIAJES MARSANS, S.A." que comprenden el balance de situación al 28 de febrero de 2009, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria correspondiente al ejercicio anual terminado en dicha fecha...". Ahora bien, en el punto 5 del mentado Informe de Auditoría, por Price

Waterhouse Coopers se expone (y al respecto se transcribe literalmente el párrafo) "debido a la gran importancia de las limitaciones al alcance de nuestra auditoría descritas en los párrafos 3 y 4 anteriores, no podemos expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2009 adjuntas".

De forma que cabe ponderar, como ya se efectuó en el auto de medidas cautelares, las "Normas Técnicas de Auditoría", en concreto las "Normas Técnicas sobre Informes", Opinión denegada, 3.6.10. Cuando el auditor no ha obtenido la evidencia necesaria para formarse una opinión sobre las cuentas anuales tomadas en su conjunto, debe manifestar en su informe que no le es posible expresar una opinión sobre las mismas. 3.6.11. La necesidad de denegar la opinión puede originarse exclusivamente por:

- Limitaciones al alcance de la auditoría, y/o
- Incertidumbres, de importancia y magnitud muy significativas que impidan al auditor formarse una opinión. (Resolución de 19 de enero de 1991, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las Normas Técnicas de Auditoría; con las modificaciones introducidas por Resolución de 1 de diciembre de 1994 de referido organismo).

Por otra parte, se ha de estar a la Ley 19/1988 de 18 de Julio, sobre Auditoría de Cuentas, modificada por Ley 12/2010 de 30 de junio, que establece lo siguiente respecto de la opinión formulada por los auditores en el ejercicio de sus funciones: Art. 2. 1 c) Una opinión técnica, que recogerá de forma clara y precisa la opinión del auditor en cuanto a si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo. La opinión del auditor podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada. Cuando no existan reservas la opinión será favorable. En el caso de que existan tales reservas, se deberán poner de manifiesto todas ellas en el informe y la opinión técnica será con salvedades, desfavorable o denegada.

Por otro lado, el desarrollo legal de este precepto se realiza a través de las Normas Técnicas de Auditoría, aprobadas por Resolución de 19 de enero de 1991, del ICAC (con las modificaciones introducidas por Resolución de 1 de diciembre de 1994 de referido organismo): "3.6. La opinión del auditor Tipos de opinión: 3.6.1. El informe de auditoría de cuentas anuales debe contener uno de los siguientes tipos de opinión: a) Favorable. b) Con salvedades. c) Desfavorable. d) Denegada". Y, respecto de la opinión denegada, se ha de estar a lo reseñado ex ante.

También debe valorarse que, desde dichas fechas, no consta que se hubiera realizado procedimiento de auditoría alguno para ninguna de las sociedades del grupo.

Todo ello nos lleva a la cuestión referente a si el modo de proceder en cuanto a la formulación de las cuentas anuales referidas, pudiera subsumirse en el mentado precepto de la Ley Concursal. Así, y dado el debate planteado por los escritos de oposición a la calificación culpable, según informe Administración Concursal, así como Dictamen del Ministerio Fiscal, sobre la existencia u subsidiariamente entidad de las posibles irregularidades, cabe transcribir literalmente parte del informe de Auditoría firmado por Don Gabriel López, Socio - Auditor de Cuentas de la compañía de auditoría, PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L., el 23 de noviembre de 2009: "3. Según se indica en las notas 36.4 y 35 de la memoria adjunta, Viajes Marsans, S.A. mantiene saldos a cobrar a corto plazo por importe de 189,6 millones de euros y ha otorgado garantías que al cierre del ejercicio estaban evaluadas en 212,6 millones de euros a, fundamentalmente, la empresa vinculada Teinver, S.L. y a las filiales de ésta Air Comet, S.A. y Astra Worldwide International Leasing, LTD (en adelante Astra) que, como se explica en la nota 36.4, pasa por fases empresariales delicadas que pueden condicionar su continuidad. Para garantizar el saldo a cobrar de 189,6 millones de euros y las garantías dadas, Viajes Marsans, S.A. ha recibido de Teinver, S.L., en escritura pública, la prenda de acciones de una de sus filiales, estimada por los administradores en aproximadamente 180 millones de euros, pero cuya valoración y efectividad no hemos podido comprobar al no disponer de un informe de un experto independiente sobre estos extremos.

Teinver, S.L. también garantiza en dicha escritura entregar la cantidad pendiente para satisfacer por completo la deuda si la prenda fuese insuficiente en su momento. Como se indica en las notas 28 y 36.2 de la memoria adjunta, algunas de estas garantías ya están siendo ejecutadas. Parque Pórtico, S.A., sociedad participada en un 50% por Viajes Marsans, S.A. y con un valor neto contable de 2,5 millones de euros (ver nota 9b de la memoria adjunta) tiene una cuenta a cobrar de Teinver, S.L. de 25,9 millones de euros. Igualmente Marsans Internacional S.A.R.L. y Club Caribe, S.A., sociedades participadas en un 100% por Viajes Marsans, S.A. y con un valor neto contable de 4,6 millones de euros y 12,6 millones de euros, respectivamente (ver nota 9ª de la memoria adjunta) tienen cuentas a cobrar netas de Teinver, S.L. de 6 millones de euros y de 2,2 millones de euros, respectivamente. Debido a todo lo indicado anteriormente, no hemos podido evaluar los posibles efectos que de esas circunstancias se pudieran derivar, en su caso, sobre el funcionamiento futuro de la sociedad y sobre las cuentas anuales adjuntas

4. Como parte de los procedimientos de auditoría realizados en el marco de la revisión de acontecimientos posteriores, se ha evidenciado por nuestra parte que diversas informaciones de la sociedad no contenían todos los elementos significativos relacionados con las garantías otorgadas a Teinver, S.L., Air Comet, S.A. y Astra, por lo que la sociedad ha procedido a incluir información al respecto en la nota 35 de la memoria adjunta. En estas circunstancias no podemos considerar las manifestaciones recibidas a efectos de evidencia de auditoría, por lo que no nos es posible asegurar, en base a pruebas razonables que la sociedad haya podido incluir en las presentes cuentas anuales toda la información relevantes.

5. Debido a la gran importancia de las limitaciones al alcance de nuestra auditoría descritas en los párrafos 3 y 4 anteriores, no podemos expresar una opinión sobre las cuentas anuales.”

Tal es el tenor literal del mentado informe de auditoría, y, al respecto huelgan las sucesivas preguntas sobre qué quiere decir el mismo a los distintos deponentes en el acto de la vista, pues se trata únicamente de valorar tal

documento, junto con el conjunto de la prueba practicada, tal y como establece el art. 217 LEC. Y, llegados a este punto, cabe traer a colación la STS, Civil sección 1 del 20 de Octubre del 2011 (ROJ: STS 6848/2011) "... aplicando el art. 2 de la entonces vigente Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas en relación con su art. 1, aproxima explícitamente el valor del informe de auditoría al de una prueba pericial sometida a las reglas de la sana crítica en función, además, de lo declarado por el auditor en juicio. Es cierto que según la sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 2000 (rec. 2618/98), citada por la parte recurrente, la opinión denegada del auditor ("abstención" según la redacción original de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988) puede ocultar la realidad de una auditoría negativa, como también lo es que, según la sentencia de 11 de noviembre de 1998 (rec. 1762/94), el que el accionista pueda conocer que no hay opinión de auditoría no libera a la sociedad de remover los obstáculos que pudieran imposibilitar la labor revisora de los auditores. También es cierto que la reforma del art. 2 de la Ley de Auditoría de Cuentas llevada a cabo por la Ley 12/2010 y trasladada al art. 2 del vigente TR de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por RD Legvo. 1/2011, de 1 de julio, impuso un mayor rigor al informe de auditoría para evitar que la opinión denegada fuera un medio de eludir la responsabilidad del propio auditor".

Pues bien, en Auto de fecha 28 de marzo de 2011, esta Juzgadora ya ponderó que la Auditoría estaba exponiendo la evidencia de que la entidad se encontraba ante unas operaciones respecto de las que no era posible evaluar los posibles efectos sobre el funcionamiento futuro de la sociedad y sobre las cuentas anuales adjuntas. Además de hacer hincapié en la ausencia de soporte documental o informes precisos para su comprobación. Las cuentas anuales se limitaban a afirmar la existencia de "unas garantías", pero no advertía cuáles eran. Por ello se dio acogida a la interpretación que efectuó la Administración Concursal, en su informe del art. 75 LC, en el sentido de que tal "limitación al alcance" consistía en que la concursada mantenía saldos a cobrar a corto plazo por importe de 189,6 millones de euros pero había otorgado garantías que al cierre del ejercicio, estaban evaluadas en 212,6 millones de euros a, fundamentalmente, la empresa vinculada Teinver S.L. y a las filiales de esta, Air Comet S.A. y Astra

Worldwide International Leasing Limited. Evidenciándose además que las garantías otorgadas a Teinver, Air Comet y Astra no contenían todos los elementos significativos, por lo que no era posible asegurar que la sociedad hubiera podido incluir en las cuentas anuales toda la información relevante, sino más bien al contrario. Se hicieron constar unas "garantías", pero no se explicitaron éstas, que, como es de ver, con posterioridad se demostraron volátiles.

