

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 10 DE BARCELONA***Sentencia de 16 de septiembre de 2014**Rec. n.º 556/2014***SUMARIO:**

Concurso. Spanair. Calificación. Culpable. Retraso en la presentación de la solicitud de declaración de concurso voluntario. Administradores de hecho. Tasas aeroportuarias: deuda con la AEAT. El concepto de administrador de hecho recoge el concepto de *dirigeant de fait* del Derecho francés, *amministratore di fatto* del Derecho italiano o *shadow director* del Derecho inglés y puede definirse como aquel que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido. Y ello es evidente cuando suscribe, por ejemplo, compromisos de pago. El Tribunal Supremo recoge la posible responsabilidad concursal del administrador de hecho, a los efectos de imputarle la calificación de culpabilidad del concurso. Por lo tanto, cabe la imputación de la calificación de culpabilidad tanto de los administradores de derecho como de los de hecho, incluso, aunque la misma persona tenga esa doble condición, pues puede ocurrir que coincidan en esa misma persona las cualidades de administrador de hecho y, durante un tiempo, de administrador de derecho. Para la imputación del retraso culpable a los administradores de la sociedad debe acreditarse no solamente que se incumplió el deber de solicitar el concurso en el plazo indicado por el Artículo 5.1 de la Ley Concursal, sino también la actuación dolosa o gravemente culposa de dichos administradores en la generación o agravación de la insolvencia. La jurisprudencia interpretativa de esta causa ha evolucionado hasta establecer que la misma supone una suerte de responsabilidad objetiva por deudas, sin necesidad de acreditar nexo causal entre conducta y daño, teniendo los demandados la carga de probar que su actuación no ha agravado la insolvencia. Sería una norma de imputación de riesgos respecto de la cual los administradores deben acreditar que su actuación ha sido diligente para evitar dicha generación o agravación, todo ello sin perjuicio de las disquisiciones que puedan hacerse sobre la constitucionalidad o no del artículo 165 de la Ley, que no constituyen cuestión controvertida en la presente sección ni tampoco son merecedoras del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Juzgador.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 2, 5, 163, 164, 165, 168, 172 y 172 bis.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 362, 363 y 365.

PONENTE:

Don Juan Manuel De Castro Aragónés.

JUZGADO MERCANTIL NUMERO DIEZ BARCELONA

Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edificio C, 13ª Procedimiento: INCIDENTE
CONCURSAL 556/2014 - A

(Concurso Voluntario 70/2012- A)



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En Barcelona, a dieciséis de septiembre de dos mil catorce

VISTOS por el Ilmo. Sr. DON JUAN MANUEL DE CASTRO ARAGONES, Magistrado

Juez del Juzgado Mercantil número DIEZ de Barcelona, el Incidente Concursal 556/2014, dentro de la Sección Sexta de Calificación del Concurso Voluntario 70/2012 entre

Demandantes.-

ADMINISTRACION CONCURSAL, GRUPO GISPERT ABOGADOS Y ECONOMISTAS, S.L.P., representada por don Antonio Batlle Moreno y asistida por el Letrado don Juan Bosco de Gispert Segura, y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIOS, S.L., representada y asistida por el Letrado don Julio Ichaso Urrea

MINISTERIO FISCAL

Acreedores personados.-

SAS AB (PUBL), representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio M^a de Anzizu Furest y asistida por el Letrado don Pablo Martínez Llorente

AMADEUS IT GROUP, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio López Chocarro y asistida por las Letradas doña Natalia Gómez Bernardo y doña Teresa Gutiérrez Chacón

NEWREST GROUP HOLDING, S.L., AIR CUP, S.L., NEWREST SERVAIR, S.L. y AIRSHOP SOLUTIONS ESPAÑA, S.L., representadas por el Procurador de los Tribunales don Angel Quemada Cuatrecasas y asistidas por el Letrado don José Mena Aguado

IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A.O., SU, representada por el Procurador de los Tribunales don Angel Quemada Cuatrecasas y asistida por el Letrado don Luis Boyer Navarro

VIAJES EROSKI, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ivo Ranera Cahís y asistida por la Letrada doña M^a Victoria Martín de Lara

DON Leoncio y CINCUENTA Y SEIS (56) PERSONAS FISICAS MAS, representadas por el Procurador de los Tribunales don Ricard Simó Pascual y asistidas por los Letrados don Pedro Mulet Mas y don Pedro Morell Pou

SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS (STAVLA), representado por el Procurador de los Tribunales don Marcel Miquel Fageda y asistido por el Letrado don Jorge Aparicio Amrbán

DOÑA Delia y CIENTO SEIS (106) TRABAJADORES MAS DE LA CONCURSADA, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Guasch Sastre y asistidos por la Letrada doña Asunción Carrillo Navarro

NUMERO INDETERMINADO DE TRABAJADORES DE LA CONCURSADA SIN IDENTIFICAR, representados por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio Gramunt Suárez

CONFEDERACION NACIONAL DEL TRABAJO (CNT), representada por el Procurador de los Tribunales don Jordi Enric Ribas Ferré y asistida por el Letrado don Héctor Mata Diestro



www.civil-mercantil.com

VIAJES BARCELO, S.L., VIAJES INTEROPA, S.L., BARCELO GESTION HOTELERA, S.L. y BARCELO CONDAL HOTELES, S.L., representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Suñé Ollé y asistidas por el Letrado don Carlos del Castillo Blanco

DON Jesús Manuel y DOCE (12) PERSONAS FISICAS MAS, representadas por el Procurador de los Tribunales don Carlos Ram de Viu de Sivatte y asistidas por la Letrada doña Ana Groizard Cardosa

DON Borja , CIENTO TREINTA Y CINCO (135) PERSONAS FISICAS MAS, PACTA INVERSIONES, S.A., ROVINCA XXI, S.L. y AIRCINKS SOLUTIONS BARCELONA, S.L., representadas por el Procurador de los Tribunales don José Carlos Peñalver Garcerán y asistidas por los Letrados don Pedro Antonio Ventanyol Monreal

DON Germán y CIENTO SEIS (106) PERSONAS FISICAS MAS, representadas por el Procurador de los Tribunales don José Carlos Peñalver Garcerán y asistidas por el Letrado don Pedro Antonio Ventanyol Monreal

Demandados.-

SPANAIR, S.A. (en adelante, también "SPANAIR" o "la concursada"), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Neus Riudavets Vilà y asistida por los Letrados don Miguel Angel Alonso Latorre y don Tomás Nart Mampel

DON Rodrigo y DON Jesús Carlos , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Adriana Flores Romeu y asistidos por los Letrados don Jordi Albiol Plans y don Ignacio Benejam Peretó

FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA (en adelante, "FIRA"), representada por el Procurador de los Tribunales don Jesús Bley Gil y asistida por el Letrado don Enrique Grande Bustos

DON Celestino , DON Gervasio y DON Modesto , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Neus Bascuñana Mas y asistidos por el Letrado don Josep Ensesa Viñas

INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A. (en adelante, "ITICSA") y DON Luis Antonio , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Neus Bascuñana Mas y asistidos por la Letrada doña M^a Teresa Cuberta Llobet

DON Cesar , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Marta Pradera Rivero y asistida por el Letrado don Antonio Carreño León

CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION (en adelante, "CATALANA"), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Luisa López Calza y asistida por el Letrado don José Juan Andújar Santos

DON Imanol , representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio M^a de Anzizu Furest y asistido por el Letrado don Raimon Tagliavini Sansa

DON Rodolfo , representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio M^a de Anzizu Furest y asistido por el Letrado don Pablo Martínez Llorente

EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA (en adelante, "AVANÇSA"), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Cararach Gomar y asistida por el Letrado don Daniel Irigoyen Fujiwara

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Declarado el concurso voluntario 70/2012 por Auto de 1 de febrero de 2012 y abierta la presente Sección Sexta de calificación por Auto de 23 de septiembre de 2013, se mandó en dicha resolución conceder el plazo previsto en el Artículo 168 de la Ley Concursal para que



www.civil-mercantil.com

cualquier acreedor o persona con interés legítimo alegara lo que tuviera por conveniente sobre cualquier hecho relevante para la calificación del concurso como culpable, presentando escritos los acreedores que han quedado relacionados en el encabezamiento, si bien algunos de ellos lo fueron a los meros efectos de comparecer en la Sección, realizando alegaciones de culpabilidad las representaciones procesales de VIAJES EROSKI, S.A., de DON Leoncio y CINCUENTA Y SEIS (56) PERSONAS FISICAS MAS, del SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS (STAVLA), de DOÑA Delia y CIENTO SEIS (106) TRABAJADORES MAS DE LA CONCURSADA, de TRABAJADORES DE LA CONCURSADA SIN IDENTIFICAR, de la CONFEDERACION NACIONAL DEL TRABAJO (CNT), de VIAJES BARCELO, S.L., VIAJES INTEROPA, S.L., BARCELO GESTION HOTELERA, S.L. y BARCELO CONDAL HOTELES, S.L., de DON Jesús Manuel y DOCE (12) PERSONAS FISICAS MAS y de DON Borja , CUARENTA Y CUATRO (44) PERSONAS FISICAS MAS, PACTA INVERSIONES, S.A., ROVINCA XXI, S.L. y AIRCINKS SOLUTIONS BARCELONA, S.L., a través de los respectivos escritos que constan en autos.

Segundo.

Tras el trámite precedente, en Providencia de 8 de enero de 2014 se concedió a la administración concursal el plazo de quince (15) días para que presentase informe razonado y documentado sobre la calificación del concurso, lo cual hizo en escrito presentado el 7 de febrero de 2014, proponiendo se calificara el concurso como culpable, identificando a las personas afectadas por la calificación, los miembros del Consejo de Administración de la concursada DON Rodrigo , DON Jesús Carlos , FIRA, DON Celestino , DON Gervasio , DON Modesto , INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A., DON Cesar , CATALANA, DON Imanol y DON Rodolfo , por considerar que los motivos de culpabilidad alegados han tenido efecto en la agravación de la insolvencia, con inhabilitación por un período de dos (2) años, pérdida de sus derechos concursales y condena solidaria al pago de 72.184.107,63 Euros, salvo para DON Rodolfo , para el cual se solicita una condena de 6.041.709,69 Euros.

Tercero.

En Diligencia de Ordenación de 9 de febrero de 2014 se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó su dictamen el 12 de marzo de 2014, en el cual igualmente calificó el concurso como culpable, solicitando los mismos importes de condena propuestos por la administración concursal, si bien ampliando la petición de condena, en cuanto a las personas afectadas por la calificación, a DON Luis Antonio y a la entidad pública AVANÇSA.

Cuarto.

Tras una serie de vicisitudes procesales, y habiendo comparecido debidamente todas las personas afectadas por la calificación sin necesidad de previo emplazamiento, salvo en el caso de AVANÇSA, en Providencia de 5 de junio de 2014 se dio traslado por diez días a la concursada y a dichas personas afectadas del informe de la administración concursal y del dictamen del Ministerio Fiscal para manifestaciones y alegaciones.

Quinto.

En distintos escritos, presentados todos ellos el 25 de junio de 2014, tanto la concursada como las personas afectadas por la calificación presentaron alegaciones y



www.civil-mercantil.com

manifestaciones en las que se oponían a la propuesta de calificación de culpabilidad, solicitando se declarase el concurso como fortuito.

Sexto.

Por Providencia de 30 de junio de 2014 se admitieron todos los escritos de oposición, se analizó y admitió la prueba que se consideró procedente y se señaló para la celebración de la vista el 8, 9 y 10 de julio de 2014, en tres (3) sesiones, con habilitación de horario de mañana y tarde, a las 10.00 horas de su mañana cada uno de los días, con previo traslado de preguntas escritas a dos de las personas cuyo testimonio fue admitido.

Séptimo.

En las fechas y horas señaladas se celebraron las distintas sesiones del juicio, con resolución de cuestiones previas y con la práctica de las pruebas admitidas, al final de las cuales las partes formularon sus conclusiones, según todo ello consta en el soporte audiovisual.

Octavo.

El 15 de julio de 2014 se recibió de la entidad AENA Aeropuertos, S.A. respuesta a un oficio remitido por este Juzgado, de acuerdo con una de las pruebas propuestas por la representación procesal de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos, en relación con la certificación de su crédito frente a SPANAIR, S.A.

Noveno.

De dicha respuesta se dio traslado a las partes en Providencia de 17 de julio de 2014 por tres (3) días para su valoración, presentando escritas diversas partes, por lo que por Providencias de 30 de julio y 15 de septiembre de 2014 quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

Décimo.

En la tramitación de la presente Sección se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *De la calificación del concurso como culpable.*

1. El Artículo 164 de la Ley Concursal dispone, en su apartado primero, 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". El apartado segundo, por su parte, establece una serie de supuestos cuya concurrencia determinará, en todo caso - presunciones iuris et de iure -, que el concurso se declare como culpable, en tanto que el Artículo 165 de la misma Ley contempla conductas



www.civil-mercantil.com

que permiten presumir, salvo prueba en contrario - presunciones iuris tantum -, la existencia de dolo o culpa grave.

2. Fuera de tales casos, el concurso, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 163 de la Ley Concursal, deberá ser calificado como fortuito. Por otro lado, el Artículo 172 de la Ley regula el contenido de la sentencia de calificación. Además de la calificación del concurso como fortuito o como culpable, con indicación de las personas afectadas por la calificación, el Artículo 172.2º prevé como sanciones accesorias la inhabilitación del deudor o de los administradores para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona por un período de dos a quince años, y "la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados".

3. Finalmente, de acuerdo con el Artículo 172 bis de la Ley Concursal, recientemente reformado de forma parcial por el Real Decreto-ley 4/2014, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, "el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit en la medida en que hubieran causado la insolvencia".

Segundo. Argumentos de los acreedores personados.

4. Como se ha explicado en los Antecedentes de Hecho, diversos acreedores de la concursada presentaron escritos al amparo del Artículo 168 de la Ley Concursal, en los cuales no solamente se personaron en la Sección, sino que realizaron alegaciones sobre la calificación del concurso como culpable. A continuación se exponen sucintamente los argumentos de los acreedores que presentaron alegaciones y manifestaciones para la calificación del concurso como culpable.

5. VIAJES EROSKI, S.A., en escrito presentado el 29 de octubre de 2014, alega el incumplimiento por la concursada de los Artículos 362, 363.1.e) y 365 de la Ley de Sociedades de Capital, al haber estado la compañía en resultados negativos desde el ejercicio 2009 - 116.866 miles de Euros - hasta el ejercicio 2011 - 344.272 miles de Euros - de forma permanente e incrementando anualmente esos resultados negativos, según es de ver en el informe mercantil y en las cuentas anuales de la sociedad, que aporta (Documentos nos 1 al 4 del escrito). Estando en situación de pérdida acumuladas, SPANAIR suscribió con este acreedor un acuerdo de colaboración comercial, que ha provocado una deuda de 17.584 Euros, que han sido reconocidos por la administración concursal en su informe (Documentos nos 5 y 6 del escrito). Por ello, considera que el concurso debe ser calificado como culpable.

6. La representación procesal de DON Leoncio y CINCUENTA Y SEIS (56) PERSONAS FISICAS MAS, en escrito presentado el 28 de octubre de 2013, solicita igualmente la calificación del concurso como culpable, con base en la existencia de irregularidades contables - Artículos 164.1 y 164.2.1º de la Ley Concursal -, que, según esta parte, se centran en la existencia de pérdidas acumuladas que situaban a SPANAIR, ya desde el ejercicio 2009, en situación de disolución obligatoria, con necesidad de un aumento de capital de unos 50



www.civil-mercantil.com

millones de Euros, combinado con el reconocimiento de un activo de unos 28 millones de Euros por créditos fiscales a compensar en ejercicios futuros, que para esta parte no eran reales y estaban incorrectamente contabilizados, con lo que no se reflejaba en las cuentas anuales la imagen fiel de la situación patrimonial de la compañía, al existir un activo ficticio. Con repaso de los siguientes ejercicios, 2010 y 2011, esta parte concluye que el concurso debe calificarse como culpable, con inhabilitación máxima para los administradores y petición de condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, señalando que debe igualmente tenerse como cómplice de la culpabilidad a la auditora Deloitte, S.L., que avalaba con sus informes estas irregularidades. Aparte de la existencia de esas irregularidades, consideran que el concurso de SPANAIR debe calificarse como culpable por la causa establecida en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal, es decir, por haberse retrasado en la solicitud de concurso, por la existencia de un fondo de maniobra negativo desde, al menos, diciembre de 2009, con sobreseimiento general de las obligaciones exigibles de deudas de la TGSS, AENA y acreedores ordinarios, pudiendo fijarse la fecha de la insolvencia durante el ejercicio 2010. Como personas afectadas por la calificación de culpabilidad incluyen a los miembros del Consejo de Administración y al Director General de la compañía, así como que se declare cómplice a la auditora Deloitte, S.L., con condena a la inhabilitación máxima que permite la Ley Concursal.

7. La representación procesal de DOÑA Delia y CIENTO SEIS (106) TRABAJADORES MAS DE LA CONCURSADA, en escrito presentado el 29 de octubre de 2013, consideran que el concurso debe calificarse como culpable por incumplimiento del Artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, al haber incumplido la concursada el plazo fijado en dicho Artículo sin haber instado la disolución o presentado el concurso, todo ello como consecuencia de las pérdidas acumuladas por la sociedad desde el ejercicio 2009.

8. La representación procesal de un NUMERO INDETERMINADO DE TRABAJADORES DE LA CONCURSADA SIN IDENTIFICAR, en escrito presentado el 29 de octubre de 2013, también entienden que el concurso debe ser calificado como culpable, relatando en primer lugar que los socios de la compañía son sociedades públicas de la Generalitat de Catalunya y del Ayuntamiento de Barcelona, que aportaron capital y crearon un artificio para poder eludir las disposiciones europeas relativas al otorgamiento de préstamos y ayudas públicas.

Considera esta parte que la insolvencia se debe a una infracapitalización de la sociedad, por existir desproporción entre el capital social y el objeto social, entre el capital social y el volumen de negocio y entre el capital suscrito y desembolsado y el riesgo empresarial. Entienden que existe una evidente relación o nexo de causalidad entre el daño causado y la conducta realizada para concluir que se simuló una situación patrimonial ficticia, causa prevista en el Artículo 164.1.6º de la Ley Concursal, por la existencia de fondos propios negativos que determinaban que la sociedad estaba incurso en causa de disolución, con un fondo de maniobra negativo, por lo que esa insolvencia debe ser calificada como culpable.

9. El sindicato CONFEDERACION NACIONAL DEL TRABAJO (en adelante, "CNT"), en escrito presentado el 29 de octubre de 2013, entiende que existe culpabilidad del concurso por la existencia de pérdidas acumuladas desde el ejercicio 2009, por existir una deuda de unos 80 millones de Euros en el ejercicio 2011 y por la existencia de un fondo de maniobra negativo, lo que determina una insolvencia culpable con base en la causa prevista en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal, siendo responsables los miembros del Consejo de Administración y el Director General.



www.civil-mercantil.com

10. VIAJES BARCELO, S.L., VIAJES INTEROPA, S.L., BARCELO GESTION HOTELERA, S.L. y BARCELO CONDAL HOTELES, S.L., en escrito presentado el 29 de octubre de 2013, entienden igualmente que el concurso debe ser declarado culpable como consecuencia de las pérdidas generadas desde el ejercicio 2009, debiendo haber sido solicitado mucho antes, con incumplimiento del deber de solicitarlo previsto en la Ley Concursal.

11. DON Jesús Manuel y DOCE (12) PERSONAS FISICAS MAS, en escrito presentado el 25 de octubre de 2013, consideran que el concurso debe calificarse como culpable por las causas previstas en los Artículos 164.1 , 164.2.1 ° y 165.1° de la Ley Concursal . En cuanto a las irregularidades contables, manifiesta esta parte que la constante activación de créditos fiscales (bases imponibles negativas) entre los ejercicios 2008 y 2011 supusieron un artificio contable para generar una imagen ficticia de solvencia, que creó una incertidumbre en los terceros, a lo que hay que sumar la existencia de pérdidas acumuladas constantes y cada vez mayores desde el 31 de diciembre de 2009 hasta el 30 de junio de 2011, con infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptadas. Todo ello con el objetivo de ocultar un déficit patrimonial de unos 520 millones de Euros. En cuanto al retraso en la solicitud de concurso, esta parte manifiesta que debió solicitarse el concurso en febrero de 2010, lo cual no se hizo. De todo ello, considera que existe dolo o culpa grave en la actuación de todos los miembros del Consejo de Administración de la compañía y del Director General de la misma, respecto de los que se pide su inhabilitación por diez (10) años y la condena a pagar el 100% del déficit patrimonial provocado.

12. La representación procesal de DON Borja , CIENTO TREINTA Y CINCO (135) PERSONAS FISICAS MAS, PACTA INVERSIONES, S.A., ROVINCA XXI, S.L., AIRCINKS SOLUTIONS BARCELONA, S.L. y DON Germán , así como la de CIENTO SEIS (106) PERSONAS FISICAS MAS, en sendos escritos iguales presentados el 14 de octubre y el 11 de noviembre de 2013, respectivamente, consideran que el concurso debe declararse culpable por las causas previstas en los Artículos 164.1 , 164.2.1 °, 164.2.2 °, 165.1 ° y 165.3° de la Ley Concursal . En cuanto a las irregularidades contables, consideran estas partes que la activación de los créditos fiscales supone una irregularidad contable que no permite a los terceros conocer la verdadera situación financiera de la sociedad. Dicha activación fue creciendo y pasó de 29 millones de Euros en 2009 a 73,5 millones de Euros en 2011, lo cual presupone, según estas partes, una irregularidad contable que impide una comprensión cabal de la situación financiera de la concursada, ya que la activación de bases imponibles negativas en entornos de pérdidas constantes no es admisible, según la Norma de Valoración 16 del Plan General de Contabilidad. Adicionalmente, manifiestan que existía un cumplimiento irregular de obligaciones exigibles y un número cada vez mayor de fondos propios negativos, lo cual hacía que se disimulara la situación financiera de la sociedad porque se activaban créditos fiscales, de forma indebida, todo ello con dolo o culpa grave de los administradores. Enlazando con ello, alegan retraso en la presentación del concurso, por cuanto la sociedad incumplía regularmente sus obligaciones exigibles, existiendo un fondo de maniobra negativo en 2011 de unos 163 millones de Euros, derivado de la existencia de un activo circulante de 89 millones de Euros y un pasivo circulante de 252 millones de Euros, con existencia de muchas reclamaciones judiciales pendientes y de deudas vencidas e impagadas con AENA, la TGSS y la AEAT. La situación de insolvencia no fue transitoria, sino que aumentó a lo largo del tiempo. Por otro lado, denuncian error en la activación de créditos fiscales e inexactitudes de datos entre la memoria presentada por la sociedad con la solicitud de concurso y la verdadera situación



www.civil-mercantil.com

financiera de la concursada. Por último, consideran que también se da la causa del Artículo 165.3º de la Ley Concursal, al haber depositado fuera de plazo las cuentas anuales de los ejercicios 2009 y 2010 y no constar depositadas las de 2011. Con todo ello, solicitan la condena de los miembros del Consejo de Administración y del Director General a inhabilitación por ocho (8) años y a pagar el 100% del déficit concursal, señalando como cómplices de la culpabilidad a la Generalitat de Catalunya, la entidad IEASA, el Ayuntamiento de Barcelona, FIRA, las sociedades públicas CIMALSA, AVANÇSA y CATALANA, el Consorcio Turístico de Barcelona y la compañía aérea SAS.

13. Sin perjuicio de todo ello, es necesario significar que aun cuando el Artículo 168 de la Ley Concursal otorga a los acreedores la condición de parte en la sección de calificación para poner de manifiesto las circunstancias que entiendan deben suponer la calificación del concurso como culpable, es el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal el que debe determinar esas causas y son esas causas las que deben ser analizadas en la sentencia de calificación, pues es el informe de la administración concursal el que debe ser calificado como una "demanda" que inicia el incidente, y ello a pesar de que la Ley Concursal hable de informe razonado y documentado. Esa demanda, que es la verdadera iniciadora de la sección, es la que determina las cuestiones que, según se argumenten, deberán ser analizadas en la sentencia de calificación y no otras que puedan haber manifestado los acreedores, si fueran distintas, porque esa condición de parte no les convierte en demandantes, sino solamente en coadyuvantes.

14. Por ello, en la presente sentencia se proceden a analizar las causas alegadas por la administración concursal en su demanda, así como las indicadas por el Ministerio Fiscal en su dictamen, coincidan o no con las puestas de manifiesto por los acreedores comparecidos en su momento, según se han relatado, todo ello de acuerdo con la interpretación que debe darse al Artículo 168 de la Ley Concursal, refrendada por jurisprudencia unánime y uniforme de nuestros Tribunales.

Tercero. Argumentos de la administración concursal.

15. Debe entrarse, pues, a analizar, en primer lugar, el informe razonado y documentado presentado por la administración concursal el 7 de febrero de 2014, en el cual se solicita la calificación del concurso como culpable y se señalan como personas afectadas por la calificación a los once (11) miembros del Consejo de Administración de SPANAIR, formado por personas físicas y personas jurídicas.

16. El informe de calificación elaborado por la administración concursal se estructura de tal forma que analiza las posibles causas de culpabilidad del concurso, realizando un exhaustivo análisis de aquellas causas que considera pueden concurrir en la culpabilidad del concurso y que, para la administración concursal, serían dos: el retraso en la presentación de la solicitud del concurso, prevista en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal, y la existencia de irregularidad contable relevante por la activación de las Bases Imponibles Negativas o créditos fiscales (en adelante, "BIN'S"), prevista en el Artículo 164.2.1º de la misma Ley, todo ello puesto en relación con la causa general de dolo o culpa grave regulada en el Artículo 164.1 de la Ley Concursal, si bien, como se verá a continuación, queda descartada en la misma demanda la segunda de ellas.

A) Existencia de retraso culpable en la presentación de la solicitud de concurso



www.civil-mercantil.com

- Artículo 165.1º en relación con el Artículo 164.1 de la Ley Concursal -

17. Enlazando con la causa de culpabilidad general del Artículo 164.1 de la Ley Concursal, la administración concursal considera que los miembros del Consejo de Administración de la concursada tuvieron conocimiento de la situación de insolvencia de SPANAIR con mucha antelación al plazo de dos (2) meses que señala el Artículo 5.1 de la Ley Concursal, por lo que existió un retraso culpable en la presentación de la solicitud de concurso.

18. Para fundamentar esta afirmación, comienza la administración concursal por el análisis del momento en que, según sus argumentos, se produce la situación de insolvencia de la concursada, combinando la regulación contenida en los Artículos 5 y 2.2 de la Ley Concursal, con las presunciones de insolvencia previstas en el Artículo 2.4 de la misma Ley para el concurso necesario, pues considera que el conocimiento de la situación de insolvencia, según el Artículo 5.2 de la Ley Concursal se produce cuando el deudor conoce que han acaecido algunas de las presunciones del referido Artículo 2.4 de la Ley. De esta manera, con base en la fecha de solicitud de concurso - 30 de enero de 2012 - y considerando dos y tres meses antes de dicha fecha - 30 de noviembre y 30 de octubre de 2011 -, la administración concursal procede a realizar un análisis de la actividad de la concursada para fijar la fecha de conocimiento de la insolvencia, esto es, del momento de sobreseimiento general de pagos y, una vez determinada, si la concursada incumple el plazo fijado en el Artículo 5.1 de la Ley y si durante ese retraso se produjo un agravamiento de esa insolvencia.

19. A través de un análisis y repaso previo de las últimas resoluciones judiciales que en materia de retraso ha dictado tanto la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona como otras Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, la administración concursal concluye que, en este punto, no es necesario acreditar nexo causal entre conducta y daño. Realiza el informe una clara distinción entre retraso culpable y obligación de disolución, ya que, como ha señalado la jurisprudencia, la situación de una sociedad en causa de disolución no supone necesariamente que exista una situación de insolvencia, debiendo distinguirse claramente ambos conceptos.

20. A continuación, y a partir de las magnitudes que la propia jurisprudencia tiene en cuenta para determinar el momento del nacimiento de la situación de insolvencia - pasivo exigible, fondo de maniobra, fondos propios, pérdidas, gastos, deuda concursal -, que llevan al análisis de ratios, la administración concursal aplica dichas magnitudes en SPANAIR, de acuerdo con los datos contables que ha podido estudiar de los ejercicios 2010 y 2011 - cuentas anuales y estados financieros intermedios - y con el propio informe de la administración concursal y los textos definitivos, así como las comunicaciones de créditos recibidas (Documentos nos 1 al 8 de la demanda). Considerando la deuda vencida con anterioridad a la declaración de concurso, la administración concursal señala que mientras que a finales de 2010 la misma, acumulada, era de 25.305.058,13 Euros, a finales de 2011 era de 69.519.196,98 Euros, también acumulada, llegando a los 479.452.728,79 Euros que se incluyen como deuda o pasivo concursal en los textos definitivos.

21. Dentro de la deuda de la concursada, la administración concursal analiza de forma específica la deuda existente con la sociedad AENA Aeropuertos, S.A. (en adelante, "AENA"), que se refiere al pago de las llamadas tasas aeroportuarias. Dicha deuda ha ido en aumento desde agosto de 2010 hasta llegar a los 56.959.000 Euros en diciembre de 2011, siendo



www.civil-mercantil.com

finalmente reconocida en textos definitivos como deuda la cantidad de 59.593.303,20 Euros, de tal manera que ante el impago de esas tasas desde julio-agosto de 2010, la concursada solicitó a la AEAT, encargada de la recaudación de las referidas tasas, sucesivos aplazamientos de parte de las liquidaciones que le fueron comunicadas, denegando la AEAT dichos aplazamientos, con lo que la concursada recurría de forma sistemática dicha denegación en vía administrativa, solicitando como medida cautelar la suspensión del acto administrativo de denegación.