Se explicitaba que las entidades con quienes VIAJES MARSANS, S.A. concertaba tales operaciones pasaban fases empresariales delicadas que podían condicionar su continuidad. Pero, en el momento actual, incluso en fases anteriores del procedimiento, el riesgo, evidente y detectado en la Auditoria, se ha convertido en certeza.

Veamos, AIR COMET fue declarada en concurso de acreedores en fecha de 20 de abril de 2010, si bien la solicitud de concurso voluntario fue presentada el pasado 23 de marzo de 2010, mientras que el 22 de diciembre de 2009, AIR COMET presentó la comunicación prevista en el art. 5.3 LC, que fue admitida mediante auto de fecha 29 de diciembre de 2009. Por lo que respecta a TEINVER, el 16 de junio de 2010 se acogió a la previsión del artículo 5.3 de la Ley Concursal y en fecha de 22 de octubre, los propietarios de Teinver presentaron su petición de concurso voluntario, siendo declarado por Auto 23 de diciembre de 2010. A este respecto, téngase en cuenta que la referida Auditoría está datada el 23 de noviembre de 2009, mientras que la formulación de cuentas por el Consejo es de fecha 28 de octubre de 2009.

Dada la proximidad de fechas entre la formulación de cuentas, la auditoria y la comunicación del art. 5.3 LC de AIR COMET, cabe deducir que no sólo la entidad auditora, sino el grupo empresarial y otras entidades que operaban en el mercado ya debían ser conscientes de la situación tanto de AIR COMET, como de otras importantes entidades del grupo empresarial del que TEINVER era la sociedad patrimonial. Y, aún cuando así no fuera, el elevado importe de las operaciones sobre las que se hace hincapié en la auditoría (las reseñadas con Teinver, S.L., Air Comet, S.A. y Astra) no puede escapar al juicio de un ordenado empresario. Así, debe recordarse el deber de diligencia en el ejercicio del

cargo de administrador que les era exigible y que, entre otros aspectos, se concreta en el conocimiento de la marcha de la sociedad, entre los deberes de diligente administración. Se trata de apuntes millonarios que no pueden pasar desapercibidos.

Así, se cuestiona en la Auditoría la garantía prestada, consistente en "prenda de acciones de una de sus filiales" al informarse que su valoración y efectividad no se pudo comprobar al no disponer de un informe de un experto independiente sobre estos extremos. Además de no haberse informado de modo alguno. Pues bien, sólo en el acto de la vista relativa a la pieza de Medidas Cautelares, quedó claro a esta Juzgadora que la operación relativa a "una de sus filiales" se trataba de "Hotetur" y ello dado el documento aportado en el mismo acto de aquella vista (con lo que la garantía se estaba refiriendo a unas participaciones de una entidad respecto de la que algunos acreedores solicitaron su declaración de concurso necesario ya en octubre del año 2011, si bien hubo ulterior negociación, para haberse solicitado su declaración en concurso voluntario más recientemente, lo que no hace sino incidir en la anterior argumentación).

En consecuencia, no sólo la denegación de opinión del auditor podía evidenciar la falta de acreditación de importantes asientos contables, sino que las operaciones referidas debieron provisionarse, lo que conlleva que las cuentas no reflejasen la imagen fiel y exacta de la sociedad, lo que se ponderará en otro momento, además de constituir un primer elemento acreditativo de la alegada existencia de irregularidades contables sustanciales.

Pero, volviendo al informe de auditoría, se ha referido anteriormente que, en relación con las garantías dadas, "... Viajes Marsans, S.A. ha recibido de Teinver, S.L., en escritura pública, la prenda de acciones de una de sus filiales, estimada por los administradores en aproximadamente 180 millones de euros, pero cuya valoración y efectividad no hemos podido comprobar al no disponer de un informe de un experto independiente sobre estos extremos". Parece, en relación a tal párrafo, que las oposiciones a la calificación culpable del concurso de VIAJES MARSANS, S.A. se centran en considerar que la

denegación de opinión de la auditora se debe a la ausencia de aportación del informe del experto independiente.

En respuesta a esas alegaciones, debe significarse en primer lugar que tal ausencia no es de importancia menor. Con carácter general, cabría recordar que "En nuestro Derecho de sociedades, la intervención de expertos se ha convertido en una garantía en materia de valoraciones, como instrumento de tutela de la inseguridad y correspondencia del capital social, en defensa tanto de los accionistas como de los acreedores sociales. Parece que esa garantía normativa se abandona en una operación que puede ser relevante para esos mismos intereses". [Juan Sánchez Calero. "Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión", en AA.VV., Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (coord. Rodríguez Artigas, F.), t. I, Cizur Menor (2009), pp. 489-526]

Previsiones sobre designación de Experto Independiente, además de habidas en el art. 67 LSC, o en el art. 340 del Reglamento del Registro Mercantil, se encuentran en la Segunda Directiva sobre Sociedades de Capital (Directiva 77/91 CEE, del Consejo de 13 de diciembre de 1976) y en la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Por otra parte, tampoco la concursada ha acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 106 LSC.

Pero, superando la cuestión relativa a la importancia del informe, es que, además, no consta que en modo alguno se justificara las garantías otorgadas. Y, finalmente, lo realmente relevante es que, como se ha expuesto ya anteriormente, Viajes Marsans, S.A. mantenía saldos a cobrar a corto plazo por importe de 189,6 millones de euros, si bien otorgó garantías que, al cierre del ejercicio, estaban evaluadas en 212,6 millones de euros fundamentalmente a la empresa vinculada Teinver, S.L. y a las filiales de ésta Air Comet, S.A. y Astra Worldwide International Leasing, LTD. Asimismo, para garantizar el saldo a cobrar de 189,6 millones de euros y las garantías dadas, Viajes Marsans, S.A. había recibido de Teinver, S.L., en escritura pública, la prenda de acciones de una de

sus filiales, estimada por los administradores en aproximadamente 180 millones de euros.

Es más, tal y como concretamente informa la Administración concursal, con fundamento en las cuentas anuales de TEINVER, S.L. del ejercicio 2007/2008 cerrado a 30 de septiembre de 2008 y su informe de auditoría (de 24 de noviembre de 2009), y partiendo del principio de prudencia valorativa, deberían haberse provisionado en las cuentas anuales de VIAJES MARSANS, S.A. del ejercicio 2008/09 (aprobadas el 30 de diciembre de 2009, dos días después de la aprobación de las cuentas del ejercicio 2007/2008 de TEINVER) el 100% de los 189.578.911,50 euros adeudados por TEINVER, S.L..

Similar conclusión se alcanza de examinar las cuentas anuales de AIR COMET, S.A.U. del ejercicio 2008/2009, cerrado a 28 de febrero de 2009 y su informe de auditoría (de 12 de noviembre de 2009), respecto de la cantidad de 1.725.484,98 euros adeudado por AIR COMET, S.A.U. Operaciones que, como garantías intragrupo, no habían sido provisionadas, además de constatarse su nula efectividad, como se ha expuesto. Luego, no puede más que compartirse la afirmación relativa a que tales cuentas son opacas.

En definitiva, VIAJES MARSANS S.A. no provisionó en las cuentas anuales del ejercicio 2008/2009 los saldos deudores de TEINVER S.L. y AIR COMET S.A.u., que hubiera hecho que los resultados tuvieran unas pérdidas de 183.578.361 euros (frente a los beneficios de 7.726.035 euros aprobadas) y los fondos propios habrían sido negativos en 121.748.665 euros; con lo que se evidencia la irregularidad contable estudiada en el presente fundamento.

En efecto, las irregularidades contables detectadas sí son relevantes, a mi juicio, si ponderamos no sólo el informe de auditoría, también el Informe de la Administración Concursal en lo que a este extremo ocupa. Y, al respecto, lo son cuantitativa y cualitativamente.

Asimismo debe valorarse que el informe de auditoría también figura depositado en el Registro Mercantil conjuntamente con las cuentas anuales, por lo que, en primer lugar, es fácilmente accesible para la evaluación del riesgo por

terceros que contratasen con la mercantil, fin último de la publicación de las cuentas anuales y, en segundo lugar, lo cierto es que el desfase es muy importante, como se ha indicado unas pérdidas de 183.578.361 euros (frente a los beneficios de 7.726.035 euros aprobadas).

Con todo, adicionalmente, tal y como expuso la Administración concursal en el informe del art. 75 LC y en el informe de calificación, se han detectado otras irregularidades. En concreto se explicita que "la regularización efectuada el 28 de febrero de 2010, correspondiente al cierre del ejercicio, consiste en compensar el saldo acreedor de la cuenta 4009 especialmente creada para la ocasión, llevándolo a una cuenta de gastos 6030 (Diferencia en bonos) al HABER". La conclusión alcanzada por la Administración concursal es que, de tal modo, se consiguen disminuir las pérdidas del ejercicio. Con posterioridad, cuando se reciben las facturas reales de los proveedores, sus importes son llevados a la cuenta usada en la regularización efectuada, lo que produce el anómalo saldo deudor de más de dos millones de euros. Saldo que, constandingo como deudor, no es cobrable, como es de ver. Dato que conduce a la misma conclusión alcanzada en párrafos precedentes.