22. Dentro de la deuda con AENA/AEAT, distingue la administración concursal cuatro períodos o paquetes diferentes:

i. El primero, julio-agosto de 2010, por un total de 12.486.825,25 Euros, incluidos recargos de apremio, posteriormente compensados con un IVA a devolver, lo cual convierte la deuda en unos 7,8 millones de Euros, respecto del cual se solicita aplazamiento y se recurren los recargos de apremio. La concursada solicita en octubre y diciembre de 2010 el aplazamiento de la deuda principal por "situación transitoria de ausencia de liquidez", con compromiso de aportar hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles, añadiendo posteriormente en la solicitud de aplazamiento el importe de los recargos, concediéndose el aplazamiento por resolución de 23 de noviembre de 2011, condicionado a la constitución de hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR, que no llegó a formalizarse, siendo la deuda final, compensado el IVA, de 7.786.363,49 Euros. Respecto de los recargos, se interpuso reclamación económico-administrativa, finalmente desestimada por el TEAC y sobre la que está pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo

ii. El segundo, septiembre-octubre de 2010, cuyo principal adeudado asciende a 15.547.034,28 Euros. Se solicitó por la sociedad concursada aplazamiento de pago, que fue denegado, recurriendo la concursada, estando pendiente de resolución dicho recurso en la vía económico-administrativa. Igualmente, se giraron recargos de apremio sobre la deuda principal, que también fueron recurridos, estimándose el recurso y anulándose los apremios, así como se solicitó la suspensión del acto administrativo de denegación del aplazamiento, desestimando el recurso el TEAC el 10 de mayo de 2012, sin que haya habido más recursos

iii. El tercero, diciembre de 2010-enero de 2011, por un total de 14.416.059,56 Euros, respecto del cual también se solicitó aplazamiento con ofrecimiento de hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR, denegándose el aplazamiento el 11 de marzo de 2011. Sobre dicha denegación se recurrió en vía económico-administrativa, sin que haya recaído aún resolución. Igualmente, la concursada solicitó suspensión de la ejecutividad del acto administrativo de denegación con dispensa de garantías, que no fue admitida, interponiéndose recurso que finalmente se ha desestimado el 3 de mayo de 2012

iv. El cuarto, mayo-junio de 2011, por un total de 17.889.994,40 Euros, del cual se solicita aplazamiento el 29 de julio de 2011, presentando el 21 de julio de 2011, tras una reunión con AENA/AEAT, solicitud global de aplazamiento del total de la deuda pendiente, con propuesta de calendario de pagos por parte de AENA/AEAT, que no fue aceptado por la concursada por ser de imposible cumplimiento. El primer aplazamiento fue también denegado el 28 de octubre de 2011, recurriendo la concursada en vía económico-administrativa y estando el recurso pendiente de resolución ante el TEAC. En diciembre de 2011 se solicitó la suspensión del acto de denegación, que tampoco fue admitida, decidiendo, ya en junio de 2012, no seguir recurriendo

23. Con base en todos estos períodos y en la normativa fiscal aplicable - Ley General Tributaria y Reglamento General de Recaudación -, así como considerando la jurisprudencia



www.civil-mercantil.com

interpretativa de dicha normativa, la administración concursal concluye que desde mediados de 2010 la sociedad no ha podido cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles de pago de las tasas aeroportuarias, habiendo desestimado AENA/AEAT las sucesivas solicitudes de aplazamiento formuladas, así como la suspensión de la ejecutividad de los distintos actos administrativos de denegación de los aplazamientos, todo ello entre noviembre de 2010 y octubre de 2011. Esas solicitudes de aplazamiento presentadas, hayan sido desestimadas o no con posterioridad, determinan para la administración concursal que la concursada se encontraba en situación de insolvencia, por cuanto la mera solicitud de aplazamiento evidencia la imposibilidad de cumplir con las obligaciones exigibles. Las tasas de AENA son créditos públicos no pagados, a los que se debe aplicar la presunción del Artículo 2.4.4º de la Ley Concursal, y el hecho de la no estimación de los aplazamientos a finales de 2011 confirma esa situación de insolvencia (Documento nº 9 de la demanda).

24. Pasa a continuación la administración concursal a analizar los distintos ratios económicos o magnitudes de la sociedad, valorados por la jurisprudencia, para poder determinar el momento en que se produce la insolvencia de la sociedad concursada:

i. En cuanto al ratio deuda/pasivo concursal y deuda/pasivo exigible, y de acuerdo con el cuadro realizado (Documento nº 10 de la demanda), el porcentaje de deuda impagada en relación con el pasivo concursal total en junio de 2011 es del 10% y se incrementa en los siguientes meses. Sin embargo, señala la administración concursal que ese pasivo es subordinado en más del 50% - créditos de accionistas -, por lo que tiene en cuenta el pasivo no subordinado y, en ese caso, el porcentaje llega al 22% en junio de 2011

ii. En cuanto al ratio deuda exigible/pagos de la sociedad, el porcentaje entre magnitudes es del 76% en junio de 2011 (Documento nº 11 de la demanda)

iii. En cuanto al ratio pasivo exigible más pérdidas/pasivo concursal, y tomando como base las pérdidas de cada ejercicio, sin acumularlas, el informe de la administración concursal señala porcentajes del 40% y del 20% comparando pérdidas con pasivo concursal no subordinado y con pasivo exigible, todo ello durante el ejercicio 2011, siendo estos porcentajes del 89% y del 70% si se compara con el gasto anual y el gasto mensual, respectivamente (Documento nº 12 de la demanda)

iv. Por último, en referencia a otras magnitudes también mencionadas por la jurisprudencia - cuenta de resultados, activo circulante, fondo de maniobra, fondos propios y patrimonio neto -, la administración concursal afirma que la concursada arrastraba pérdidas muy importantes ya desde el ejercicio 2009, superiores a los 150 millones de Euros, que desde el ejercicio 2011 se produce un empeoramiento muy significativo del fondo de maniobra, siendo de más de 160 millones de Euros negativos en diciembre de 2011 y que la sociedad se encontraba en causa de disolución ya al cierre del ejercicio 2009

25. Con base en todo ello, la administración concursal sitúa el momento de la insolvencia, en cuanto a sobreseimiento general de pagos, el 30 de junio de 2011, en el cual había un 20% de deuda vencida e impagada sobre el pasivo concursal no subordinado, por importe de 50.156.476,58 Euros, comenzando ese ejercicio con un 7%. En cuanto a la relación con el gasto total mensual, la proporción a 30 de junio de 2011 era del 76% y comparando deuda vencida con pérdidas acumuladas el porcentaje a 30 de junio de 2011 era del 104% del pasivo concursal total, del 235% del pasivo concursal no subordinado y del 94% del pasivo exigible. La deuda vencida a 30 de junio de 2011 era superior a los 50 millones de Euros, habiendo descendido el activo circulante de más de 160 millones de Euros en diciembre de 2008 a menos de 90 millones de Euros durante el ejercicio 2011, frente a un pasivo corriente superior



www.civil-mercantil.com

a los 250 millones de Euros. Asimismo, el fondo de maniobra se deteriora rápidamente en 2011. Todo ello a pesar de los préstamos realizados durante el ejercicio 2011. Fijada esa fecha, la administración concursal considera que el concurso debió haberse solicitado el 1 de septiembre de 2011. En este análisis, la administración concursal no tiene en cuenta el cese abrupto de operaciones de vuelo decidida por los administradores el 28 de enero de 2012, puesto que afirma no tener datos ni prueba de que ese cese abrupto produjera mayor insolvencia, aun cuando los colectivos perjudicados fueron los trabajadores y los usuarios que no pudieron hacer efectivo su viaje, quedándose en tierra.

26. Todas estas cuestiones, según la administración concursal, determinarían la presunción de culpabilidad del Artículo 165.1º de la Ley Concursal, por presentación tardía del concurso, cuantificando el daño producido en un momento posterior del informe.

B) Posible existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la compañía o como forma de proporcionar una situación patrimonial ficticia, por la activación de las BIN'S - Artículos 164.1.1º y 164.2.6º en relación con el Artículo 164.1 de la Ley Concursal -

27. La segunda parte del informe de la administración concursal se dedica al análisis pormenorizado de la activación por parte de la concursada de los créditos fiscales, las llamadas BIN's, a los efectos de determinar si dicha activación merece ser tenida en cuenta para la calificación del concurso como culpable por ser una irregularidad contable relevante a los efectos del Artículo 164.2.1º de la Ley Concursal o por suponer una simulación de una situación patrimonial ficticia a los efectos del Artículo 164.2.6º de la misma Ley.

28. Partiendo del dato de que a 30 de junio de 2011 la sociedad concursada había activado como créditos fiscales un importe de 73 millones de Euros, la administración concursal realiza un estudio de las opiniones del auditor de la sociedad, Deloitte, S.L., en los sucesivos informes de auditoría realizados de las cuentas anuales desde el ejercicio 2009, ya que, como señala el informe, la activación de estos créditos inciden directamente en la cuenta de resultados, reduciendo la pérdida. Lo que también señala el informe es que esos 73 millones de Euros fueron dados de baja al cierre del ejercicio 2011. Las sucesivas opiniones del auditor, con salvedades e incertidumbres, establecen que la recuperabilidad de las BIN's activadas dependen de los resultados positivos futuros de la compañía, lo cual puede calificarse de incierto y sujeto a la evolución del negocio de la sociedad.

29. Partiendo de la mención que los textos definitivos del informe de la administración concursal consideraban como un error en la activación de parte de estas BIN's por un importe superior a los 20 millones de Euros, y teniendo en cuenta tanto la normativa aplicable a dicha activación - Norma de Registro y Valoración 13ª, apartados 2 y 3, del Plan General de Contabilidad, principios contables 4 y 6 del referido Plan y Consulta 10 del ICAC de diciembre de 2009 -, considera la administración concursal que la activación de bases imponible negativas se basa en la probabilidad de que en el futuro se generen beneficios que permitan compensar las mismas. Ese juicio de probabilidad, que debe ser realizado por la propia compañía, ha merecido la calificación de culpabilidad en diversas resoluciones judiciales que son analizadas en el informe, si bien existen otras resoluciones que, en el mismo supuesto de activación, han calificado el concurso correspondiente como fortuito.



www.civil-mercantil.com

30. Con base en todo este estudio, y en referencia al caso concreto de SPANAIR, la administración concursal analiza el principio contable de importancia relativa, en cuanto al impacto de la errónea activación de BIN's, y el concepto concursal de irregularidad relevante y de simulación de situación patrimonial ficticia, en cuanto al hecho de la activación, para concluir que, si bien puede considerarse la activación como una práctica irregular e indebida, no concurren los elementos necesarios para considerar el concurso como culpable por esa activación, al amparo de la interpretación de los Artículos 164.2.1º y 164.26º de la Ley Concursal .

C) Personas afectadas por la calificación, pérdida de derechos concursales, inhabilitación e importe de la condena pecuniaria

31. En cuanto a las personas afectadas por la calificación, entiende la administración concursal que deben considerarse como tales a los once (11) miembros del Consejo de Administración, con base en el estudio de las sucesivas actas del Consejo (Documento nº 13 de la demanda) y, en concreto, de las de 13 de septiembre de 2010, 26 de mayo de 2011, 3 de octubre de 2011 y 23 de diciembre de 2011, en las cuales se comentaron los problemas de tesorería de la sociedad y todos los Consejeros votaron por unanimidad los acuerdos adoptados en dichos Consejos, lo cual no permite, de acuerdo con la demanda, individualizar la responsabilidad o achacar a un Consejero mayor responsabilidad que a otros. Esa afectación conlleva la pérdida de los derechos concursales de los Consejeros y, respecto de todos ellos, la administración concursal solicita su inhabilitación por un período de dos (2) años, si bien en conclusiones el Letrado de la administración concursal propuso que esa sanción de inhabilitación fuera analizada en la resolución a dictar en relación con los Consejeros personas jurídicas y, en concreto, respecto a aquellas personas jurídicas que gestionan fondos públicos.

32. En cuanto a la condena pecuniaria, la administración concursal realiza un análisis de justificación añadida para poder imputar esa condena, en el sentido de no condicionar dicha condena con la generación o agravación de la insolvencia, sino que la misma se produzca por el hecho de que la conducta de los administradores haya agravado la insolvencia. En este sentido, y partiendo de los estados financieros de la concursada desde septiembre de 2011, momento en el que considera la administración concursal que debió solicitarse el concurso, hasta enero de 2012, momento en el que se solicitó efectivamente, la administración concursal considera que el deterioro producido fue de 82.184.107,63 Euros, cifra a la que se llega partiendo de las pérdidas de explotación de esos cinco (5) meses y restándole el importe de las amortizaciones. A dicha cifra debe, según la administración concursal, restársele el importe de 10 millones de Euros prestado por FIRA el 31 de octubre de 2011, ya que el mismo fue de un Consejero y benefició a la sociedad, por lo que la condena pecuniaria solicitada, con carácter solidario, asciende a la cantidad de 72.184.107,63 Euros, si bien considera la administración concursal que al Consejo DON Rodolfo sólo debe condenársele a pagar 6.041.709,69 Euros, pues renunció a su cargo el 27 de octubre de 2011. Por ello, a dicho Consejero sólo se le imputan las pérdidas de septiembre de 2011, parte de las de octubre de 2011 y se restan las amortizaciones de esos meses y el préstamo de FIRA.

Cuarto. Argumentos del Ministerio Fiscal

33. El Ministerio Fiscal realiza un extenso y analítico dictamen en relación con la calificación del concurso, concluyendo, al igual que la administración concursal, que el mismo debe declararse culpable. En dicho dictamen, el Ministerio Fiscal hace suyos los argumentos



www.civil-mercantil.com

expuestos por la administración concursal en su demanda, en cuanto a la calificación de culpabilidad exclusivamente por la causa prevista en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal - retraso en la solicitud -, excluyendo expresamente las causas previstas en los Artículos 164.2.1º y 164.2.6º de la misma Ley - activación de las BIN's -. Asimismo, solicita la inhabilitación de las personas afectadas por el plazo de dos (2) años, la condena a la pérdida de los derechos concursales de las mismas y el mismo importe de condena pecuniaria de 72.184.107,63 Euros, salvo para el Sr. Rodolfo , que fija en los mismos 6.041.709,69 Euros. Por lo tanto, debemos considerar que el Ministerio Fiscal se adhiere a las conclusiones a las que llega la administración concursal en su demanda, si bien se aparta de la demanda en algunos aspectos, que son los que se van a resumir a continuación, dando por reproducidos para el Ministerio Fiscal los argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho precedente. El dictamen del Ministerio Fiscal realiza un relato pormenorizado de las vicisitudes y acontecimientos ocurridos en relación con la actividad de SPANAIR durante el ejercicio 2011, así como en relación con los préstamos otorgados por AVANÇSA y otras operaciones y negociaciones con Qatar Airways, recogiendo, como se ha dicho, el mismo criterio que el de la administración concursal en cuanto a la valoración de las deudas impagadas y vencidas con anterioridad a la declaración de concurso, la fijación del momento de la insolvencia, la calificación del concurso como culpable y el importe de condena.

34. Las diferencias existentes entre la demanda de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal se centran en los siguientes puntos:

i. Según relata el Ministerio Fiscal, el 25 de febrero y el 5 de marzo de 2014, en dos comparecencias de parte de los Letrados de diferentes miembros del Consejo de Administración de SPANAIR se aportaron una serie de documentos, que no constaban ni en los autos del procedimiento concursal ni en los de la presente Sección Sexta y que consisten en (i) una escritura de préstamo entre AVANÇSA y la concursada de 1 de junio de 2011, (ii) una carta de 30 de septiembre de 2011 del Alcalde de Barcelona, (iii) un contrato de crédito de 31 de octubre de 2011 otorgado por FIRA, (iv) una carta de 2 de noviembre de 2011 de la Generalitat a Qatar Airways con su traducción, (v) un Memorandum of Interest (en adelante, "MOI") suscrito entre la Generalitat y Qatar Airways con su traducción, (vi) una serie de escrituras de préstamo de 30 de noviembre de 2011 y 4 de enero de 2012 entre AVANÇSA y la concursada, (vii) unas actas del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de SPANAIR, S.A., (viii) unas actas del Consejo de Administración la sociedad Volcat 2009, S.L., (ix) un cuadro del accionariado de la concursada y (x) una Nota Descriptiva emitida por el Departament d'Economia i Coneixement de la Generalitat el 26 de febrero de 2014

ii. Con base en la documentación que se presentó ante el Ministerio Fiscal y que ha quedado relacionada, el dictamen realiza una valoración de la implicación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya en el devenir de la concursada y la relevancia de esta implicación en las decisiones de dirección y gestión durante el ejercicio 2011, concluyendo, con revisión de las reuniones del Consejo de Administración y, en especial, de la nota descriptiva de 26 de febrero de 2014, suscrita por el Secretari General del Departament d'Economia i Coneixement, don Hilario , que la sociedad pública AVANÇSA, accionista de la concursada, actuó a partir de los meses de mayo y junio de 2011 como un verdadero administrador de hecho de la sociedad, junto a la administración de derecho, celebrando reuniones semanales de seguimiento de la gestión. Por todo ello, concluye, con base en la regulación societaria aplicable, que AVANÇSA debe quedar incluida en las personas afectadas por la calificación en su condición de administrador de hecho, afectándole la misma condena pecuniaria y las mismas consecuencias en cuanto a inhabilitación y pérdida de derechos concursales.



www.civil-mercantil.com

iii. Asimismo, y con base en esa misma legislación societaria aplicable, el dictamen del Ministerio Fiscal analiza la intervención de ITICSA y de la persona física designada en su representación en el Consejo, DON Luis Antonio , concluyendo que ITICSA era una mera sociedad instrumental colocada en el Consejo, por lo que igualmente extiende a DON Luis Antonio , como representante de ITICSA en el Consejo y Presidente de Turisme de Barcelona, la responsabilidad concursal correspondiente, al mismo nivel que al resto de las personas afectadas por la calificación ya incluidas por la administración concursal en su demanda, por ser el Sr. Luis Antonio quien ejercía directamente la funciones de Consejero que sólo formalmente correspondían a ITICSA

35. Por último, solamente indicar que el Ministerio Fiscal, en las conclusiones realizadas en la vista de calificación, redujo la cantidad de condena pecuniaria al importe de 47.184.107,63 Euros para todas las personas afectadas por la calificación, al considerar que parte de los préstamos otorgados por AVANÇSA dentro del período de los cinco (5) meses que van del 1 de septiembre de 2011 al 30 de enero de 2012 deben reducir el importe de condena a dicha cifra.

Quinto. Argumentos de los demandados

36. La concursada y las personas afectadas por la calificación, en escritos separados, se oponen a la calificación de culpabilidad y niegan que existan las conductas descritas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, solicitando la calificación del concurso como fortuito. Se procede a continuación a realizar un resumen descriptivo de lo esencial de sus planteamientos de defensa.

37. La concursada realiza las siguientes argumentaciones:

i. En cuanto al sobreseimiento general de pagos, y con base en el tenor literal de los Artículos 2 y 5.1 de la Ley Concursal y en la jurisprudencia interpretativa de los mismos, teniendo en cuenta, además, las fechas citadas en la demanda de la administración concursal, la concursada alega que a 30 de junio de 2011 no existía una situación de insolvencia, de acuerdo con un informe de revisión de estados financieros a esa fecha (Documento nº 3 de la demanda) y a dos certificados emitidos por la AEAT, el 4 de noviembre de 2011 (Documento nº 4 de la contestación), y por la TGSS, el 31 de noviembre de 2011 (Documento nº 5 de la contestación), según los cuales la sociedad pagaba regularmente a proveedores, entidades financieras y trabajadores y que, en todo caso, la deuda impagada no alcanzaba los mínimos necesarios para poder afirmar que la sociedad no podía cumplir con sus obligaciones, ya que jurisprudencialmente se viene entendiendo que ese mínimo debe ser de, al menos, un 50%

ii. Dado que la demanda de la administración concursal se fija especialmente en la deuda con AENA/AEAT para establecer el momento de la insolvencia a 30 de junio de 2011, representando su exigibilidad un 88,75% del crédito pendiente a esa fecha, la concursada señala, en relación con ello, que la citada deuda no era exigible en ese momento, ya que la sociedad había solicitado el aplazamiento de la misma, lo cual, para la concursada, no supone que dicha deuda sea exigible, es decir, se sitúe en período ejecutivo, sino que se mantiene en período voluntario de pago por la mera solicitud de aplazamiento, con base en los Artículos 2 , 65 , 161.1 y 161.2 de la Ley General Tributaria . Todo ello en referencia a los cuatro "paquetes" de deuda existentes, respecto de los cuales se había solicitado el aplazamiento y dicha solicitud se encontraba en trámite de estudio y, en su caso, aprobación. Relata la concursada, con aportación de los Bloques Documentales nos 7 al 12, todo el proceso de negociaciones



www.civil-mercantil.com

entre la sociedad y AENA/AEAT. Asimismo, señala que existía un aval de SAS en favor de AENA (Documento nº 13 de la contestación) por importe de 12 millones de Euros que podía haber sido ejecutado por AENA para el cobro de las tasas aeroportuarias, como ello era conocido por la propia SAS (Documento nº 14 de la contestación). Por lo tanto, con base en todo ello, la concursada defiende que no había sobreseimiento generalizado, sino, en todo caso, impago de una deuda puntual, sin perjuicio de que existen comunicaciones y certificados de la propia AENA que reducen el importe de la deuda de manera significativa, siendo el pasivo exigible a 30 de junio de 2011 de 21.925.305,37 Euros, lo que supone un 4,48% del pasivo concursal

iii. Añade la concursada que el resto de deuda impagada diferente a la de AENA a 30 de junio de 2011 tampoco representaba un porcentaje significativo para poder afirmar que existía un sobreseimiento general de pagos, representando un 8,95% del total de créditos

iv. En referencia a los ratios analizados por la administración concursal, alega la concursada que, en cuanto al importe de deuda, es necesario acudir a la deuda comparada con pasivo concursal y con pasivo exigible, suponiendo ésta un porcentaje del 7,55% y no del 22,32% como señala la administración concursal (Documentos nos 16 y 17 de la contestación). En cuanto al ratio de deuda exigible con respecto a pagos y gastos mensuales, y teniendo en cuenta que para la concursada, el crédito de AENA/AEAT no lo era, el porcentaje es tan sólo del 8,74% (Documento nº 18 de la contestación) y no del 76% como afirma la administración concursal. En cuanto al ratio de pasivo exigible más pérdidas comparado con pasivo concursal, la concursada descarta el estudio de este ratio. Y, finalmente, en cuanto al resto de ratios y evolución de magnitudes, señala la concursada que en junio, julio y agosto de 2011 se alcanzaron beneficios, con lo que hasta noviembre de 2011 el fondo de maniobra era positivo, manteniéndose estable la evolución de la compañía en esos meses

v. En cuanto a la capacidad de pago de la concursada, la concursada señala que hay que tener en cuenta la disminución del crédito de AENA, la certificación de deuda de dicho acreedor y el informe de revisión de los estados financieros a 30 de junio de 2011 para concluir que el flujo de caja o de tesorería generado en 2011 es superior a los 100 millones de Euros, por haberse obtenido financiación de sus accionistas desde junio de 2011, por lo que, en este sentido, no cabría hablar de incapacidad de pago y, por tanto, de insolvencia

vi. Alega la concursada que la diligencia del órgano de administración fue la correcta, gestionando la sociedad de forma adecuada, obteniendo recursos de sus accionistas y pagando los gastos del período entre junio y noviembre de 2011, por lo que no existe ni dolo ni culpa grave en los miembros de dicho órgano, que solicitaron el concurso en el momento en que esa financiación dejó de existir por decisión de los accionistas, al haberse mantenido tanto la financiación como las negociaciones para la entrada de un socio industrial - Qatar Airways - durante todo el ejercicio 2011 y, en especial, durante el último semestre de dicho ejercicio (Documentos nos 19 al 43 de la contestación). Esa financiación se estructura en diversos préstamos y créditos otorgados por AVANÇSA y por FIRA, respectivamente, entre junio y diciembre de 2011 en escritura pública o en documento privado (Documentos nos 44 al 52 de la contestación) y, como consecuencia de la misma, a la existencia de mecanismos de control y seguimiento de la evolución y del negocio de la sociedad por parte de esos mismos accionistas y de la Generalitat - auditorías, observador de los trabajadores en el Consejo, observadores de la Generalitat en el Consejo, reuniones semanales -, todo ello por la función de interés público que desarrollaba la sociedad, hasta llegar al momento de solicitar el concurso, que fue cuando se rompieron las negociaciones con el socio industrial y cuando estos accionistas decidieron no aportar más fondos, lo que ocurrió a finales de enero de 2012. Todo ello se refleja en el informe pericial que la concursada aporta a los autos



www.civil-mercantil.com

vii. En definitiva, considera la concursada que en el período de 1 de julio a 30 de enero de 2012 no se ha agravado la situación de insolvencia de la sociedad, sino más bien al contrario, ha habido una mejora de la solvencia como consecuencia no sólo de los indicados préstamos y créditos, sino por los resultados positivos de junio, julio y agosto de 2011. En todo caso, si el concurso fuera calificado como culpable, mantiene la concursada que la condena debería reducirse en los importes de tales préstamos de AVANÇSA

38. La representación procesal DON Rodrigo y DON Jesús Carlos también considera que el concurso debe declararse como fortuito, siendo sus principales alegaciones las siguientes:

i. Comenzando por una descripción de las circunstancias generales y del contexto específico de SPANAIR y por un breve relato de la historia de la sociedad, la forma de entrada de estos demandados en la compañía, la entrada en el capital de las sociedades públicas y las negociaciones con un socio industrial (Documentos nos 1 y 2 de la contestación), niega la existencia de incapacidad de pago, que es lo que supone insolvencia, no tanto el sobreseimiento general en el cumplimiento de obligaciones exigibles, pues la sociedad tenía capacidad de financiación para pagar dichas obligaciones exigibles, comenzando por la concesión de un préstamo participativo y convertible de AVANÇSA de 56 millones de Euros el 1 de junio de 2011, con entregas sucesivas, y siguiendo por más préstamos con posterioridad, así como un préstamo de FIRA, junto con el hecho de la existencia de negociaciones con un socio industrial, con la firma, inclusive, de un memorándum de interés - en sus siglas en inglés, MoU -, todo ello para crear un hub internacional en el aeropuerto de Barcelona, según se refleja en los distintos documentos de entrega de préstamos y reuniones del Consejo de Administración, así como en los memoranda de las distintas reuniones celebradas (Documentos nos 4 al 18 de la contestación)

ii. Analiza a continuación la cuestión de las tasas de AENA, con base en el cuadro de vencimientos elaborado por la administración concursal. Señala que del importe que dicha administración concursal considera vencido, la mayor parte del mismo corresponde a esas tasas, que entendiendo no estaban vencidas a 30 de junio de 2011 (Documentos nos 19 y 20 de la contestación), sin perjuicio del hecho de que la administración concursal considera más de 8 millones de Euros de más en esa deuda y de que con posterioridad la propia AENA ha reducido aún más la deuda existente hasta los 42 millones de Euros, aproximadamente (Documentos nos 21 al 28 de la contestación), sin perjuicio de la existencia de un aval de SAS de 12 millones de Euros para responder de esa deuda, no llegando a los 50 millones de Euros hasta diciembre de 2011 (Documentos nos 29 al 33 de la contestación). Con repaso de los cuatro paquetes de aplazamiento solicitados por la concursada, y que han sido suficientemente explicados, y con base en un informe pericial (Documento nº 34 de la contestación), mantiene que dicha deuda de AENA, fuera del importe que fuera, no se encontraba vencida a 30 de junio de 2011 (Documentos nos 35 al 43 de la contestación), mencionando, además, un certificado de la AEAT, recaudadora de las tasas, de que la sociedad se encontraba al corriente de pago, existiendo negociaciones de pago con AENA/AEAT (Documentos nos 45 al 47 de la contestación)

iii. Pasando al análisis de la situación financiero-patrimonial de la sociedad, y con base en un segundo informe pericial (Documento nº 48 de la contestación), alega que la sociedad tenía plena capacidad de pago y de obtención de financiación en junio de 2011 para poder mantener su actividad, todo ello con base en un estudio pericial del estado de flujos de efectivo, existiendo en ese mes una tesorería de más de 18 millones de Euros, pagando a proveedores y a acreedores bancarios sin problemas con esa tesorería y con la financiación obtenida, si



www.civil-mercantil.com

bien reconociendo el impago de un 38% de los créditos vencidos desde septiembre de 2004. A continuación, analiza la comparativa de ratios incluida en el informe de la administración concursal para concluir que no existía en junio de 2011 sobreseimiento general en el cumplimiento de las obligaciones exigibles, pagándose el 98,33% de los gastos corrientes, con un fondo de maniobra positivo

iv. A continuación, defiende la actuación absolutamente diligente de los miembros del Consejo, que no solicitaron el concurso hasta que no fue absolutamente necesario, teniendo en cuenta la implicación de la Generalitat en el apoyo financiero a la compañía y la existencia de negociaciones para la entrada en el capital de Qatar Airways, como es de ver en las actas de las reuniones de dicho Consejo, que analizaban y estudiaban los informes de los distintos profesionales que asesoraban a la sociedad (Documentos nos 49 y 50 de la contestación)

v. Finalmente, alega que no existió agravación de la insolvencia en el período septiembre de 2011-enero de 2012, como consecuencia de los préstamos otorgados por FIRA y por AVANÇSA, en este último caso con la contraprestación de un control en la gestión y desarrollo de la actividad de la sociedad, con reuniones semanales (Documentos nos 51 al 60 de la contestación). Ese agravamiento no existe, sino que, incluso, hay mejora y, por tanto, no cabe condenar al pago de déficit concursal alguno, al haberse aportado un importe de 71 millones de Euros en ese período, teniendo en cuenta, además, una serie adicional de ajustes contables que es necesario realizar, tales como diferencias de tipos de cambio, comisión de préstamos y otros

39. La representación procesal de FIRA solicita la calificación del concurso como fortuito y realiza las siguientes alegaciones:

i. Comienza su defensa esta representación procesal narrando diversos antecedentes relacionados con la evolución histórica y económica de la concursada, previa a la declaración de concurso, así como con el desarrollo del concurso y de la presente sección de calificación, para terminar con una descripción de la actividad de FIRA y su implicación en el proyecto de la aerolínea (Documentos nos 1 al 19 de la contestación)

ii. Entrando en el fondo del asunto, realiza un repaso doctrinal y jurisprudencial del concepto de insolvencia y con base en el informe pericial que aporta (Documento nº 20 de la contestación), niega la existencia de insolvencia de SPANAIR a 30 de junio de 2011 y discute el informe o demanda de calificación culpable elaborado por la administración concursal. En este sentido, afirma que la concursada era solvente a 30 de junio de 2011 porque siempre pudo y podría cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles y porque el flujo de su tesorería era positivo

iii. En cuanto a la posibilidad de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, señala que la concursada tenía financiación ilimitada de sus accionistas, tanto antes de la compraventa de SPANAIR por parte de IEASA como con posterioridad y en el período de junio a diciembre de 2011 fue financiada con préstamos de FIRA y de AVANÇSA, así como de otra sociedad denominada Volcat, integrada en IEASA, realizándose, además, diversas operaciones de ampliación de capital, todo ello con una serie de compromisos suscritos por los accionistas.