CUARTO.- El artículo 164.2.2º de la LC contempla como hecho cuya concurrencia determina la calificación como culpable del concurso, que el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso. Como es sabido, el artículo 6 LC impone la presentación de documentación complementaria a la solicitud de concurso, destinada a proporcionar al juez del concurso y a la administración concursal elementos sustanciales y veraces con los que analizar las causas de la insolvencia del concursado y perspectivas de viabilidad. Entre dicha documentación-artículo 6.2.3 LC - se encuentra "Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual".

De ahí que resulte un dato realmente definitivo la obvia inexactitud en el activo manifestado junto a la solicitud

de concurso, ya que el inventario aportado lo valora en 40.872.435,28 euros, mientras que en la solicitud de liquidación anticipada presentada por la propia concursada, éste se valoró en 12.133.810,51 euros, sólo cuatro meses después.

Todo lo cual sirve por sí solo para entender concurrente la previsión del art. 164.2.2º de la LC, aunque también se ha de valorar las inexactitudes en el documento de la memoria, como la caída de las ventas que, lejos del 84%, y aún ponderando el error reconocido por la Administración concursal al comienzo de la vista de calificación, cabe cifrar que en realidad fue del 21,72%; por no mencionar también su afirmación de que la insolvencia era "inminente", cuando se trataba de una insolvencia actual. Si se examinan los antecedentes de hecho de esta misma resolución, se constata el encadenamiento de solicitudes de concurso necesario que precedieron a los escritos de VIAJES MARSANS, S.A. en que sucesivamente se oponía a la declaración de concurso necesario, para ulteriormente solicitar el concurso voluntario, lo que evidencia la existencia de un cierto sobreseimiento general.

Asimismo, la propia aportación de las cuentas anuales de Viajes Marsans, S.A., correspondientes al ejercicio 2008/2009, colma también la causa ahora examinada.

QUINTO.- Se aduce también **salida fraudulenta de bienes del deudor (ART 164.2.5º)**. 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, 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.

Así, cabe traer a colación, como se ha efectuado en la resolución dictada en la Pieza I de Medidas Cautelares, la influencia que el sistema de gestión de tesorería centralizada del Grupo Viajes Marsans ha tenido en la marcha de la sociedad. La gestión de pagos a proveedores y cobros a clientes se coordinaba desde la matriz del grupo, Viajes Marsans S.A., y los saldos deudores y acreedores resultantes de estas operaciones se soportaban a través de cuentas corrientes intragrupo en las cuales se centralizaban los fondos de Tesorería (*Cash Pooling*). En el caso del Grupo Marsans, según informa la Administración Concursal, no se utilizó adecuadamente este sistema de tesorería centralizada (*Cash Pooling*), ya que la tesorería obtenida no se empleó en dotar de los recursos necesarios a las empresas que componen el Grupo Marsans.

En concreto, de la entidad concursada VIAJES MARSANS, S.A. salió un importante volumen de fondos, fundamentalmente a la cuenta de TEINVER, S.L., lo que conllevó la falta de liquidez que llevó a la situación de insolvencia. De hecho, la deuda de TEINVER con VIAJES MARSANS, S.A. asciende a 265.441.115,44 euros. Y, según informa la AC, "de las cuentas de VIAJES MARSANS, S.A. se realizaron pagos a otras empresas del grupo o empresas no vinculadas cuya deuda era asumida por TEINVER, sin ser cancelada"; por no mencionar las ya referidas deudas posteriores a junio de 2008 con AIR COMET, ASTRA, pero también con NEWCO, TRAPSA, LIMPIEZAS RODAS, etc. En la misma línea, la AC informó de salidas de caja en efectivo no justificadas por importe de 336.266,77 euros, o los "pagos a presidencia" por importe de 1.181.782,32 euros.

A este respecto no puede por menos que tenerse por acreditados los extremos expuestos por la AC, al acompañarse el contrato de cesión de crédito a favor de TEINVER de fecha 28/02/09, y de fecha 31/08/09. Estos hechos incluso son asumidos en el Informe Pericial elaborado por Don Arturo Capatte López, cuando expone en el Segundo punto de las conclusiones de la Página 96 que "Es evidente que la deuda de las vinculadas con MARSANS jugó un papel coadyuvante", aunque después matice su conclusión con la mención "pero nunca determinante".

A lo anterior se ha de sumar las cantidades avaladas, y reconocidas en la lista de acreedores, a otra entidades del grupo (lista de acreedores anexa al informe de la Administración concursal, en relación con el documento n.º 5.4.3 del Anexo XII del escrito de calificación de la AC). Y, en idéntico sentido se ha de valorar la decisión por parte del Sr. Díaz Ferrán, como del Sr. Pascual de darse de alta como trabajadores de VIAJES MARSANS, S.A., fijándose un salario mensual de 20.555.21 euros, pero percibiendo un adelanto del montante anual total de 360.000 euros (al respecto, la Administración concursal anexa copia de la transferencia de 23 de marzo de 2010). Adelantos de los que, por el contrario, no se beneficiaron los trabajadores de la concursada.

De igual modo cabe valorar la fijación de salarios de los nuevos empleados de POSIBILITUMM BUSINESS, S.L. por 1,5 millones de euros anuales. Y, si con la precedente argumentación cabía entender acreditado el motivo estudiado, otro hecho lo evidencia de una manera indiscutible: que, con fecha de 19 de abril de 2010 y a través del Departamento de Auditoría Interna, se diera la orden de que los ingresos en efectivo procedentes de la venta de servicios dejaran de ingresarse en las cuentas de VIAJES MARSANS, S.A. del BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, para ingresarse en una cuenta a nombre de entidad diversa, MARSANS SHOPPING.

Llegados a este punto, se hace propia la argumentación recogida en la sentencia de 18 de mayo de 2007 del Juzgado de lo mercantil N° 1 de Pamplona cuando afirma: "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. 164.2.5° LC. 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".

Pues bien, basándonos en los razonamientos expuestos hemos de concluir que las operaciones reseñadas y, particularmente, los cambios en la gestión de los ingresos (esto es, que las cantidades obtenidas por la venta de servicios dejaran de ingresarse en las cuentas del BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, para ingresarse en una cuenta a nombre de entidad diversa, MARSANS SHOPPING), conllevaban ineludiblemente graves disfunciones en la tesorería en la línea sostenida por la Administración concursal, plenamente subsumibles en el concepto de salidas patrimoniales fraudulentas, en perjuicio de los acreedores.

SEXTO.- Se procede a estudiar si concurre **la previsión del art. 164.2.6° LECO**, esto es, **actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia**. Con arreglo a las pruebas obrantes en autos, la concursada (Viajes Marsans, S.A.), entre principios de marzo de 2010 y el 31 de julio de 2010 no atendió a las ya numerosas peticiones de devolución y reclamaciones efectuadas por los consumidores, aunque seguía recibiendo anticipos. Tal comportamiento fue común a las entidades que conformaban el

GRUPO MARSANS. A este respecto, debe partirse de la propia evidencia que constituye la lista de acreedores del concurso, o bien los múltiples procesos monitorios que los consumidores plantearon en fecha próxima a la declaración de concurso.

Tales conceptos los cuantifica la Administración concursal, como un total de 3.888 reclamaciones por un montante de 3.662.093,54 euros (ANEXO VIII del Informe de Calificación de la AC); dato a relacionar con la evidencia de que VIAJES MARSANS, S.A. siguiera recogiendo anticipos de clientes, en número de 2.195, cuantificados en el ANEXO XX por un importe de 1.861.881,84 euros; y, por lo que respecta a "los créditos reclamados por clientes vía concurso de acreedores", por un montante de 6.024.651,41 euros, cifra ésta limitada a VIAJES MARSANS, S.A. y que también resulta del ANEXO VIII. Como vemos, una afectación masiva a proveedores y consumidores finales.

A este respecto, si bien el Informe Pericial elaborado por Don Arturo Capatte López defendió en el primer punto de las conclusiones de la página 65: "Queda acreditado que no ha habido sobreseimiento general de pagos a proveedores, sino retrasos en los mismos, no estándose pues, en una situación de insolvencia actual, sino inminente"; lo cierto es que no pueden sino valorarse datos como la elevada lista de procedimientos en curso frente a la concursada al momento del auto de declaración de concurso y que, además de numerados en el informe del art. 75 de la Administración concursal, se evidencian con el reconocimiento de créditos contingentes en el concurso por importe de 19.887.564,81 euros, la antigüedad de las deudas con la Seguridad Social y con Hacienda, que datan de diciembre de 2008 y noviembre de 2009.

Datos que se han de valorar junto con las ya reseñadas peticiones de devolución solicitadas por clientes dejadas de atender ya desde 15 de marzo de 2010, o el impago de alquileres, que, si bien aisladamente arrojarían cifras pequeñas en relación al volumen de negocio de VIAJES MARSANS, S.A., en su conjunto llevan a conclusión contraria a la alcanzada por el Perito.

SÉPTIMO.- Como vemos, se estiman concurrentes los supuestos de hecho previstos en el **art. 164.2.1° LC, art. 164.2.2° LC, art. 164.2.5° LC y Art. 164.2.6° LC**. De ahí que deba estarse a la doctrina del Tribunal Supremo -Sentencias 6 octubre, 17 noviembre 2011, 21 marzo y 20 y 26 abril 2012 - en el sentido de interpretar que concurren "*supuestos legales de culpabilidad del concurso*, con la consecuencia de que...*cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediablemente al calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de insolvencia o producido su agravación* - STS 17 de noviembre de 2011 -. Por lo tanto, y habiéndose ponderado la concurrencia de los reseñados supuestos de hecho, debe calificarse el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. como culpable.

OCTAVO.- No obstante, procede también sopesar las demás causas de culpabilidad alegadas. **En efecto, tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal consideran concurrente el retraso culpable en la solicitud de concurso.**

De entrada, y al hilo de las alegaciones efectuadas por el Sr. Díaz en el acto de la vista, debe recordarse que las dudas sobre la solvencia de la entidad ahora concursada ya fueron detectadas a principio de 2010 por IATA. Así, el Sr. Díaz y su representación sostenían que fue precisamente la retirada de la posibilidad de venta de billetes, de acuerdo al contrato de agencia con IATA, el comienzo de la complicación de la situación económica de MARSANS. Sin embargo, la Administración concursal mantiene lo contrario, que tal retirada fue la consecuencia y no la causa de la misma.

Lo cierto es que el día 10 de febrero de 2010, IATA remitió a VIAJES MARSANS, S.A. una comunicación en la que le requería para la constitución de un aval bancario para que continuara manteniendo su condición de Agente de IATA. Todo ello, partiendo dicha entidad del examen de las cuentas anuales correspondientes a 2009; si bien, la retirada de la licencia fue algunos meses posterior.

Efectivamente IATA y VIAJES MARSANS, S.A. se encontraban ligados por un contrato de agencia. Y, en efecto, en el

punto 2 del mismo "NORMAS, RESOLUCIONES Y DISPOSICIONES INCORPORADAS AL CONTRATO", 2.1.a): Los términos y condiciones que rigen las relaciones entre el Transportista y el Agente se contienen en las resoluciones (y otras disposiciones derivadas de ellas) incluidas en el Manual del Agente de Viajes ("El Manual"), publicado periódicamente bajo la Autoridad del Administrador de Agencias y que forma parte de este contrato" y, en tal Manual, o Edición Resolución 818, Sección 2 constan los "Requisitos de Acreditación y Retención" que contiene la cláusula 2.2.2. (Auto de fecha 3 de mayo de 2010, recaído en el procedimiento de Medidas Cautelares Previas N.º 213/2010, del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid; documento n.º 8 del soporte documental en CD, aportado por la representación del Sr. Pascual). Ciertamente se fijaban unos criterios de solvencia, la exigida por IATA.

No se trata de entender que la apreciación por parte de IATA del incumplimiento de los requisitos de solvencia por ella establecidos fuera determinante de la apreciación de la situación de insolvencia, puesto que no son equiparables al presupuesto exigido por el 2.2 LC, pero resulta revelador que sea IATA quién detectara una situación de insolvencia y que la concursada lo negara.

Como ya se ha expuesto, aún cuando en el Informe Pericial elaborado por Don Arturo Capatte López se haga constar en el Segundo punto de las conclusiones de la Página 96 que "Es evidente que la deuda de las vinculadas con MARSANS jugó un papel coadyuvante, pero nunca determinante. Sin revocación de IATA, se hubiera rehecho la tesorería con la temporada alta, pero con ella no quedó otro camino que el concurso", lo cierto es que el concurso no se solicitó hasta el 9 de junio de 2010 y, lo que es definitivo, únicamente tras sucesivas peticiones de concurso necesario, además de suponer un reconocimiento de la relación causa-efecto entre la salida masiva de tesorería a otras empresas vinculadas y la insolvencia de la concursada.

Por otra parte, si se examina el escrito de oposición de Don Gonzalo Pascual, vemos como en la página 3 se expone: "BANCO SANTANDER, que era la que lideraba el sindicato bancario, puso condiciones mucho más duras que en ejercicios anteriores, exigiendo garantías otorgadas, no

solo por otras empresas vinculadas, sino incluso constituidas con el patrimonio personal" de los administradores y sus esposas, lo que hace surgir la duda del porqué de tales precauciones por parte de la entidad bancaria, si no es precisamente por la detección de la situación de VIAJES MARSANS, S.A.. En tal sentido se ha de valorar la drástica reducción del importe de los préstamos, 35 millones de euros, frente a cifras mucho mayores en precedentes ejercicios, de estar a las alegaciones de tal escrito de oposición y documentación que se aporta.

Pero sin duda hay otros datos relevantes: así, la sucesión de solicitudes de concurso necesario que precedieron a la solicitud de concurso voluntario presentado por Viajes Marsans, S.A. Al respecto, véanse los antecedentes de hecho de la presente resolución (GRIMALDI COMPAGNIA DI NAVIGAZIONE SPA, las mercantiles "ARRECIFE HOTELES, S.L.", "DAMINVEST, S.L.", "HOTELES Y GESTIÓN, S.A.", "HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A.", "LOS ZOCOS, S.L.", RICOH ESPAÑA, S.L.U., EUROPCAR IB, S.A., "FLORAZAR, S.A.", "NEREIDA MEDITERRÁNEA, S.L." y "HOTEL VILLAGADEA ALTEA, S.L.", AVIS ALQUILE UN COCHE, S.A., "APOLO 10, S.L.", "CATALUÑA PLAZA, S.A." "COMERCIAL SOL D'OR 1992, S.L." "COSTA CALMA 10, S.A.", "GRAN PALMERA, C.E.", "HOTEL PALMERAS, S.A.", "HOTELERA ADEJE, S.L.", "HOTELERA MARINA BARCELONA, S.L.", "LANSOL, S.A.", "MANAGEMENT TOURIST MEDITERRANEAN HOTELS, S.A.", "MARESTO, S.A.", "MOREQUE, S.A.U.", "PLAYA BANCA 2000, S.A.", "SURLAGO, S.A.", y "TEIDE 10, S.L.").

Otras circunstancias que deben apreciarse son la constatación de la falta de liquidez de la ahora concursada, junto con el gran número de procedimientos entablados frente a VIAJES MARSANS, S.A. (cerca de 450, de acuerdo con el listado aportado por la propia concursada; pero cerca de 600 en el anexo elaborado por la Administración concursal) o la antigüedad de las deudas con Hacienda o Seguridad Social, etc.

En los escritos de oposición a la calificación del concurso como culpable se apuntó a la escasa entidad de tales deudas. Pero, ha de estarse a la lista de acreedores definitiva, y, por lo tanto, al efecto de la misma desde la perspectiva del art. 97 LC. De forma que, sólo las deudas con AEAT, Diputación Foral de Álava, de Guipúzcoa, Hacienda

Pública de Canarias, Hacienda Tributaria de Navarra o la TGSS alcanzaron la cifra de 30.595.893,53 euros. Y, ciertamente la ingente lista de créditos reconocidos por la Administración concursal y, en concreto, la antigüedad de un significativo importe adeudado a proveedores, impiden acoger las conclusiones de la página 65 del Informe Pericial elaborado por Don Arturo Capatte López: "Queda acreditado que no ha habido sobreseimiento general de pagos a proveedores, sino retrasos en los mismos, no estándose pues, en una situación de insolvencia actual, sino inminente".

Y, por supuesto, procede volver a sopesar, pero desde la óptica de la concurrencia del supuesto previsto en el art. 165.1º LC, la circunstancia de que, a fecha de 28 de febrero de 2009, el grueso del activo de VIAJES MARSANS, S.A. lo constituyera los 189.578.911,50 euros adeudados por TEINVER, S.L. y los 1.725.484,98 euros adeudados por AIR COMET, S.A. Tal dato se ha de relacionar con las cuentas anuales de TEINVER, S.L. del ejercicio 2007/2008, formuladas (extemporáneamente) el 30 de octubre de 2009, y aprobadas el 28 de diciembre de 2009, cuando la aprobación de cuentas de MARSANS se produjo dos días después; como también las cuentas anuales de AIR COMET, S.A.U. correspondientes al ejercicio 2008/2009, formuladas el 29 de octubre de 2009 y aprobadas el 21 de diciembre de 2009, a su vez, 9 días antes de la aprobación de cuentas de MARSANS del ejercicio 2008/2009.

Situación que lleva a idéntica conclusión que la alcanzada por la Administración concursal: "en base a cuanto antecede, se deduce que VIAJES MARSANS, S.A. estaban en causa de disolución, al menos desde las cuentas anuales del ejercicio 2008/2009, e incluso, desde el 31 de diciembre de 2008, fecha en que la mercantil TEINVER, S.L. tenía que haber formulado las cuentas". Luego, no puede por menos que estimarse concurrente el alegado retraso en la solicitud de concurso.