En el período final, entre junio de 2011 y enero de 2012, la concursada recibe sucesivos créditos y préstamos participativos de sus accionistas que le ayudaron a cumplir con sus obligaciones exigibles, todo ello a través de diversos instrumentos (Documentos nos 21 al 72 de la contestación)

iv. A continuación, realiza un repaso genérico de los distintos informes de auditoría de las cuentas anuales y de los estados intermedios a 30 de junio de 2011, así como de los flujos



www.civil-mercantil.com

de tesorería de la concursada para concluir que no existía situación de insolvencia, señalando que la concursada pagó en el período discutido gastos de personal (18,5% del total), fuel (25,4% del total), alquiler de aviones (9,5% del total), estaba al día de nóminas, al corriente de la deuda con la TGSS, al corriente de pago de obligaciones tributarias y pagaba por adelantado determinadas operaciones (Documentos nos 74 al 76 de la contestación)

v. Realiza alegaciones sobre la deuda con AENA/AEAT para concluir que dicha deuda no podía considerarse vencida, líquida y exigible a 30 de junio de 2011, por cuanto existían diversas solicitudes de aplazamiento, con aportación de garantías, así como negociaciones con AENA para fijar el calendario de los aplazamientos. Realiza un repaso de los cuatro paquetes de deuda con AENA/AEAT y señala en especial los certificados emitidos por la AEAT el 21 de junio y el 4 de noviembre de 2011 (Documentos nos 77 al 80 de la contestación)

vi. En cuanto a los ratios analizados por la administración concursal, también son discutidos por esta representación procesal, negando que una deuda exigible que supone el 10% sobre el pasivo sea síntoma de insolvencia

vii. En definitiva, niega que se haya producido retraso en la solicitud del concurso voluntario y niega la existencia de dolo o culpa grave por parte de los miembros del Consejo de Administración de SPANAIR en su actuación, señalando que en el caso de la concursada no era idónea la presentación de la comunicación prevista en el Artículo 5 bis de la Ley Concursal, por cuanto eso habría supuesto la pérdida de clientes, la retirada del socio industrial de la negociación y, por tanto, el final del proyecto, todo ello aderezado con diversos informes jurídicos y económicos que se realizaron y en los cuales se desaconsejaba dicha presentación por cuanto la concursada tenía capacidad de financiación ilimitada, además de estar inmersa en un intenso proceso de negociaciones con Qatar Airways (Documentos nos 83 al 86 de la contestación), además de una posible entrada de una compañía aérea china (Documentos nos 87 al 93 de la contestación). Por ello, considera que la concursada no tenía motivos para solicitar el concurso en septiembre de 2011 y, además, en el período junio de 2011-enero de 2012 no se agravó la insolvencia, pues se siguieron cumpliendo las obligaciones exigibles

40. DON Celestino, DON Gervasio y DON Modesto se adhieren íntegramente a la contestación a la demanda presentada por FIRA, realizando, básicamente, las siguientes alegaciones adicionales:

i. La defensa de estos Consejeros se fundamenta en ser socios de una sociedad denominada Volcat 2009, S.L. (en adelante, "Volcat"), que agrupa a una serie de empresarios que realizan inversiones en determinadas sociedades. Desde ese punto de vista, Volcat aportó fondos a SPANAIR por unos 23 millones de Euros, directa o indirectamente (Documentos nos 1 al 12 de la contestación)

ii. Alegan estos demandados que como miembros del Consejo de Administración de la concursada, y asistentes a todas las reuniones que se convocaban, jamás tuvieron conocimiento de que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia, por lo que ratificaban las decisiones que el Consejo tomaba y no eran conscientes de esa pretendida situación de insolvencia por cuanto disponía la concursada de capacidad ilimitada de financiación por parte de sus accionistas, entre ellos, y sobre todo, de AVANÇSA y de FIRA

iii. En definitiva, realiza esta representación procesal alegaciones similares a las vertidas por FIRA sobre la situación de solvencia de SPANAIR, la inexistencia de dolo o culpa grave en los Consejeros, la no exigibilidad de la deuda con AENA/AEAT y la no agravación de la insolvencia durante el período junio de 2011-enero de 2012



www.civil-mercantil.com

41. ITICSA y DON Luis Antonio se adhieren igualmente de forma íntegra a la contestación a la demanda presentada por FIRA, realizando, básicamente, las siguientes alegaciones adicionales:

i. Comienza esta representación procesal realizando alegaciones en referencia a la consideración de DON Luis Antonio como administrador de hecho de la concursada, según se indica en el dictamen del Ministerio Fiscal, el cual incluye a dicha persona como directamente afectada por la calificación, por considerar que ITICSA es una mera sociedad instrumental y que quien ejercía realmente el cargo de Consejero de SPANAIR era DON Luis Antonio. Esta parte alega, de acuerdo con los estatutos de Turisme de Barcelona y su estructura organizativa (Documentos nos 1 y 2 de la contestación), que el Sr. Luis Antonio es presidente de uno de los comités que forman Turisme de Barcelona (en adelante, "TdB") y no lo es por su voluntad, sino como consecuencia de la estructura de dicha institución. TdB decidió invertir en SPANAIR a raíz de la transferencia al aeropuerto de Madrid de vuelos internacionales, al igual que CATALANA y Volcat y como forma de defender los intereses de Barcelona, con la creación en su aeropuerto de un hub internacional, por lo que TdB decidió que el Sr. Luis Antonio y el Sr. Indalecio pudieran suscribir acciones de la concursada, lo cual hicieron, en nombre de TdB, creando al efecto una sociedad, ITICSA, que tomó una participación indirecta en SPANAIR a través de IEASA (Documentos nos 3 y 4 de la contestación). Con posterioridad, y siempre a través de las decisiones de los órganos correspondientes de TdB, se facultó al Sr. Luis Antonio y Don. Indalecio para que representasen a TdB en el Consejo de la concursada, aportando TdB a través de ITICSA capital a la concursada (Documentos nos 5 al 9 de la contestación). Por ello, la intervención del Sr. Luis Antonio en SPANAIR es meramente como persona física representante de ITICSA en el Consejo de la aerolínea, que es quien realmente ostenta el cargo de Consejero, no dándose, según esta parte, los requisitos legales y jurisprudenciales para poder afirmar que el Sr. Luis Antonio sea administrador de hecho de ITICSA y, por tanto, directo Consejero de SPANAIR. Según las alegaciones de esta parte, el Sr. Luis Antonio seguía estrictamente las instrucciones de TdB en la toma de decisiones, con base en acuerdos de los comités de TdB (Documentos nos 10 al 18 de la contestación)

ii. Respecto al resto de cuestiones de fondo, esta representación procesal se adhiere íntegramente a la contestación presentada por FIRA

42. La representación procesal de DON Cesar considera igualmente que el concurso debe declararse como fortuito y basa su defensa en las siguientes alegaciones:

i. La primera de las cuestiones que plantea esta representación procesal es que no existió retraso en la solicitud de concurso, al no estar la sociedad en estado de insolvencia y tener suficiente capacidad de pago a 30 de junio de 2011, no siendo la deuda con AENA/AEAT exigible (Documento nº 1 de la contestación). La segunda cuestión se centra en que la existencia de déficit no es imputable a la conducta del Sr. Cesar

ii. En cuanto al retraso y a la situación de insolvencia, alega esta parte que no se dan los requisitos que la jurisprudencia considera como tal situación, esto es, no hay obligaciones exigibles impagadas, los impagos son irrelevantes y existe capacidad de hacer frente a aquellas obligaciones. Considera que la deuda con AENA, que representaba a 30 de junio de 2011 el 90% de los impagos, no era exigible, lo cual convierte esos impagos en una proporción mínima del pasivo en relación con el gasto mensual atendido. Reconoce problemas de tesorería pero señala que los mismos no determinan en ningún caso una insolvencia que debiera llevar a solicitar el concurso, según el informe pericial aportado a los autos, y, además, indica que la sociedad tenía capacidad de financiación de sus accionistas (Documentos nos 3 y



www.civil-mercantil.com

4 de la contestación) y capacidad de pago, pues pagó las nóminas de los trabajadores, las cuotas de Seguridad Social y las cuotas tributarias de los meses en curso y, además, tenía el compromiso de la Generalitat de Catalunya de abonar las tasas aeroportuarias en el momento en que fueran exigibles, tasas que nunca fueron exigibles porque estaban sometidas a un proceso de petición de aplazamiento con petición de suspensión de la exigibilidad y aportación de garantías y es por ello que AEAT certificó el 4 de noviembre de 2011 que SPANAIR estaba al corriente de pago de obligaciones tributarias. A continuación, esta parte hace un resumen fáctico de lo ocurrido con los cuatro paquetes de deuda de AENA, que ya ha sido explicado con anterioridad al valorar las alegaciones de otras partes. Añade esta parte que, en todo caso, el juicio sobre la insolvencia debe realizarse ex ante y no ex post de las circunstancias concurrentes

iii. Por otro lado, señala que no ha existido agravación de la insolvencia en el período junio de 2011-enero de 2012, sino todo lo contrario, un superávit de casi 15 millones de Euros por efecto de los préstamos que los accionistas - básicamente, AVANÇSA y FIRA - aportaron a la sociedad durante ese período, que representaron fondos suficientes para hacer que la concursada no cayera en insolvencia. Asimismo, la realización de ajustes contables durante las negociaciones con Qatar Airways redujeron las pérdidas imputables significativamente y éstas fueron, además, compensadas por beneficios obtenidos en julio y agosto de 2011. Es necesario para esta parte detraer del daño las aportaciones de FIRA y de AVANÇSA, que, en todo caso, eran a fondo perdido

iv. Finalmente, señala esta parte que la existencia de déficit concursal no es imputable a la conducta de los administradores, por cuanto los esfuerzos del Consejo hicieron que la sociedad no cayera en insolvencia hasta enero de 2012 - ampliaciones de capital, negociaciones con un socio industrial, aportaciones de accionistas, renegociación de deudas -. Adicionalmente, se demuestra el papel secundario del Sr. Cesar en la toma de decisiones, lo cual debe ser valorado en caso de individualizar las responsabilidades, como ordena el Artículo 172bis.2 de la Ley Concursal, siendo necesario acreditar relación de causalidad entre déficit y culpabilidad. En todo caso, el proceso de negociaciones con Qatar Airways hizo, a juicio de esta parte, que la insolvencia no se produjese hasta enero de 2012 (Documentos nos 39 al 49 de la contestación)

43. CATALANA, al considerar que el concurso debe ser calificado como fortuito, realiza las siguientes alegaciones:

i. Alega, en primer lugar, esta parte que SPANAIR era una compañía solvente a 30 de junio de 2011, que se encontraba al corriente de pago de sus obligaciones exigibles, no sólo porque la AEAT y la TGSS así lo certifican el 4 de noviembre y el 16 de diciembre de 2011, sino porque no hubo retrasos ni impagos de salarios (Documentos nos 1 al 3 de la contestación). No existía, según esta parte, sobreseimiento generalizado en los pagos, pudiendo considerarse que existía un único acreedor, AENA, por cuanto el mismo representaba el 90% de la deuda impagada a esa fecha, siendo así que el resto de acreedores representaban, como máximo, un 2,96% del total de deuda vencida (Documento nº 4 de la contestación)

ii. Por otro lado, sostiene, al igual que el resto de demandados, que la deuda con AENA no era exigible, pues los cuatro paquetes de deuda estaban sometidos a un proceso de petición de aplazamiento, con negociaciones con la AEAT, dentro del cual se encontraba suspendida la ejecutividad de esa deuda, sin perjuicio de la incorrecta cuantificación de esa deuda, existiendo, además, un aval de SAS de 12 millones de Euros, que respondía del pago de esas tasas (Documentos nos 5 al 16 de la contestación)



www.civil-mercantil.com

iii. Analizando los ratios aplicados por la administración concursal para determinar el momento de la insolvencia, señala esta parte que los porcentajes obtenidos con la aplicación de esos ratios suponen mínimos porcentajes que en ningún caso determinan la insolvencia de la sociedad

iv. Tampoco existe, al entender de esta parte, ni dolo ni culpa grave en la generación de la insolvencia ni agravamiento de la misma, por cuanto se producen ingresos o aportaciones por parte de los accionistas de SPANAIR, existiendo crédito ilimitado para ello por parte de AVANÇSA, negociaciones para la búsqueda de un socio industrial, ampliaciones de capital e informes de terceros independientes que defendían la viabilidad de la sociedad (Documentos nos 17 al 46 de la contestación), lo cual excluye el elemento subjetivo de culpabilidad y cualquier atisbo de falta de diligencia. En definitiva, en el período discutido no hay déficit, sino superávit, de unos 15 millones de Euros, como consecuencia de esas aportaciones

44. DON Imanol y DON Rodolfo mantienen, en escritos prácticamente idénticos, que la calificación del concurso debe ser fortuita y realizan las siguientes alegaciones:

i. Comienzan su análisis ambos codemandados con la afirmación de que la deuda de AENA no era exigible a 30 de junio de 2011, dado que existían peticiones de aplazamiento, con suspensión del procedimiento al haberse aportado garantías, y negociaciones con las autoridades administrativas para el pago de la deuda, así como la supervisión de las operaciones de vuelo por la correspondiente Dirección General y las negociaciones con posibles socios industriales

ii. Como ya dijo el Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 2014, al resolver el recurso de apelación contra el Auto de declaración de concurso de 1 de febrero de 2012 (Documento nº 1 de la contestación), no existe retraso en la presentación del concurso. Además, la deuda de AENA no era exigible (Documento nº 2 de la contestación), en relación a ninguno de los paquetes de deuda, sometidos todos a sendos procesos de solicitud de aplazamiento, con sucesivos recursos, reconocido por la propia AEAT en certificado de 4 de noviembre de 2011 (Documentos nos 3 al 34 de la contestación)

iii. Existía apoyo financiero ilimitado y político de FIRA y de la Generalitat de Catalunya al proyecto, con aportación constante de fondos, bien a través de ampliaciones de capital bien a través de la concesión de préstamos de distinta naturaleza (Documentos nos 35 al 47 de la contestación), así como supervisión de la Dirección General de Aviación Civil sobre las operaciones de SPANAIR, que confirma la solvencia porque no retira la licencia de vuelo (Documentos nº 49 de la contestación). Y, por otro lado, existían negociaciones para la entrada de un socio inversor que diese viabilidad a la compañía (Documentos nos 50 al 70 de la contestación). Alegan, igualmente, que ambos codemandados ni participaban en las reuniones de la Comisión Ejecutiva ni llevaban las negociaciones y, simplemente, se informaban en las reuniones del Consejo, votando a favor en la confianza que les daban el resto de Consejeros y los informes de expertos independientes (Documentos nos 71 al 78 de la contestación)

iv. Teniendo en cuenta que las presunciones de insolvencia deben interpretarse de forma restrictiva, no existe ninguna de ellas que permita afirmar que la sociedad estaba en insolvencia a 30 de junio de 2011, por el hecho de que la deuda de AENA, que representaba la mayor parte del pasivo en esa fecha, no era exigible, porque los ratios analizados por la administración concursal están distorsionados (Documento nº 79 de la contestación) y porque la insolvencia se manifestó cuando la Generalitat de Catalunya retiró su apoyo financiero debido al fracaso de las negociaciones con posibles socios. Por todo ello, no existe ni dolo ni culpa grave en la actuación de los Consejeros. En todo caso, no existe agravación de la insolvencia en el período discutido, por cuanto existía financiación ilimitada



www.civil-mercantil.com

v. Con referencia al Sr. Rodolfo , señalan que tampoco existe ni dolo ni culpa grave pues su actuación se basó exclusivamente en la información que recibía cuando asistía a las reuniones del Consejo de Administración, teniendo un limitado papel en toda la negociación y en el conocimiento de las circunstancias concretas, como derecho a presumir que los Consejeros ejecutivos actuaban lealmente, no pudiendo prevenir el resultado final. Con aplicación de la individualización de la responsabilidad del Artículo 172 bis de la Ley Concursal , reformado por el Real Decreto-ley 4/2014, el Sr. Rodolfo se opone a que se le condene a parte del déficit precisamente por su actuación limitada en relación con las circunstancias denunciadas por la administración concursal, sin que quepa aplicar una responsabilidad "global" a todos los Consejeros

vi. Con referencia al Sr. Imanol , tampoco existe dolo o culpa grave pues su actuación se basó exclusivamente en la información que recibía cuando asistía a las reuniones del Consejo de Administración, teniendo un limitado papel en toda la negociación y en el conocimiento de las circunstancias concretas, como derecho a presumir que los Consejeros ejecutivos actuaban lealmente, no pudiendo prevenir el resultado final. Con aplicación de la individualización de la responsabilidad del Artículo 172 bis de la Ley Concursal, reformado por el Real Decreto-ley 4/2014, el Sr. Rodolfo se opone a que se le condene a parte del déficit precisamente por su actuación limitada en relación con las circunstancias denunciadas por la administración concursal, sin que quepa aplicar una responsabilidad "global" a todos los Consejeros

45. Finalmente, AVANÇSA también entiende que el concurso debe ser calificado como culpable y realiza las siguientes alegaciones:

i. Con explicación de la historia jurídica de AVANÇSA (Documento nº 1 de la contestación), así como de la composición de su accionariado y de los objetivos de dicha sociedad y explicación de otros proyectos (Documentos nos 2 y 3 de la contestación), define el papel de AVANÇSA en SPANAIR como el de un accionista que aportó durante 2011 préstamos participativos y otros préstamos por importe total de 81 millones de Euros en el período julio de 2011-enero de 2012 dentro del marco de negociaciones para la entrada de un socio industrial, realizando una labor de control y seguimiento de la actividad de la sociedad, incluso en sede política (Documento nº 4 de la contestación)

ii. Para esta parte no existe retraso en la solicitud del concurso voluntario porque la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia a 30 de junio de 2011, ya que la deuda con AENA no era exigible y los préstamos de AVANÇSA provocaban la superación de esta situación de insolvencia. Asimismo, aplicando los ratios correspondientes, el porcentaje de deuda vencida no alcanzaba un importe significativo para poder afirmar que la concursada estaba incumpliendo regularmente el pago de sus obligaciones exigibles, denunciando que la aplicación de estos ratios es arbitraria

iii. No existe culpabilidad por la causa del Artículo 165.1º de la Ley Concursal ni es posible aplicar la condena al déficit concursal, por cuanto las aportaciones de los accionistas se hicieron en un entorno de viabilidad y no de insolvencia. Y tampoco concurre dolo o culpa grave de los Consejeros, por cuanto realizaron cuantas acciones fueron necesarias para evitar la insolvencia de la sociedad hasta enero de 2012, momento en el cual sí solicitaron la declaración de concurso porque no se concluyeron las negociaciones y los accionistas decidieron dejar de aportar fondos

46. En definitiva, todos los demandados concluyen que el concurso debe declararse como fortuito, por no haberse producido la situación de insolvencia, como incapacidad de pago



www.civil-mercantil.com

y sobreseimiento general en el cumplimiento de obligaciones exigibles, hasta el mes de enero de 2012, por efecto de los préstamos otorgados por los accionistas de la concursada, momento en el cual SPANAIR cumplió escrupulosamente con la Ley Concursal y procedió a solicitar el concurso voluntario de acreedores.