NOVENO.- Finalmente se aduce la concurrencia del supuesto previsto en **el art. 165.2º LC**, por la **falta de colaboración con la Administración concursal**. Además de valorarse que la AC informa de la no aportación de documentos necesarios y cita, entre otros, el contrato de compraventa concluido con

POSSIBILITUM BUSINESS, S.L., lo realmente relevante es la constatación del retraso en la resolución de decenas de contratos de arrendamiento de locales donde se desarrollaba la actividad de VIAJES MARSANS, y a este respecto, no sólo ha de estarse al cuadro elaborado por la AC, sino que la tramitación de un gran número de incidentes concursales de resolución contractual hacen innecesaria mayor argumentación. De similar forma se ha de valorar la actitud de la concursada respecto de la resolución de contratos de servicios informáticos o de las relaciones laborales respecto de las que era empleador la concursada.

DÉCIMO.- Como antes ya se apuntó, en la valoración del alcance de las presunciones del art. 165 LC aplicaremos la doctrina sentada en la STS de veinte de Junio de dos mil doce: "En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre, señalamos que el artículo 165 de la Ley 22/2.003 constituye " una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ". Y en la sentencia 298/2012, de 21 de mayo, que aquella norma contiene la presunción " iuris tantum " de la concurrencia de culpa grave o dolo, no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia".

Pues bien, no puede entrarse a considerar si se ha ocasionado o agravado la insolvencia de la concursada, partiendo de la constatación de la concurrencia de los supuestos previstos en el art. 165. 1º y 2º LC, sin efectuar una serie de consideraciones sobre las causas de la insolvencia de VIAJES MARSANS, S.A.

Así y frente a las causas esgrimidas por la propia concursada tanto en la memoria como en su escrito de oposición como causas originadoras de la insolvencia (entre otras, la caída de ventas por la imposibilidad de emisión de billetes, la pérdida de confianza de los clientes, la imposibilidad de renovar las pólizas y la existencia de una elevada deuda con las entidades financieras..), la Administración concursal entiende que, antes al contrario, tales circunstancias fácticas no son causas de la insolvencia sino hechos que han tenido lugar como consecuencia de la falta de liquidez de la concursada.

A este respecto, ya en el auto de fecha de 11 de noviembre de 2010, se ponderó que resultaba llamativa la falta de liquidez que presentaba la concursada al momento de presentación de la solicitud de concurso, lo que contrastaba con los importantes gastos estructurales de la empresa. Así, la AC concreta su afirmación exponiendo que "este tipo de empresas turísticas tienen la característica de cobrar de sus clientes con anterioridad al pago a sus proveedores. El caso más extremo se produce en las agencias de viajes que cobran, normalmente, el viaje con anterioridad a la realización del mismo, pagándolo al proveedor posteriormente. Esto hace que en determinados periodos del año (temporada alta vacacional) se mantengan altos stocks de tesorería. Por otra parte, en temporada baja vacacional se produce la situación inversa y se tiene que recurrir a créditos financieros. En este sentido, en determinados momentos estas empresas se encontraban por un lado con el efectivo generado por su propia actividad y por otro lado con el efectivo disponible de los créditos bancarios. En el caso concreto del Grupo Marsans en temporada baja se tuvieron que ampliar las cuentas de crédito que ya existían, pues estas ya estaban dispuestas".

En efecto, VIAJES MARSANS vendía como agencia minorista de viajes, servicios propios de tal actividad, billetes de avión, cruceros, viajes combinados, etc. De tales ventas, en efectivo o mediante tarjeta obtenía tesorería inmediata, mientras que los pagos a proveedores o liquidaciones a IATA y otros, se efectuaban en diversos periodos de tiempo, a 30, 60, 90... días. Por otra parte es un modelo de negocio con ingresos estacionales. De ahí la importancia de mantener o conservar la tesorería y de ahí la liquidez de la entidad.

Sin embargo, acaecieron enormes salidas de tesorería, pues como tal cabe calificarse la salida de 189.578.911,50 euros a TEINVER o 1.725.484,98 euros a AIR COMET, formalmente respaldadas con unas garantías que se han demostrado volátiles, junto a numerosas, si bien de menor importe operaciones con otras entidades del grupo, que llevaron a la situación de iliquidez que es el origen de la insolvencia de VIAJES MARSANS.

Hemos de partir de que: a) VIAJES MARSANS, S.A. estaba en causa de disolución, al menos desde las cuentas anuales del ejercicio 2008/2009, e incluso, desde el 31 de diciembre de 2008; b) en esta fecha la mercantil TEINVER, S.L. tenía que haber formulado las cuentas y detectado la insolvencia, y c) la insolvencia en todo caso debería haberse detectado cuando, en efecto, la situación aflora con la decisión de IATA de comunicar a "VIAJES MARSANS, S.A.", "VIAJES CRISOL, S.A.U.", "TIEMPO LIBRE, S.A.U." y "RURAL TOURS VIAJES, S.A.U." (como también respecto de "VIAJES ATENEA, S.A.U.", no declarada en concurso por este Juzgado) la retirada de todos los documentos de tráfico aéreo estándar y las placas de identificación de transportista, además de cortar la posibilidad de emisión de billetes en el mismo acto a todas las oficinas de venta de las mentadas sociedades, todo lo cual desencadena la desconfianza de otros proveedores, por ejemplo navieras, y la desconfianza del público consumidor y conduce a una drástica reducción de las ventas.

Ante todos los hechos expuestos, la concursada no optó por solicitar el concurso a tiempo tras constatar su insolvencia, sino por demorar ésta, bien intentando negociar con alguno de los acreedores (véanse los pagos a ARRECIFE HOTELES, S.L.; DAMINVEST, S.L.; HOTELES Y GESTIÓN, S.A.; HOTEL PRINCESA YAIZA, S.A. Y LOS ZOCOS, S.L., en razón del Acuerdo de pago parcial y reconocimiento de deuda de fecha 9 de junio de 2010, ulteriormente objeto de acción rescisoria); bien oponiéndose, para finalmente solicitar su declaración de concurso voluntario, si bien la demora ya había ocasionado gran alarma social, con un mayor descenso en la facturación que agravó la insolvencia hasta el punto de acaecer la rápida desaparición de la actividad de la concursada.

Las salidas de tesorería y el retraso en la solicitud de declaración de concurso generaron y agravaron la insolvencia de la concursada, con lo que complementándose los preceptos 165 1º y 2º LC, procede igualmente declarar la culpabilidad del concurso.

UNDÉCIMO.- Seguidamente procede aplicar el art. 172.3 LC (actual art. 172 bis). A este respecto, la Sentencia de 6 de octubre de 2011 establece: "Ello sentado, para que pueda

pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que 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 valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento 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, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el *apartado 1 del artículo 164* -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el *apartado 2* del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar la contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...-. Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. Eso es lo que pretenden los recurrentes, a los que se atribuyó la comisión en la contabilidad de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada - *artículo 164, apartado 2, ordinal primero* -, dado que impugnan la condena por no haberse demostrado que esas irregularidades, no obstante su trascendencia a los efectos tenidos en cuenta por el legislador al describir el tipo, hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad. Eficacia que, como se ha dicho, es ajena a aquél»

DUODÉCIMO.- Dando aplicación a dicha norma y en consonancia con lo que ya se razonó en el Auto de fecha 4 de enero de 2011, en la Junta General Extraordinaria y Universal de Accionistas de 16 de noviembre de 2009, se acordó, por unanimidad aceptar las dimisiones presentadas por los siguientes Sres.:

Don Emilio Novela Berlín.

Don José Félix de Rivera García.

S.A.R. Don Juan Carlos de Borbón Dos Sicilias y de Borbón-Infante de España.

Quedando el Consejo de Administración con la siguiente composición:

Presidente: Don Gonzalo Pascual Arias.

Vicepresidente: Inversiones Grudisan, S.L., representada por Don Gerardo Díaz Ferrán.

Vocales: Don Gerardo Díaz Santamaría y Don Ignacio Pascual de Riva.

Asimismo, en la Junta General Extraordinaria y Universal de Accionistas de 21 de diciembre de 2009, se acordó, por unanimidad, aceptar la dimisión de todos los miembros del Consejo de Administración, modificar los artículos 29 y 30 de los Estatutos Sociales referentes al órgano de administración, pasando el mismo a estar compuesto por dos administradores solidarios, por un plazo de cinco años, nombrándose a: Don Gerardo Díaz Ferrán y a Don Gonzalo Pascual Arias.

Asimismo tales datos se obtienen de la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, Don Segismundo Álvarez Royo Villanova, el 11 de enero de 2010, con el número 296 de protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil de Madrid, causando la inscripción 201^a; la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, Don Segismundo Álvarez Royo Villanova, el 11 de enero de 2010, con el número 297 de protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil de Madrid, causando la inscripción 202^a. Como también resulta de la escritura autorizada por el Notario Don Ignacio Manrique Plaza, de Madrid el día 22 de enero de 2010, con el número 627 de protocolo, inscribiéndose en unión de la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, Don Segismundo Álvarez Royo Villanova, el 17 de febrero de 2010, con el número 1977 de protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil de Madrid, causando la inscripción 203^a.

Queda acreditado así que la fecha de formulación de las cuentas anuales fue la de 28 de octubre de 2009, si bien debieron de haberse formulado en mayo; fecha que, al menos

debe considerarse como la fecha de referencia a efectos del conocimiento de la situación de la entidad.

Luego si se ponderan las fechas antes reseñadas con la de formalización de cuentas anuales, no queda duda alguna sobre la atribución de los resultados de tal retraso en presentación de la solicitud de concurso a Don Gerardo Díaz Ferrán y a Don Gonzalo Pascual Arias. Retraso a sumar al ya razonado al explicar la demora en la formulación de las cuentas anuales.

Asimismo y con independencia de la carta que sendos administradores enviaron al resto de administradores de VIAJES MARSANS, S.A. en fecha 18 de noviembre de 2010 (carta ésta aportada por las partes a la Pieza II de Medidas Cautelares del concurso que nos ocupa), no cabe la menor duda tampoco de que ambos, como administradores solidarios de VIAJES MARSANS, S.A., tuvieron participación en la elaboración de un documento preciso para la declaración de concurso, como son las cuentas anuales, que adolecía de grave inexactitud, lo que también se pudo valorar como irregularidad relevante en la contabilidad de la ulteriormente concursada. Asimismo de sendos administradores cabe predicar tanto la argumentada salida fraudulenta de bienes del patrimonio de MARSANS entre junio de 2008 y junio de 2010, como la simulación de una situación patrimonial ficticia, puesto que dichos gestores dirigían la entidad de una manera directa, y, siendo administradores de otras entidades del grupo, eran perfectamente conocedores y responsables de las operaciones intragrupo estudiadas en precedentes fundamentos.

Finalmente y por idéntica argumentación, los dos administradores repetidamente aludidos son responsables del retraso en la solicitud de declaración de concurso, con el resultado que es de ver, dado que, de acuerdo al art. 3 LC eran quiénes ostentaban la competencia para decidir tal presentación. Ni siquiera son ajenos a la falta de colaboración con la AC, por cuanto en ésta se incluye la aportación documental que debió haberse incorporado desde un principio.

Asimismo y respecto de estas dos últimas causas, debe expresarse que la drástica reducción, para llegar a la

desaparición de la actividad de la concursada, ha sido ocasionada por el retraso en la solicitud. Ello también coadyuvó a la ausencia de tesorería o liquidez, ya ponderada previamente.

Identificados de este modo a los responsables, no cabe diferenciar una mayor o menor intervención de uno y otro en las conductas que se les imputan, con lo que cabe establecer una condena conjunta y solidaria de los dos. Así, por ejemplo, la Escritura de Compraventa de VIAJES MARSANS, S.A. de fecha 9 de junio de 2010 fue firmada por Don Gonzalo Pascual, pero la responsabilidad de ambos administradores en la decisión de suscribirla es un hecho irrefutable.

DECIMOTERCERO.- El Ministerio Fiscal y la Administración Concursal coinciden también en entender persona afectada por la calificación a la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L. Ciertamente la adquisición formal de VIAJES MARSANS, S.A. por la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L. se produjo cuando la concursada ya era insolvente.

En POSIBILITUM BUSINESS, S.L. no concurre responsabilidad por causa de las irregularidades contables relevantes antes valoradas, como tampoco por la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de MARSANS entre junio de 2008 y junio de 2010, ya que devienen conductas previas a que la entidad en cuestión se relacionara con VIAJES MARSANS, S.A. (si bien en cuanto a esta segunda causa, se ha de efectuar una matización) e incluso no puede predicarse con seguridad su intervención en la comisión de inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud del concurso, si bien la solicitud de concurso voluntario y la aportación documental del art. 6 LC se efectuó en idéntica fecha que la adquisición por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. de parte de las sociedades del grupo Marsans.

Por el contrario, la causa consistente en la salida fraudulenta de bienes del deudor (ART 164.2.5º) sí que le resulta reprochable, al igual que la conducta consistente en el mantenimiento de la orden de que los ingresos en efectivo procedentes de la venta de servicios dejaran de ingresarse en las cuentas de la concursada, VIAJES MARSANS, S.A. en la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, para ingresarse en una cuenta a nombre de entidad diversa,

MARSANS SHOPPING, conducta ésta que siguió produciéndose tras la fecha de adquisición de la concursada.

Y, por otra parte, no cabe ninguna duda de que le resultan imputables los actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia así como la falta de colaboración con la Administración concursal. Efectivamente, una vez adquirida VIAJES MARSANS, S.A. por la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L., continuaron los actos de disposición patrimonial sabiendo que, como consecuencia de ellos, 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. Basta una somera lectura o repaso del lista de acreedores, en cuanto concierne a los consumidores afectados, para alcanzar la convicción de que lo expuesto también es imputable a POSIBILITUM BUSINESS, S.L.

Asimismo y sin que sea posible traer a colación la instrucción llevada a cabo por la Audiencia Nacional, en procedimiento incoado por denuncia formulada por alguno de los acreedores de VIAJES MARSANS, S.A., ya que no se cuenta con testimonio de las actuaciones, y debe partirse del principio de aportación de parte, lo cierto es que, de las resoluciones públicamente conocidas hasta la fecha, junto con la propia coincidencia de fechas entre adquisición de la concursada y declaración de concurso de ésta, atestiguan la existencia de negociaciones previas entre Don Gerardo Díaz Ferrán, Don Gonzalo Pascual Arias y POSIBILITUM BUSINESS, S.L. y un conocimiento de la situación de la empresa adquirida, que, no obstante siguió, por ejemplo, vendiendo productos, como viajes en cruceros, siendo consciente de la situación real de VIAJES MARSANS, S.A. de la que devino administradora.

En todo caso, e incluso prescindiendo de tal procedimiento penal, un atento examen de la Escritura de "Compraventa de Acciones de la mercantil VIAJES MARSANS, S.A." de fecha 9 de junio de 2010, firmada en Madrid, ante el Notario Don Segismundo Álvarez Royo-Villanova, lleva a idéntica conclusión, puesto que se hacen constar un gran número de reclamaciones frente a VIAJES MARSANS y otras entidades del

mismo grupo y particularmente la referencia 12.973. (Grupo de hoteles Lanzaroteños frente a Viajes Marsans; Concurso de Acreedores, N° 217/2010 del Juzgado de lo Mercantil n. ° 12 de Madrid); lo que viene además avalado por las propias cuentas anuales y su última auditoría practicada, inscritas en el Registro Mercantil, debiendo aflorar todo ello en el curso de las negociaciones entre Don Gerardo Díaz Ferrán, Don Gonzalo Pascual Arias y POSIBILITUM BUSINESS, S.L.

Por otra parte, su conducta también resulta causante de la agravación del estado de insolvencia ya que en la misma ha mediado dolo o culpa grave. A este respecto, siendo ya titular formal del capital social de VIAJES MARSANS, S.A., la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L. su demora o franca negativa a resolver contratos (por ejemplo de arrendamiento de cientos de locales para sucursales con nulo volumen de negocio, o con entidades como AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A. u otras); o el perjuicio ocasionado a los trabajadores por no adoptar las medidas a tiempo, incrementaron la insolvencia, además de suponer falta de colaboración con la AC, unido a la continuidad de conductas como la recepción de anticipos, que en nada se diferenciaron de las decisiones adoptadas por la anterior administración de la concursada. Recuérdese que con fecha de 1 de octubre de 2010 se dictó auto por el que se acordó suspender facultades de administración y disposición a la concursada, siendo ya en dicha fecha POSIBILITUM BUSINESS, S.L. propietario de VIAJES MARSANS, S.A. Tal resolución partió del escrito de fecha 23 de septiembre de 2010, por el que se pedía la adopción de tal medida.

DECIMOCUARTO.- En el presente caso, sostiene la Administración concursal que la responsabilidad de la concursada deberá alcanzar la diferencia entre el desbalance patrimonial real. Ciertamente, dicha responsabilidad podría equivaler al daño ocasionado a los acreedores a consecuencia de la demora en la solicitud del concurso, pero también como consecuencia de las demás causas que, conforme a lo expuesto, se ha afirmado que concurren.

Si con carácter previo a la Reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, esta Juzgadora, en auto de fecha 14 de febrero de 2011 interpretó que: "...Sin embargo,

resta la duda relativa a la coordinación de lo expuesto con la presunción contenida en el art. 165.2º LC, en concreto, "Hubieran incumplido el deber de colaborar con el Juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubieran asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores", puesto que, obviamente la misma acaece con posterioridad a la declaración de concurso, incidiendo en los créditos concursales tal conducta. (...) Por lo tanto, la relación de causalidad entre las omisiones y la generación o agravación de la insolvencia, en fecha posterior a la declaración de concurso, ha de referirse a los créditos contra la masa".

No obstante, tras la Reforma, la expresión "déficit" del art. 172 bis LC únicamente puede interpretarse en el sentido de comprensión de créditos concursales y créditos contra la masa.

Téngase en cuenta que pende la presentación de los Textos Definitivos y que, en todo caso, la condena ha de limitarse a aquella parte del pasivo y de los créditos contra la masa que no sean satisfechos en la liquidación de VIAJES MARSANS, S.A.