Sexto. Diligencias finales.

47. Con posterioridad a la celebración de la vista, y a raíz de la admisión de una prueba solicitada por la representación procesal de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos, la sociedad AENA Aeropuertos, S.A. remitió oficio a este Juzgado en el que certificaba que la deuda de dicha sociedad frente a la concursada, actualizada a 10 de julio de 2014, era de 42.613.188,79 Euros (Documento nº 2 del escrito), según minoración realizada por los pagos de SAS, con aportación del documento de reconocimiento de deuda y compromiso de pago de la misma (Documento nº 3 del escrito) y del aval de SAS de 31 de julio de 2009 (Documento nº 4 del escrito). Indica el escrito que el calendario de pagos se concreta en las cantidades de 2 millones de Euros el 28 de junio de 2013, 3 millones de Euros, el 31 de diciembre de 2013 y 3 millones de Euros el 2 de julio de 2014, habiendo sido pagadas dichas cantidades, por lo que la deuda se ha reducido en 8 millones de Euros, con imputación a las facturas de mayor antigüedad, quedando un pago de 4 millones de Euros a cobrar el 31 de diciembre de 2014.

48. Algunas de las partes personadas realizaron alegaciones y valoración de esta prueba, en el siguiente sentido:

i. La administración concursal, en escrito presentado el 28 de julio de 2014, alega, en relación con el oficio contestado por AENA, que en nada cambia su posición sobre el vencimiento y exigibilidad de la deuda, pues considera que, aun cuando se haya reducido ésta en un momento posterior a la declaración de concurso por pagos efectuados por SAS o endosos de créditos, la realidad a analizar es la capacidad de pago de la concursada y el volumen de pasivo no pagado a 30 de junio de 2011, lo cual no se ve ni afectado ni reducido por un reconocimiento de deuda con aplazamiento suscrito en junio de 2013. Señala igualmente la administración concursal que el aval de 12 millones de Euros no se ha ejecutado, sino que se ha renegociado, pero en junio de 2013, es decir, con la sociedad ya en situación concursal. Añade, por último, que la imputación de los pagos a las facturas más antiguas es una decisión de AENA que no afecta a la situación de insolvencia que existía a 30 de junio de 2011

ii. El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 24 de julio de 2014, señala que el importe indicado corresponde a tasas de agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2010 y abril y mayo de 2011. Teniendo en cuenta que existían tasas en período voluntario de pago y otras en período ejecutivo, el Ministerio Fiscal concluye que a 30 de junio de 2011 la deuda con AENA ascendía a 53.454.207,68 Euros, de los que 45.667.844,19 Euros eran debidos a AENA en vía voluntaria y 7.786.363,49 Euros eran debidos a la AEAT en vía ejecutiva, lo cual demuestra la situación de insolvencia a aquella fecha

iii. CATALANA, en escrito presentado el 25 de julio de 2014, señala que el oficio demuestra que el crédito fue erróneamente cuantificado por la administración concursal en su informe, que el impago es puntual y aislado y que no era exigible, dado que AENA imputa los pagos efectuados a los vencimientos más antiguos

iv. DON Rodrigo y DON Jesús Carlos, en escrito presentado el 25 de julio de 2014, alegan que los importes certificados reducen la deuda de AENA a 30 de junio de 2011 a 35.578.046,50 Euros, lo cual supone un porcentaje del 7% respecto al pasivo concursal y de un



www.civil-mercantil.com

6% respecto al pasivo exigible siguiendo el método de la administración concursal, lo que confirma que la sociedad no se encontraba en insolvencia a esa fecha

v. La representación procesal de DON Imanol , en escrito presentado el 28 de julio de 2014, señala que la respuesta confirma que la deuda vencida podría haberse reducido aún más, en los 12 millones de Euros del aval de SAS, en caso de haberse ejecutado éste en su momento

vi. FIRA, ITICSA y DON Luis Antonio , en sendos escritos presentados el 25 de julio de 2014, manifiestan que la deuda se reduce en más de 16 millones de Euros, lo cual supondría, en caso de que fuera exigible, un 9% del pasivo exigible a 30 de junio de 2011, algo inmaterial a los efectos de acreditar insolvencia

vii. SPANAIR, en escrito presentado el 28 de julio de 2014, alega que la respuesta confirma la no exigibilidad de la deuda con AENA a 30 de junio de 2011, que existía el aval de SAS que podía haber sido ejecutado y que el importe de esa deuda era aún menor de lo que afirma la administración concursal, por lo que el porcentaje de deuda con respecto al pasivo es aún menor también

viii. AVANÇSA, en escrito presentado el 25 de julio de 2014, manifiesta, en sentido similar, que la deuda no era exigible, por lo que las deudas sólo suponían un 1% del pasivo, que existía el aval a primer requerimiento de SAS y que, aun siendo exigible, no había insolvencia, pues había capacidad de pago y financiación suficiente

ix. La representación procesal de DOÑA Delia Y CIENTO SEIS (106) TRABAJADORES MAS DE LA CONCURSADA, en escrito presentado el 28 de julio de 2014, alega que la respuesta ratifica la existencia de insolvencia, pues se adeudaban cantidades desde agosto de 2010 y el reconocimiento de deuda entre AENA y SAS no se produce hasta junio de 2013, incumplándose pagos desde junio de 2010

x. Finalmente, la representación procesal de DON Cesar presentó escrito el 28 de julio de 2014 manifestando que la certificación de AENA confirmaba todas sus alegaciones en relación con el hecho de que el concurso debe calificarse como fortuito

Séptimo. Hechos probados, admitidos y no controvertidos.

49. De todo lo tramitado en la presente sección de calificación, así como de lo que resulta de la tramitación del procedimiento concursal que fue iniciado por Auto de declaración del concurso de 1 de febrero de 2012 , pueden declararse como hechos probados, admitidos y no controvertidos los siguientes:

i. Por escritura otorgada el 19 de diciembre de 1986, ante el Notario de Madrid, Don Ramón Fernández, se acordó la constitución de la sociedad SPANAIR

ii. Como consecuencia de los atentados del 11-S y la posterior crisis económica en las líneas aéreas, SPANAIR canceló sus vuelos intercontinentales, pasando a cubrir dichas rutas con vuelos de código compartido

iii. El 20 de agosto de 2008, a las 14:24, un avión McDonnell Douglas MD-82 matrícula EC-HFP "Sunbreeze" del Vuelo NUM000 de SPANAIR se estrelló con 166 pasajeros y 6 miembros de la tripulación a bordo en el Aeropuerto de Madrid- Barajas. Murieron 154 personas

iv. En ese mismo ejercicio 2008, y a consecuencia de la situación financiera delicada que atravesaba la compañía, se puso en marcha un plan de viabilidad en el que se contemplaba tanto una reducción de la plantilla como de la flota. Sin embargo, en el mismo 2008, y tras el trágico accidente de Barajas al que se ha hecho referencia, el accionista de la



www.civil-mercantil.com

aerolínea, a la sazón la compañía aérea sueca SAS, anunció su intención de retirarse de la compañía

v. En abril de 2009 se llegó a un acuerdo para vender el 80% del capital a la entidad INICIATIVES EMPRESARIALS AERONAUTIQUES (IEASA), actual accionista de la concursada con una participación del 86,09% a diciembre de 2011 y que, a su vez, es propiedad de inversores privados agrupados en la sociedad Volcat, así como de entes públicos dependientes del Ayuntamiento de Barcelona y de la Generalitat de Catalunya, iniciando la nueva dirección en aquel momento un nuevo plan de ajuste con la finalidad de aumentar la eficiencia operativa y relanzar comercialmente la compañía. En ese proyecto, a partir de 2010, teniendo en cuenta el empeoramiento del sector y los resultados económicos negativos acumulados, se valora la necesidad de la incorporación de un socio industrial con el que desarrollar un plan de negocio de vuelos de largo recorrido

vi. Con la entrada del nuevo Consejo de Administración en marzo de 2009, la dirección de la compañía llevó a cabo ciertas iniciativas que mejoraron la eficiencia y redujeron los costes, si bien los resultados se vieron afectados de forma negativa, incrementándose las pérdidas ejercicio tras ejercicio por el aumento de la competencia en el sector, la correlativa disminución del precio medio por billete y el aumento muy significativo del precio del combustible, lo que impactó sobre el margen bruto de SPANAIR, si bien la concursada logró reducir el pasivo en el periodo 2009-2011, pasando de 746.337 miles de Euros al cierre del ejercicio 2008 a 549.797 miles de Euros al cierre del ejercicio 2011

vii. Con la entrada de IEASA en marzo de 2009, la composición del capital social de SPANAIR, incluyendo las participaciones indirectas, supone que la Generalitat de Catalunya y el Ayuntamiento de Barcelona se convierten en los socios de control indirecto de la concursada, ya que IEASA, que posee el 85,62% de SPANAIR, tiene como accionistas a Volcat - inversores privados - con un 22%, CIMALSA con un 18,91%, AVANÇSA con un 9,45%, CATALANA con un 11,34%, - todas ellas sociedades públicas dependientes de la Generalitat de Catalunya -, FIRA con un

24,11% y TdB, con un 14,18% - ambas sociedades o entes dependientes del Ayuntamiento de Barcelona -

viii. La reestructuración accionarial de marzo de 2009 y el nuevo proyecto, incluido el objetivo de búsqueda de un socio industrial, tiene los siguientes hitos:

De marzo a mayo de 2010 se produce la presentación del plan de negocio y asociación a la red de compañías Star Alliance, con la voluntad de crear una compañía de vuelos de largo recorrido y para tener la oportunidad de inversión por parte de un potencial socio industrial

De junio de 2010 a enero de 2011 se entablan conversaciones con algunas aerolíneas, tales como Singapore Airlines, Avianca, Turkish Airlines, Lufthansa o Qatar Airways

El 14 de febrero de 2011 se produce la firma de un denominado Memorandum of Understanding - MoU en sus siglas en inglés - con Qatar Airways en el que se detallan determinados aspectos, entre ellos, (i) una situación de partida, que es que SPANAIR tiene un historial de pérdidas relevantes, que en ese momento la Generalitat de Catalunya, a través de IEASA, ostenta más del 80% de participación en el capital de la concursada, que SPANAIR considera la necesidad de la entrada de un socio industrial para lo cual está preparando un plan de negocio conjuntamente con Qatar y (ii) una situación actual, que es que SPANAIR y Qatar Airways creen en una aerolínea rentable que, según el plan de negocio actual, necesitaría una inversión adicional de entre 150 y 300 millones de Euros por parte de IEASA y de Qatar Airways

De julio a septiembre de 2011 SPANAIR contrata a la entidad Lazard como asesor para acelerar el proceso de entrada del potencial inversor y la búsqueda de inversores alternativos,



www.civil-mercantil.com

estableciéndose los principales contactos con la línea aérea china HNA y con la indicada Qatar Airways

De octubre a diciembre de 2011 se produce la formalización de las negociaciones con Qatar Airways mediante la creación de un equipo multidisciplinar entre las dos compañías aéreas para acelerar el proceso de entrada en el capital, con la contratación de abogados para preparar los documentos legales de la transacción

El 24 de octubre de 2011 se firma un contrato de exclusividad entre SPANAIR y Qatar Airways en relación con las negociaciones, que finalizaba el 23 de enero de 2012

El 7 de noviembre de 2011 se firma un Memorandum of Interest - MoI en sus siglas en inglés - entre Qatar Airways y la Generalitat de Catalunya con el resumen de intenciones y la propuesta de inversión por parte de Qatar Airways de un 49% del capital social de SPANAIR, manteniendo a la compañía como aerolínea europea con base en Barcelona, quedando pendientes de discusión cuestiones como, v.gr., flota e inversión necesarias y señalando que la Generalitat invertirá los fondos necesarios para continuar la actividad hasta la fecha de cierre de la operación

En diciembre de 2011 aparecen incertidumbres relacionadas con la legalidad de la aportación de fondos públicos a la concursada como consecuencia de la actual legislación comunitaria europea que regula la aportación de fondos públicos a empresas privadas, por lo que los fondos públicos aportados se ponen en cuestión

En enero de 2012 HNA comunica el interés de iniciar negociaciones y se le otorga por la concursada un plazo inicial hasta el 31 de enero de 2012 para el estudio de la operación

El 19 de enero de 2012 HNA pide la extensión de la fecha límite para completar el estudio de la operación

El 23 de enero de 2012 se produce una reunión en Bruselas con la Comisión Europea para tratar el tema de los ayudas públicas

El 25 de enero de 2012 la Generalitat de Catalunya requiere respuesta inmediata por parte de Qatar Airways para cerrar la operación, ya que esta aerolínea tiene dudas en relación a las incertidumbres surgidas con las ayudas públicas

El 27 de enero de 2012 la Generalitat de Catalunya comunica oficialmente a SPANAIR que no invertirá más fondos públicos en la sociedad y, en consecuencia, la dirección decide paralizar las operaciones de vuelo y presentar el concurso voluntario de acreedores

ix. El 30 de enero de 2012 SPANAIR finalmente presentó ante el Decanato de los Juzgados de Barcelona la solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores, que fue acordada por Auto de este Juzgado de 1 de febrero de 2012

x. El 27 de julio de 2012 la administración concursal presentó Informe provisional, en el que se valoró la masa activa en 53.887.310 Euros y se cuantificó la masa pasiva en 587.464.116,43 Euros, de los que 508.654.113,85 Euros correspondían a créditos concursales y 78.810.002,58 Euros, a créditos contra la masa

xi. Tras los incidentes de impugnación, la administración concursal presentó los Textos Definitivos del informe, en los cuales se fijó el valor de la masa activa en 52.448.527 Euros y el importe de la masa pasiva en 571.831.765,19 Euros, de los que 499.747.528,90 Euros corresponden a créditos concursales y 72.084.236,29 Euros, a créditos contra la masa abriéndose la fase de liquidación por Auto de 24 de mayo de 2013 y aprobándose el Plan de Liquidación por Auto de 23 de septiembre de 2013

xii. Con anterioridad a la declaración de concurso y, en concreto, desde mayo de 2011, SPANAIR ha recibido financiación por parte de sus accionistas, de la siguiente forma:



www.civil-mercantil.com

El 24 de mayo de 2011 la Generalitat de Catalunya acuerda en sesión de Gobierno autorizar a AVANÇSA a aportar recursos a Spanair, directamente o a través de IEASA, hasta un máximo de 56.000.000 de Euros, mediante préstamo participativo o bien directamente como ampliación de capital, otorgándose escritura de préstamo participativo el 1 de julio de 2011 y, simultáneamente, entregándose la cantidad de 20 millones de Euros, con entrega de los 36 millones de Euros restantes el 28 de julio, el 29 de agosto y el 27 de octubre de 2011 a través de sucesivas actas notariales, controlando AVANÇSA a partir de este momento las decisiones de la sociedad, para lo cual se celebraban reuniones semanales en el Palau de la Generalitat de una Comisión interdepartamental formada por representantes públicos y de la compañía, en la que se estudiaban no solamente las actividades y decisiones del día a día de la concursada, sino también la evolución de las negociaciones de entrada de un socio industrial

El 31 de octubre de 2011 se suscribe contrato privado de línea de crédito por un importe máximo de 10 millones de Euros por parte de FIRA, en su calidad de accionista de SPANAIR

El 30 de noviembre de 2011 AVANÇSA concede a la concursada, previo acuerdo del Gobierno de la Generalitat, un nuevo préstamo de 15 millones de Euros, a través de escritura pública de préstamo participativo, con sucesivos desembolsos parciales el 2 y el 12 de diciembre de 2011 a través de sendas actas notariales

El 4 de enero de 2012 se otorga por AVANÇSA nueva escritura pública de préstamo participativo por importe de 10 millones de Euros, previo acuerdo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya, dentro del cual se autorizaba a invertir la cantidad máxima de 215 millones de Euros entre 2012 y 2018

xiii. Igualmente con anterioridad a la declaración de concurso y, en concreto, desde agosto de 2010, SPANAIR mantenía una deuda con la entidad pública AENA por importe de unos 50 millones de Euros, derivada del impago en sucesivos períodos de las tasas aeroportuarias, que son recaudadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). El importe adeudado a 30 de junio de 2011 era de 59.593.303,20 Euros. De dicha cantidad se produjeron diferentes vicisitudes en cuanto a la petición de aplazamiento de pago de las mismas y que se dividen en cuatro períodos que podemos denominar "paquetes de deuda con AENA", todo ello de la siguiente forma:

Periodo julio-agosto de 2010 por importe de 12.486.825,25 Euros, incluidos recargos de apremio, posteriormente compensados con IVA a devolver, quedando un importe debido, incluyendo intereses, de 7.786.363,49 Euros. Se solicita el aplazamiento en el pago y se recurren los apremios por encontrarse la sociedad en una "situación transitoria de ausencia de liquidez", según la petición, con compromiso de otorgar hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles de su propiedad. El aplazamiento fue concedido el 23 de noviembre de 2011, condicionado a la constitución de hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR, si bien la garantía no llegó a constituirse por lo cual el aplazamiento no llegó a formalizarse. El 23 de noviembre de 2010 se notificaron ocho (8) providencias de apremio sobre esta deuda, interponiéndose reclamación económico-administrativa que fue desestimada. A su vez, se interpuso recurso contencioso-administrativo, que se halla pendiente de resolución

Periodo septiembre-octubre de 2010 por importe de 15.547.034,28

Euros. Se solicitó el aplazamiento de esta deuda, que fue denegado por no haberse justificado suficientemente la valoración de los bienes ofrecidos en garantía. Se interpuso reclamación económico-administrativa, que está pendiente de resolución. Por otro lado, se solicita la suspensión del acuerdo que deniega el aplazamiento, que también fue finalmente denegada el 4 de febrero de 2011, interponiéndose incidente contra dicha denegación,



www.civil-mercantil.com

dictándose el 10 de mayo de 2012 resolución por la que se desestimó el incidente, no continuando las reclamaciones. En relación con este paquete, la AEAT notificó doce (12) providencias de apremio, presentándose el 23 de junio de 2011 recurso de reposición ante la AEAT con petición de suspensión, sin garantías, de las providencias de apremio. El 23 de diciembre de 2011 se acuerda anular los recargos de apremio, mientras que la suspensión fue denegada, sin que conste resolución económico-administrativa sobre la denegación de los aplazamientos

Periodo diciembre de 2010-enero de 2011 por importes respectivos de 7.338.732,88 Euros y 7.077.326,68 Euros, respecto de los cuales también se solicitó aplazamiento, comprometiéndose a constituir, en cuanto se acordase la concesión, hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR. Dicha solicitud de aplazamiento fue denegada el 11 de marzo de 2011, interponiéndose recurso contencioso-administrativo, no constando resolución en el expediente. En relación con la suspensión de los acuerdos que deniegan los aplazamientos recurridos de este período, se solicitó suspensión de la ejecutividad del acuerdo de denegación del aplazamiento el 20 de abril de 2011 con dispensa total de garantías, no admitiéndose la solicitud el 28 de noviembre de 2011 e interponiéndose contra ella recurso contencioso-administrativo el 10 de febrero de 2012, desestimado el 22 de marzo de 2012

Periodo mayo-junio de 2011 por importes respectivos de 8.869.639,63 Euros y 9.020.354,77 Euros. Se solicita aplazamiento el 29 de julio de 2011 y un nuevo aplazamiento dentro de un proyecto de reconsideración conjunto y global de deuda tanto frente a AENA como frente a la AEAT, con calendario conjunto de pagos y garantías parciales conjuntas para ambos organismos tras una reunión conjunta mantenida el 14 de julio de 2011. SPANAIR presentó escrito el 5 de agosto de 2011 poniendo de manifiesto la imposibilidad de atender los pagos según el calendario propuesto por AENA/AEAT y ratificando la necesidad de aplicar el calendario propuesto el 21 de julio de 2011, que AENA/AEAT no aceptaba. El aplazamiento solicitado en primer lugar fue denegado el 28 de octubre de 2011, interponiéndose reclamación económico-administrativa en noviembre de 2011, que se halla pendiente de resolución. En cuanto a la suspensión de los acuerdos que deniegan los aplazamientos, el 7 de junio de 2012 se denegó finalmente la solicitud, decidiéndose no interponer más recursos

En todo caso, la deuda impagada a AENA a 10 de julio de 2014 es de 42.613.188,79 Euros, correspondientes a tasas y suministros entre agosto de 2010 y febrero de 2012, pues se han pagado 8 millones de Euros de la deuda original por parte de SAS a través de una escritura de reconocimiento de deuda de 11 de junio de 2013, entre junio de 2013 y julio de 2014, acordándose un pago adicional de 4 millones de Euros el 31 de diciembre de 2014

Octavo. Resolución de todas las cuestiones planteadas.

50. Teniendo en cuenta todas las alegaciones de las partes, así como las pruebas practicadas durante la tramitación de la presente sección de calificación, que serán valoradas a continuación en lo que sea menester, procede entrar a resolver las distintas cuestiones planteadas, todas ellas referidas a la única causa de culpabilidad alegada en la sección por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, cual es la culpabilidad por el retraso de cinco (5) meses en la presentación de la solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores por parte de SPANAIR, conforme a lo dispuesto en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal, en relación con la existencia de dolo o culpa grave prevista en el Artículo 164.1 de la misma Ley.

A) La condición de AVANÇSA como administrador de hecho de SPANAIR

51. Si bien el dictamen del Ministerio Fiscal, con base en la "Nota descriptiva, als efectes de la seva aportació al procediment de concurs de creditors de la companyia Spanair,



www.civil-mercantil.com

de les actuacions portades a terme per la Generalitat de Catalunya", extiende la responsabilidad concursal a AVANÇSA, señalando a dicha sociedad como administrador de hecho de la concursada, esta circunstancia no debe tenerse como hecho controvertido a resolver, no solamente por la existencia de esa Nota descriptiva y su contenido, sino por el propio reconocimiento que el Letrado de AVANÇSA realizó al inicio de la vista de calificación, afirmando sin dar lugar a dudas o error que AVANÇSA fue, desde el otorgamiento del primer préstamo participativo que se ha mencionado en los hechos probados, administrador de hecho de SPANAIR, controlando las decisiones operativas y del día a día de la sociedad con la designación de un observador permanente en el Consejo de Administración y manteniendo sus representantes reuniones semanales con los representantes de SPANAIR y miembros de distintos departamentos de la Generalitat de Catalunya.

52. Esta condición de administrador de hecho de AVANÇSA queda completamente ratificada y probada con la declaración del testigo don Hilario en la vista de calificación, el cual, además de ratificarse en el contenido completo de la Nota descriptiva y en que él mismo fue quien la firmó, declaró, entre otras cosas, que la Generalitat concedió el préstamo inicial de 56 millones de Euros para pilotar las negociaciones con Qatar Airways y gestionar la sociedad, que los Consejeros de la Generalitat eran plenamente conscientes de la situación y que las inversiones posteriores estaban justificadas para el seguimiento de la actividad, ya que tenían el control de la compañía. El testigo declaró como el representante de un verdadero administrador de hecho, conociendo todos los datos y detalles de la actividad de SPANAIR y hablando en primera persona. Asimismo, las respuestas escritas aportadas a los autos por el Sr. Camilo y el Sr. Justo ratifican íntegramente esta condición de AVANÇSA como administrador de hecho de SPANAIR.

53. Entre otras cosas, Don. Camilo declaró que "hi havia doncs dos objectius clars: (i) salvar la companyia i els milers de llocs de treball que en depenien (més de 4.000), i (ii) aconseguir un objectiu estratègic d'interès general i en benefici del territori: la promoció d'un aeroport internacional a Barcelona, amb connexions amb la resta del món a l'altura de la seva realitat econòmica", que "el govern de la Generalitat, per aquestes raons, va decidir implicar-s'hi des de l'any 2009", que "cada divendres hi havia una reunió interdepartamental per vetllar per la correcta destinació dels diners públics d'acord amb la finalitat de la seva concessió" y que "l'interès general de la Generalitat i el particular de SPANAIR eren compatibles, ja que conflüen cap a la creació d'una companyia aèria rendible. Les sinergies eren clares".

54. Por su parte, Don. Justo, en sus respuestas escritas, confirma las reuniones semanales y declara, entre otras cosas, que "havia un seguiment de la evolució del negoci i de la seva tresoreria i Avançsa participava a la comissió interdepartamental" y que la Generalitat, a través de AVANÇSA, "figurava com a observador al consell d'administració i a la comissió executiva de SPANAIR".

55. Adicionalmente a las declaraciones de Don. Camilo, Justo y Hilario y al propio reconocimiento que AVANÇSA realiza tanto en la "Nota descriptiva, als efectes de la seva aportació al procediment de concurs de creditors de la companyia Spanair, de les actuacions portades a terme per la Generalitat de Catalunya" como en la propia declaración de su Letrado en la vista, los aspectos que llevan a la conclusión de que dicha sociedad era administradora de hecho de SPANAIR, además de accionista, son los siguientes:



www.civil-mercantil.com

i. La existencia de reuniones periódicas muy frecuentes en el Palau de la Generalitat entre miembros del Consejo de Administración y miembros de distintos Departamentos del Govern para el seguimiento de la gestión del día a día de la sociedad

ii. La constante y recurrente inversión de capital en la concursada a través de sucesivos préstamos participativos

iii. El seguimiento del destino de dicha inversión en cuanto a la aplicación de la misma a determinados gastos de la concursada

iv. El pilotaje, control y dirección de las negociaciones con Qatar Airways, participando en las distintas reuniones con los representantes de dicha compañía aérea y viajando a este país árabe

Por todo lo anterior, es evidente y ha quedado plenamente acreditada la posición de AVANÇSA como administrador de hecho de la concursada, por lo que dicha sociedad debe quedar afectada por la resolución que se dicte en la presente sección de calificación.

B) La condición de DON Luis Antonio como administrador de hecho de ITICSA e, indirectamente, de SPANAIR

56. Igualmente, el dictamen del Ministerio Fiscal incluye como persona afectada por la calificación de culpabilidad del concurso a DON Luis Antonio, ya que entiende que la entidad ITICSA, de la que el Sr. Luis Antonio era la persona física designada para representarle en el Consejo de Administración de SPANAIR, tiene una naturaleza meramente instrumental y que, por tanto, al ser el Sr. Luis Antonio Presidente de TdB, de la que ITICSA es instrumental, y Vicepresidente y Consejero de IEASA, considera que debe inferirse que era el Sr. Luis Antonio quien directamente ejercía las funciones de Consejero en la concursada, las cuales sólo formal y aparentemente correspondían a ITICSA, todo ello con base en los Artículos 143 del Reglamento del Registro Mercantil y 242 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

57. La representación procesal del Sr. Luis Antonio y de ITICSA se opone a que se considere a aquél como administrador de hecho de ITICSA e, indirectamente, de la concursada y que, por tanto quede afectado directamente por la calificación del concurso. Para ello, alega que TdB es un consorcio con plena personalidad jurídica, integrado por la Cámara de Comercio de Barcelona, la Fundación Barcelona Promoción y el Ayuntamiento de Barcelona que cuenta con dos órganos de gobierno, uno de los cuales es el Comité Ejecutivo cuyo Presidente es el Sr. Luis Antonio, el cual tomó la decisión de invertir en SPANAIR para fomentar el desarrollo de una línea aérea catalana a través de la constitución de ITICSA, que fue la que realizó directamente la inversión, como ya se ha indicado en los hechos probados, designando a dicha sociedad como miembro del Consejo, la cual, en diversas reuniones, facultó al Sr. Luis Antonio tanto para suscribir acciones de la concursada como para intervenir en su nombre en las reuniones del Consejo (Documentos nos 3 al 6 de la contestación). En cuanto al ejercicio del cargo, esta parte alega que todas las actuaciones y decisiones del Sr. Luis Antonio en el Consejo están soportadas por acuerdos previos tomados tanto en el Comité Ejecutivo de TdB como en los órganos de gobierno de ITICSA (Documentos nos 10 al 18 de la contestación).

58. El concepto de administrador de hecho recoge el concepto de dirigeant de fait del Derecho francés, amministratore di fatto del Derecho italiano o shadow director del Derecho inglés y puede definirse como aquel que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva



www.civil-mercantil.com

de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido. Y ello es evidente cuando suscribe, por ejemplo, compromisos de pago.

59. Ya las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 , de 12 de septiembre de 2011 y de 6 de octubre de 2011 recogieron la posible responsabilidad concursal del administrador de hecho, a los efectos de imputarle la calificación de culpabilidad del concurso. Así, por ejemplo, la Sentencia de 6 de octubre de 2011 señala que "la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- que la misma establece cumple una función de resarcimiento del «daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa ».

60. Por lo tanto, cabe la imputación de la calificación de culpabilidad tanto de los administradores de derecho como de los de hecho, incluso, aunque la misma persona tenga esa doble condición, pues puede ocurrir que coincidan en esa misma persona las cualidades de administrador de hecho y, durante un tiempo, de administrador de derecho. Por lo tanto, para resolver la cuestión de la imputación de responsabilidad del Sr. Luis Antonio es necesario determinar si por esta cualidad puede ser declarado responsable.

61. Considerando todo lo anterior, y aplicándolo al caso enjuiciado, considero que no es posible imputar a DON Luis Antonio la condición de administrador de hecho de ITICSA y, por tanto, de SPANAIR, pues se ha acreditado de forma suficiente a través de las actas de las reuniones del Comité Ejecutivo de TdB y de los órganos de gobierno de ITICSA que el Sr. Luis Antonio actuaba en el Consejo de la concursada como un mero representante persona física de la persona jurídica ITICSA, que era el verdadero miembro del Consejo de Administración de SPANAIR. El Sr. Luis Antonio seguía, en la toma de decisiones en el Consejo de la concursada, las instrucciones que recibía de ITICSA y, en último término, de Tdb, que era la persona jurídica que había decidido la inversión en SPANAIR, vehiculando dicha inversión a través de ITICSA, que fue la designada como miembro del Consejo de Administración de la compañía.