Si bien, a efectos meramente ilustrativos, debe recordarse que ya al momento de la presentación del informe provisional en fecha 3 de diciembre de 2010, los créditos contra la masa alcanzaban la cifra de 37.086.113,52 €; mientras que la suma de Créditos con Privilegio Especial (37.631.611,76 €), con Privilegio General (20.742.873,77 €), Créditos Ordinarios (447.089.610,63 €) y subordinados (46.602.790,48 €) alcanzaban la cifra de 552.066.886,64 €; y que el déficit patrimonial calculado en tal momento era de 307.893.632,13 euros.

DECIMOQUINTO.- En consecuencia, como personas afectadas por la calificación, deben señalarse a los administradores de la concursada, Don Gerardo Díaz Ferrán, Don Gonzalo Pascual Arias y la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L., que perderán cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa (artículo 172.2-3º).

En esta materia y con carácter previo a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, ya se había afirmado por la doctrina más

cualificada (J. Machado, El concurso de acreedores culpable, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 288), que "la Ley concursal no determina criterio alguno para la cuantificación de la condena por parte del Juez. En todo caso, no puede negarse que el juez tiene la obligación de determinar y motivar en la medida de lo posible, el contenido de la condena. Consecuentemente, resulta preciso que, en este ámbito, el juez disponga de un criterio razonable tanto para fijar la extensión de la condena como para imputar la responsabilidad. Compartimos la tesis de que el criterio no puede ser otro que el relativo a la conducta individual de cada uno de los administradores...". Criterio que vendría confirmado por la jurisprudencia que emana de las diversas Sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo y particularmente por la Sentencia de 6 de octubre de 2011.

Dicho lo cual, procede individualizar los pronunciamientos de condena de la forma siguiente: en primer lugar, Don Gerardo Díaz Ferrán quedará inhabilitado por un plazo de 15 años, desde la firmeza de la presente resolución, para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por el mismo periodo de tiempo. Y ello por cuanto, como se ha razonado, le son predicables la totalidad de las causas por las que se ha calificado el concurso como culpable.

Por otra parte, el artículo 172.3º de la Ley Concursal disponía 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 dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". Resultando en la actualidad vigente el art. 172 bis LC. En consecuencia, procede condenar también al Sr. Díaz Ferrán a sufragar la totalidad del importe que no perciban sus acreedores en la liquidación de la masa activa, teniendo especialmente en cuenta la extrema gravedad de su conducta, tanto en lo

concerniente a la concatenación de causas, como a los miles de afectados por la insolvencia.

En lo que concierne a Don Gonzalo Pascual, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de la presente resolución se produjo su fallecimiento con posterioridad a la vista de calificación. Ello conlleva la improcedencia de imponer sobre su persona medida personal alguna. En lo que se refiere a su responsabilidad concursal, a la vista de lo actuado en aplicación del art. 16 LEC, resulta que los herederos de Don Gonzalo Pascual, sus hijos y esposa, han renunciado a la herencia.

Aunque en escrito de 24 de enero de 2013, al hilo del recurso de reposición interpuesto frente a la diligencia de ordenación de 10 de enero de 2013, la representación de VIAJES IBEROJET, S.A. y otros, solicitó que se acordara "continuar el procedimiento concursal y la pieza de calificación contra Doña Diana, Don Gonzalo, Don Ignacio y Don José María Pascual de la Riva en calidad de herederos de Don Gonzalo Pascual Arias, aceptantes pura y simplemente de la herencia", invocando haberse cometido infracción del art. 1002 CC y pérdida de la facultad de renunciar a la herencia por ocultación de la misma, la cuestión, cuestión, desde el punto de vista de esta Juzgadora, no puede resolverse en la presente sección de calificación, por dos motivos.

Primero, por cuanto la cuestión de fondo ha sido objeto de acción de reintegración en el seno del Concurso Voluntario N.º 872/2010 del Juzgado de lo Mercantil N.º 9 de Madrid, relativo al concursado Don Gonzalo Pascual, y, por lo tanto, habría de partirse de los efectos de cosa juzgada material de la Sentencia de 17 de octubre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid, en el presente caso (documento n.º 4 de los aportados junto con el escrito de 24 de enero de 2013).

Segundo por cuanto, en su caso, las circunstancias relativas al destino del caudal hereditario del difunto, podrían debatirse en el seno del concurso de una persona física, pero no en la Sección de Viajes Marsans, S.A., habida cuenta del imposible encaje que podría tener una acción declarativa sobre infracción del art. 1002 CC por

realización de actos de ocultación de la herencia, en relación con el art. 8 LC. De hecho tal fue la conclusión alcanzada por el Magistrado del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid en Providencia de fecha 14 de febrero de 2013, dictada en los autos de Concurso Ordinario N.º 872/2010.

Expuesto cuanto antecede, lo cierto es que la renuncia consta, por lo que los pronunciamientos sobre resarcimiento económico han de predicarse respecto de la herencia yacente de Don Gonzalo Pascual. A los efectos de la presente Sección de Calificación, procede atribuir a la renuncia a la herencia de Don Gonzalo Pascual por parte de quienes eran sus herederos, sus hijos y viuda, efectos enervantes de su responsabilidad personal, sin que conste practicado acto procesal alguno del que pudiera derivarse en la presente causa, aceptación tácita de la herencia (cual podría ser, de acuerdo con la interpretación acogida por la SAP de Madrid de fecha 24 de mayo de 2000, que se hubiera contestado de algún modo a la demanda, o, en este caso, a los escritos de calificación culpable). Y aunque quepa lamentar en el plano personal la pérdida del citado Administrador y respetar el duelo de sus familiares y otras personas allegadas, ello no habrá de impedir declarar que la conducta de Don Gonzalo Pascual, desde la detección de la insolvencia, hasta que dejó de tener participación en VIAJES MARSANS, S.A. reviste idéntica extrema gravedad que la conducta del Sr. Díaz. De ahí que también proceda la condena a abonar la integridad del déficit patrimonial, de forma conjunta y solidaria con el Sr. Díaz Ferrán, a la herencia yacente de Don Gonzalo Pascual.

DECIMOSEXTO.- Finalmente queda determinar el grado de participación de la entidad POSIBILITUM BUSINESS, S.L.

Con carácter previo se ha de pasar a considerar la excepción aducida por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. de falta de legitimación pasiva. Tal óbice procesal no es la primera vez que es opuesto por la citada representación, de hecho ya fue objeto de estudio en el auto de fecha 14 de febrero de 2011, recaído en sede de medidas cautelares.

A este respecto, se acepta por las partes y consta documentalmente acreditado que la mercantil POSIBILITUM BUSINESS, S.L. es la propietaria del 100% de las acciones de TEINVER; y TEINVER es la propietaria del 100% de las

acciones de VIAJES MARSANS, S.A. Así, ha de estarse al grupo documental n° 25 de los aportados junto con la solicitud de medidas cautelares I, en concreto, las Notas Simples de las sociedades VIAJES MARSANS, S.A., TEINVER y POSIBILITUMM BUSINESS, S.L. Ahora bien, POSIBILITUMM BUSINESS, S.L, defiende la tesis de que es la mera propietaria del 100% de las participaciones de TEINVER, S.L., negando que sea administradora de la concursada.

La legitimación pasiva de POSSIBILITUM BUSINESS, S.L. deriva sin embargo de su condición de administradora de hecho de VIAJES MARSANS, S.A., atribución que seguidamente pasamos a motivar. En nuestra doctrina mercantil pueden identificarse diversas posturas en lo que se refiere a la conceptualización de la administración de hecho. Un primer sector, que seguiría en este punto la corriente más tradicional, limita la figura del administrador de hecho a aquellos casos en que el cargo de administrador ha caducado o bien es fruto de un nombramiento defectuoso. Incluso algún autor considera que sólo pueden ser considerados administradores de hecho, aquéllos cuya actividad haya sido asumida por los socios. Otros autores y la más reciente jurisprudencia civil identifican al administrador de hecho con aquella persona que, con independencia de que haya sido designada formalmente, desarrolla respecto de la sociedad, y de forma directa, continuada e independiente, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la de administrador de la sociedad formalmente instituido. Un amplio sector, por otra parte, postula un concepto amplio, descartando como elemento interpretativo la identificación con la figura del administrador de derecho, y basando su delimitación en la búsqueda, respecto del sujeto en cuestión, de los elementos constitutivos de la relación de administración para poder concluir la existencia de una relación de este tipo, pero admitiéndose también la posibilidad de que las funciones de gestión y administración se lleven a cabo de manera indirecta a través del ejercicio de una influencia decisiva y constante sobre los administradores de derecho, lo que permitiría incluir en el contorno a la figura del llamado administrador oculto.

De forma que, ante la ausencia de una definición legal sobre la condición de administrador fáctico (al que hacen

expresa referencia el C.P. de 1.995 y también el art. 172 de la Ley Concursal 22/2.003, de 9 de julio) se ha de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para la construcción del concepto. Conforme a esta doctrina, ostenta la condición de administrador de hecho quien participa activamente en la gestión y administración de la sociedad, es decir, en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto social, con autonomía de decisión y de manera continuada. A este respecto, existe una abundante construcción jurisprudencial de la figura, sobre todo en materia de acciones societarias, de forma que puede traerse a colación la STS de fecha 14 de abril de 2009: "El art. 133 LSA EDL 1989/15265 se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los "administradores" (o "miembros del órgano de administración": art. 133.3 LSA EDL 1989/15265). Esta cualidad la ostentan no sólo los nombrados por la Junta General (art. 123.1 LSA EDL 1989/15265), sino también, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (así se prevé expresamente a partir de la Ley 26/2003 EDL 2003/29907 , que modificó, entre otros, el artículo 133.2 LSA EDL 1989/15265), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades o continúan ejerciéndola una vez producido formalmente su cese o sobrevenida la caducidad del nombramiento."

Expuesto cuanto antecede, desde la adquisición de las participaciones de TEINVER, S.L. por POSIBILITUMM BUSSINESS, S.L., se modificó la dirección de la entidad VIAJES MARSANS, S.A. y del grupo que de ésta dependía. De hecho, en precedentes fundamentos se ponderan las nuevas contrataciones habidas, que conllevaron una estructura directiva distinta de la anterior etapa preconcursal, pues debemos recordar la casi coincidencia temporal de la venta de la entidad reseñada y la declaración de concurso de VIAJES MARSANS, S.A.

Desde el primer momento, los interlocutores de la Administración Concursal, por lo que ésta informa, han sido personas contratadas desde o por POSIBILITUMM BUSSINESS, S.L. y desde el primer momento, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12, se evidenció el cambio en tal dirección y

el efectivo control por los nuevos adquirentes de VIAJES MARSANS, S.A. y las empresas de este grupo.

Recordemos que en el informe de la Administración Concursal del art. 75 LC se reseñan reuniones habidas con el Sr. Del Cabo: "5ª REUNIÓN celebrada el 21 de julio de 2010, en el despacho de uno de los Administradores Concursales, en la que se encontraban presentes 3 de los miembros de la Administración Concursal; y por parte de la concursada, el dueño de Possibilitum Business, propietaria de Teinver, Ángel de Cabo, así como el Administrador Mercantil, Iván Losada Castell. 6ª REUNIÓN celebrada el 27 de julio de 2010, en el despacho de uno de los Administradores Concursales, en la que se encontraban presentes 3 de los miembros de la Administración Concursal; y por parte de la concursada, Ángel de Cabo, Iván Losada Castell, el letrado Manuel Bullón y otros.". Además de una ulterior reunión acaecida.

En definitiva, desde el momento en que se adquieren las participaciones de TEINVER, S.L., entra un nuevo equipo directivo en TEINVER, S.L., en VIAJES MARSANS, S.A., en TIEMPO LIBRE, S.A.U., en VIAJES CRISOL, S.A.U. y en RURAL TOURS VIAJES, S.A., en definitiva, en el grupo. Y, tal nueva dirección únicamente tenía en su cúspide a POSIBILITUMM BUSSINESS, S.L. y a su único propietario, el Sr. Del Cabo. Pretender que la administración de VIAJES MARSANS, S.A. y otras únicamente incumbía a TEINVER, S.L. supone obviar la realidad de tal dirección fáctica respecto de todo el entramado expuesto y descrito en el presente procedimiento.

Ciertamente de POSIBILITUMM BUSSINESS, S.L. no son predicables todas las causas por la que el concurso ha sido declarado culpable, pero sí las que se ha razonado que revisten especial gravedad, tanto por su número, como por la incidencia en el daño causado a miles de perjudicados. Por lo tanto, también resulta adecuada a la gravedad extrema de su conducta, tanto por la concatenación de causas, como por los miles de afectados por la insolvencia, la extensión de la inhabilitación al plazo de 15 años.

Si como se ha razonado la insolvencia de VIAJES MARSANS, S.A. data del momento en que debieron haberse formulado las

cuentas anuales de 2009, obviamente tal conducta no es predicable de POSIBILITUM BUSINESS, S.L. Sin embargo, el montante del déficit patrimonial no hubiera sido el que es de haber sido otra la conducta de dicha parte. Por lo tanto, resulta responsable, como poco, del agravamiento de la situación de insolvencia de la concursada.

Hechos objetivos como el retraso en presentar la solicitud del ERE, en resolver los contratos de arrendamiento de los diversos locales o de prestación de servicios, sólo son reprochables a la entidad que adquirió VIAJES MARSANS, S.A., esto es POSIBILITUM BUSINESS, S.L. y, en consecuentica, de la totalidad de los créditos contra la masa generados en el concurso, si bien, en cuanto a éstos, de forma conjunta y solidaria con los Sres. Díaz y Pascual Arias, al resultar imposible cualquier operación de deslinde de responsabilidades.

Resta por ponderar si POSIBILITUM BUSINESS, S.L. en cuanto responsable del agravamiento de la situación de insolvencia, ha de responder en algún porcentaje de los créditos concursales, esto es del pasivo. Y, en efecto, aun constando diversas fechas de generación de los distintos créditos, el impago total de los créditos concursales se encuentra ligado a conductas ejecutadas a partir de la fecha de adquisición de VIAJES MARSANS, S.A. por parte de POSIBILITUM BUSINESS, S.L.: en concreto, las expuestas en el párrafo anterior, pero también la recepción de anticipos, o la orden de que los ingresos en efectivo procedentes de la venta de servicios dejaran de ingresarse en las cuentas de VIAJES MARSANS, S.A. del BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, para ingresarse en una cuenta a nombre de entidad diversa, MARSANS SHOPPING. Todo ello sin obviar que el periodo empleado en "negociar la venta de VIAJES MARSANS, S.A." entre Don Gerardo Díaz Ferrán y Don Gonzalo Pascual Arias y POSIBILITUM BUSINESS, S.L. no se empleó en una solicitud de concurso inmediata.

De ahí que de forma moderada deba estimarse procedente imputar una responsabilidad del 40% a POSIBILITUM BUSINESS, S.L. en la generación del pasivo, por lo que, ha de responder por tal porcentaje, de forma conjunta y solidaria con el Sr. Díez y la herencia yacente de Don Gonzalo Pascual. Habiéndose razonado que le es predicable la

conducta de salida fraudulenta de bienes del deudor, la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, la falta de colaboración con la Administración Concursal y la agravación de la situación de insolvencia, estimamos que la aplicación de ese porcentaje del 40% constituye una moderación adecuada de su responsabilidad, que toma debidamente en consideración su falta de intervención en las demás causas y pondera convenientemente su implicación en la agravación, pero no en la causación de la insolvencia.

DECIMOSEPTIMO.- En cuanto a las costas, dada la remisión que realiza el art. 196.2 LC en materia de costas a la LEC, ha de acogerse plenamente el principio objetivo del vencimiento.

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

FALLO

ESTIMO LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN FORMULADA POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE VIAJES MARSANS, S.A. Y POR EL MINISTERIO FISCAL Y ACUERDO:

1º) **Calificar como CULPABLE el concurso de VIAJES MARSANS, S.A.**

2º) Declaro personas afectadas por la presente calificación a DON GERARDO DÍAZ FERRÁN, LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO PASCUAL ARIAS Y A POSIBILITUM BUSINESS, S.L. en su condición de administradores de VIAJES MARSANS, S.A.

3º) INHABILITO A DON GERARDO DÍAZ FERRÁN Y A POSIBILITUM BUSINESS, S.L. para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de 15 años, desde la firmeza de la presente resolución, en su condición de administradores de VIAJES MARSANS, S.A.

4º) CONDENO a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales de VIAJES MARSANS, S.A. a DON GERARDO DÍAZ FERRÁN, a LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO

PASCUAL ARIAS y a POSIBILITUM BUSINESS, S.L. en su condición de administradores de VIAJES MARSANS, S.A.

5º) CONDENO CONJUNTA Y SOLIDARIAMENTE A DON GERARDO DÍAZ FERRÁN Y A LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO PASCUAL ARIAS a cubrir en su integridad el déficit patrimonial de VIAJES MARSANS, S.A., en aquella parte que no sea satisfecha en la liquidación de VIAJES MARSANS, S.A.; incluyéndose en tal concepto el pasivo y los créditos contra la masa del concurso de VIAJES MARSANS, S.A., de acuerdo con el informe definitivo de la AC.

6º) CONDENO A POSIBILITUM BUSINESS, S.L., de forma conjunta y solidaria con DON GERARDO DÍAZ FERRÁN y con LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO PASCUAL ARIAS, a cubrir el 40% del pasivo y la totalidad de los créditos contra la masa del concurso de VIAJES MARSANS, S.A., de acuerdo al informe definitivo de la AC; en aquella parte que no sea satisfecha en la liquidación de VIAJES MARSANS, S.A.

7º) SE IMPONEN EXPRESAMENTE A VIAJES MARSANS, S.A., A DON GERARDO DÍAZ FERRÁN, a LA HERENCIA YACENTE DE DON GONZALO PASCUAL ARIAS y a POSIBILITUM BUSINESS, S.L. LAS COSTAS DE LA PRESENTE INSTANCIA.

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 DON GERARDO DÍAZ FERRÁN y al legal representante de POSIBILITUM BUSINESS, S.L., 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.

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