C) La deuda de SPANAIR con AENA/AEAT por el impago de tasas aeroportuarias y suministros desde agosto de 2010. Los cuatro "paquetes de deuda" y las solicitudes de aplazamiento y suspensión de la denegación de las mismas. Exigibilidad de las deudas tributarias en relación con el procedimiento concursal

a. Supuesto de hecho y alegaciones de las partes

62. La segunda de las cuestiones que se plantean como hecho controvertido en esta sección de calificación del concurso de SPANAIR, en todo caso referida a la causa prevista en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal , es la de la exigibilidad de la deuda que la concursada mantenía con AENA/AEAT en referencia a las tasas aeroportuarias que toda compañía aérea que opere en España debe abonar por el hecho de realizar las operaciones de aterrizaje y aproximación en los correspondientes aeropuertos sitios en territorio nacional. Las referidas tasas deben considerarse como pagos administrativos y, por ello, para la recaudación de las mismas ostenta la competencia la AEAT, siendo, por tanto, aplicable a dicha recaudación tanto la Ley General Tributaria como el Reglamento General de Recaudación.



www.civil-mercantil.com

63. Como ya se ha señalado a la hora de relacionar tanto las alegaciones de las partes como en la consideración de los hechos probados, SPANAIR tenía una deuda con AENA/AEAT por distintos períodos de los ejercicios 2010 y 2011, los que se ha denominado en este procedimiento los cuatro "paquetes de deuda de AENA", respecto de los cuales la concursada fue solicitando sucesivamente en el tiempo, desde la notificación del pago de tasas correspondientes a julio y agosto de 2010, aplazamiento y fraccionamiento en el pago de la deuda, con solicitud expresa de suspensión del acto administrativo correspondiente, que no era otro que la obligación de pago de esas tasas, es decir, el devengo sucesivo de las mismas. Dichas solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de los paquetes de deuda fueron sistemáticamente desestimadas por la AEAT, salvo en el caso del período julio-agosto de 2010, que fue concedido el 23 de noviembre de 2011, si bien condicionada a la aportación de garantías, que nunca se aportaron, así como denegadas las solicitudes de suspensión de los distintos actos administrativos, todo lo cual fue sucesivamente recurrido por la compañía hasta llegar a la vía económico-administrativa y contencioso-administrativa, con el resultado que para cada uno de estos recursos consta en la relación de hechos probados. En este sentido, y como declaró en la vista el Sr. Rodrigo, "las solicitudes de aplazamiento comienzan a producirse en diciembre de 2011 como una forma de negociar ese pago con AENA/AEAT y evitar la exigibilidad de las mismas", aun cuando sí afirmó que "entendía que esas tasas estaban vencidas".

64. La administración concursal, en su informe de calificación, y en el mismo sentido el dictamen del Ministerio Fiscal, afirma que el importe comunicado por AENA como deuda fue de 59.593.303,20 Euros, según consta en la comunicación de AENA aportada a los autos y en la lista de acreedores del informe de dicha administración concursal. Con respecto a este importe, y en cuanto a la exigibilidad del mismo, concluye la administración concursal, y se adhiere el Ministerio Fiscal, que la existencia de solicitudes de aplazamiento pendientes de resolución en la época en que se fija la insolvencia no debe ser óbice para declarar ésta, por cuanto la mera solicitud de aplazamiento evidencia la imposibilidad de cumplir con las obligaciones respectivas en el momento de su vencimiento. Este incumplimiento es un hecho revelador de la insolvencia, siendo aplicable el Artículo 2.4.4º de la Ley Concursal, pues SPANAIR conocía en junio de 2011 la desestimación de las solicitudes de aplazamiento y la denegación de las solicitudes de suspensión de la ejecutividad de esas resoluciones de denegación de aplazamiento. El hecho de que finalmente no fueran concedidos los aplazamientos de las liquidaciones de julio y agosto de 2010 (en este caso por no aportarse la garantía de que dependía su concesión) y de mayo y junio de 2011, no hace sino confirmar el criterio anterior.

65. Por su parte, todos los demandados defienden la no exigibilidad de la deuda con AENA/AEAT precisamente por el hecho de que sobre dicha deuda había sido solicitado el aplazamiento y fraccionamiento de la misma, con base en las afirmaciones del perito Sr. Gumersindo, el cual concluye que la mera solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago de la deuda tributaria conlleva la paralización del procedimiento de recaudación y la inexistencia de la deuda, se conceda o no el aplazamiento o fraccionamiento solicitado.

66. Por lo tanto, la cuestión a dilucidar se centra no tanto en el vencimiento de la deuda con AENA/AEAT, cuestión sobre la que las partes parecen estar de acuerdo en cuanto a que dicha deuda sí estaba vencida, sino en la cuestión de la exigibilidad de dicha deuda, en el sentido de que si la deuda no era exigible, por el hecho de la tramitación administrativa de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento, e incluso por la existencia de negociaciones sobre calendarios globales de pago, no cabe afirmar que fuera pasivo a considerar a 30 de



www.civil-mercantil.com

junio de 2011, a los efectos de determinar si la sociedad era insolvente a esa fecha. Para ello, considero que es necesario analizar si dicha deuda era exigible desde el punto de vista tributario y, en relación con dicho concepto, qué ocurre con esta deuda a los efectos de un procedimiento concursal, ya que el término exigibilidad concursal solamente debe ponerse en relación con las deudas o el pasivo que debe reconocerse en ese mismo procedimiento.

b. Exigibilidad tributaria. Legislación aplicable

67. Teniendo en cuenta la cuestión que se plantea, parece conveniente iniciar el análisis con un repaso de la legislación aplicable al caso, a los efectos de determinar cuándo se produce la exigibilidad de las deudas tributarias:

El Artículo 20 de la Ley General Tributaria señala que "el hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal. La ley podrá completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción"

El Artículo 21 de la misma Ley establece que "el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal. La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa. La ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo"

El Artículo 65.5 de la Ley referida prevé que "la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora. Las solicitudes en período ejecutivo podrán presentarse hasta el momento en que se notifique al obligado el acuerdo de enajenación de los bienes embargados. La Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento. No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento"

Los Artículos 161.2 y 161.4 de la misma Ley establecen que "la presentación de una solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo durante la tramitación de dichos expedientes. La interposición de un recurso o reclamación en tiempo y forma contra una sanción impedirá el inicio del período ejecutivo hasta que la sanción sea firme en vía administrativa y haya finalizado el plazo para el ingreso voluntario del pago. (...) El inicio del período ejecutivo determinará la exigencia de los intereses de demora y de los recargos del período ejecutivo en los términos de los artículos 26 y 28 de esta ley y, en su caso, de las costas del procedimiento de apremio"

Por último, el Artículo 165.2 de la Ley General Tributaria fija que "el procedimiento de apremio se suspenderá de forma automática por los órganos de recaudación, sin necesidad de prestar garantía, cuando el interesado demuestre que se ha producido en su perjuicio error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda, que la misma ha sido ingresada, condonada, compensada, aplazada o suspendida o que ha prescrito el derecho a exigir el pago"

Por su parte, en cuanto al Reglamento General de Recaudación, serían aplicables los Artículos 44 a 54. Entre ellos, el Artículo 47.3, que señala que "la inadmisión implicará que la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se tenga por no presentada a todos los efectos", el Artículo 48.7, según el cual "transcurrido el plazo de dos meses sin haberse formalizado las garantías, las consecuencias serán las siguientes: a) Si la solicitud fue presentada en período



www.civil-mercantil.com

voluntario de ingreso, se iniciará el periodo ejecutivo al día siguiente de aquel en que finalizó el plazo para la formalización de las garantías, debiendo iniciarse el procedimiento de apremio en los términos previstos en el artículo 167.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , exigiéndose el ingreso del principal de la deuda y el recargo del periodo ejecutivo. Se procederá a la liquidación de los intereses de demora devengados a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario hasta la fecha de fin del plazo para la formalización de las garantías sin perjuicio de los que se devenguen posteriormente en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . b) Si la solicitud fue presentada en periodo ejecutivo de ingreso, deberá continuar el procedimiento de apremio", el Artículo 51.2, que establece que "durante la tramitación de la solicitud el deudor deberá efectuar el pago del plazo, fracción o fracciones propuestos en aquella", el Artículo 51.3, que prevé que "si en cualquier momento durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento el interesado efectúa el ingreso de la deuda, la Administración liquidará intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario hasta la fecha del ingreso" y el Artículo 52.4, que determina que "si la resolución dictada fuese denegatoria, las consecuencias serán las siguientes: a) Si la solicitud fue presentada en periodo voluntario de ingreso, con la notificación del acuerdo denegatorio se iniciará el plazo de ingreso regulado en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . De no producirse el ingreso en dicho plazo, comenzará el periodo ejecutivo y deberá iniciarse el procedimiento de apremio en los términos previstos en el artículo 167.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . De realizarse el ingreso en dicho plazo, procederá la liquidación de los intereses de demora devengados a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario hasta la fecha del ingreso realizado durante el plazo abierto con la notificación de la denegación. De no realizarse el ingreso los intereses se liquidarán hasta la fecha de vencimiento de dicho plazo, sin perjuicio de los que puedan devengarse con posterioridad conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . b) Si la solicitud fue presentada en periodo ejecutivo de ingreso, deberá iniciarse el procedimiento de apremio en los términos previstos en el artículo 167.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , de no haberse iniciado con anterioridad".

c. Exigibilidad tributaria. Jurisprudencia interpretativa

68. La anterior regulación ha sido interpretada, como no podía ser de otro modo, por la jurisdicción contencioso- administrativa. Así, entre otras, la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2002 señala que "cabe recordar que, de acuerdo con los artículos 35 y 58 de la Ley General Tributaria --que enumeran sistemáticamente las prestaciones que incumben al sujeto pasivo de los tributos-- la obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el «pago de la deuda tributaria», consistiendo en la entrega de una suma de dinero que, a su vez, es calificada como «cuota tributaria» por los artículos 55 y 58 de la propia Ley General Tributaria ; de ahí que no pueda confundirse, como se hace en la demanda, la existencia de la deuda tributaria, incluso su exigibilidad y liquidez, con su determinación pendiente de una concreta liquidación", mientras que la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009 señala, en materia de declaración-autoliquidación de deudas tributarias, que "en el procedimiento de declaración-autoliquidación , esta Sala Tercera ha mantenido doctrina reiterada y completamente consolidada, consistente en sostener que la obligación tributaria nace "ex lege", por realización del hecho imponible, es decir se devenga (concepto estrictamente fiscal), en la fecha concreta que determinan las respectivas leyes tributarias, es



www.civil-mercantil.com

exigible durante el período reglamentario de presentación de las respectivas declaraciones, es líquida, por imperio de la Ley, toda vez que durante dicho período de tiempo el sujeto pasivo está obligado a liquidarla, y es vencida a partir del día primero de dicho período, aunque el sujeto pasivo pueda pagarla durante el período referido. En consecuencia, a partir del día siguiente al de terminación del período de presentación de las declaraciones-autoliquidaciones, la Administración tributaria tiene el derecho a exigir intereses de demora, sin intimación alguna, siempre que no sea presentada la declaración- autoliquidación, como es el caso, o ésta no sea veraz".

d. Exigibilidad tributaria. Conclusiones

69. Por lo tanto, aun cuando la deuda de SPANAIR con AENA/AEAT por las tasas aeroportuarias se deriva de liquidaciones efectuadas por la AEAT, dentro del marco de su competencia, y no de autoliquidaciones de la concursada, de una lectura de la legislación que ha sido indicada, con aplicación al concreto tributo de que se trata, así como de la jurisprudencia interpretativa de la misma, considero que la exigibilidad de estas tasas se produce desde el mismo momento en que se liquidan por la administración, todo ello sin perjuicio de que el obligado tributario, en este caso, SPANAIR, solicite o no aplazamiento y fraccionamiento del pago de dicha deuda. Las tasas, pues, eran exigibles desde el mismo momento en que fueron liquidadas por la administración, sin perjuicio de que en el momento de notificación de la liquidación se solicitase su aplazamiento y fraccionamiento o existiesen negociaciones para un calendario global de pagos. Y ello queda, además, acreditado por el hecho de que AENA/AEAT inició los correspondientes procedimientos de ejecución, dictando providencias de apremio, que, salvo en un caso puntual, no fueron anulados por la AEAT, así como imponiendo intereses de demora, los cuales, como señala uniforme y constante jurisprudencia, se devengan desde el mismo momento en que se incumple la obligación exigible de pago y se inicia el procedimiento ejecutivo de apremio - entre otras, además de las ya indicadas, Sentencias de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 8 de marzo de 2004, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 5 de marzo de 2004, de la Sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004 y de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 8 de junio de 2007 -.

70. No hay, por tanto, que confundir exigibilidad y vencimiento con firmeza, dado que si bien las distintas resoluciones sobre las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento habían sido denegadas, dichas resoluciones no eran firmes, pues habían sido recurridas, pero las deudas sí estaban vencidas y eran exigibles. Considero que la falta de ejecución contra los bienes de SPANAIR por parte de AENA/AEAT no debe confundirse con falta de exigibilidad y/o vencimiento de la deuda, sino con el hecho de que la denegación de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento no eran firmes y tampoco lo eran los actos administrativos de denegación de la suspensión, pues todo ello se encontraba en fase de recurso, existiendo, además, negociaciones con AENA/AEAT sobre un calendario global de pago de las deudas, lo que no empece, repito, para que deban considerarse las deudas vencidas y exigibles.

71. Recordemos que el único aplazamiento concedido no se notificó hasta el 23 de noviembre de 2011 y con la condición sine qua non de la aportación de garantías. Los administradores de la concursada, que habían solicitado los aplazamientos y fraccionamientos precisamente por razón de una situación transitoria de falta de liquidez, debían haber tenido en



www.civil-mercantil.com

cuenta esa situación de plena exigibilidad, pues, como dice la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de febrero de 2010 , "la solicitud de aplazamiento es un hecho inequívocamente significativo del conocimiento de la situación de insolvencia", lo cual es confirmado por las Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de diciembre de 2010 y de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2008 .

e. Exigibilidad civil de las deudas

72. Este concepto de exigibilidad también puede predicarse desde el punto de vista civil, ya que, como dice la Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de octubre de 2012, "es constante la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que viene determinando que, en supuestos como el presente, para la fijación de la deuda no se precisa más que de una simple operación matemática, surgiendo la exigibilidad desde el momento mismo de la firma del contrato, aunque se establezcan cuotas periódicas, por lo que producido el impago en los términos pactados la liquidación de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética. Así y entre otras muchas se pronuncian las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1995 (recurso 1192/92) , 9 de noviembre de 1998 (recurso 1825/94) y 30 de diciembre de 1998 (recurso 2199/94)", lo cual no viene sino a confirmar el mismo criterio a cuya conclusión he llegado con anterioridad.

f. Exigibilidad de la deuda tributaria y reconocimiento de la misma en sede concursal

73. Quedaría, por fin, la consideración de la exigibilidad desde el punto de vista concursal, dentro de cuyo ámbito, si bien no existe como tal el concepto de "exigibilidad concursal", sí que es necesario un análisis del reconocimiento de los créditos en el concurso y, en concreto, de los créditos públicos, ya que ese reconocimiento varía significativamente en relación con los créditos de los acreedores privados.

74. Dentro de la denominada fase común, el procedimiento concursal tiene como objetivo primordial la determinación de la masa activa, a través del inventario, y la concreción de la masa pasiva, a través de la elaboración de la lista de acreedores. De ambas funciones se encarga la administración concursal a través del llamado "informe del Artículo 75 de la Ley Concursal , primero provisional y posteriormente textos definitivos, tras la tramitación de las impugnaciones prevista en los Artículos 96 y siguientes de la Ley Concursal . El listado de acreedores es un documento esencial para determinar los créditos reconocidos en el concurso. Y la administración concursal debe reconocer los créditos no solamente con base en la documentación aportada por el deudor, sino también con base en las comunicaciones de créditos que los acreedores deben enviar en el plazo que marca el Artículo 21.1.5º de la Ley Concursal .

75. Sin embargo, entre las normas relativas al reconocimiento de créditos existen disposiciones que restringen el margen de actuación que tiene la administración concursal en cuanto a dicho reconocimiento, entendido en cuanto a reconocimiento forzoso. Así, el Artículo 86 de la Ley Concursal dispone que "corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso. Se incluirán



www.civil-mercantil.com

necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso".

76. Estas exigencias producen importantes consecuencias, entre las que pueden destacarse (i) que la administración concursal debe decidir en relación con todos y cada uno de los créditos que hayan sido comunicados en tiempo y forma, (ii) que la administración concursal debe pronunciarse sobre todos los créditos que resulten de los libros y documentos del deudor, aun cuando no haya habido comunicación, (iii) que la administración concursal debe pronunciarse sobre aquellos créditos que por cualquier causa distinta de las anteriores consten en el concurso, (iv) que la administración concursal debe reconocer necesariamente una serie de créditos enumerados en la Ley, con independencia de su comunicación por el acreedor y también con independencia de que consten o no en la documentación del deudor y (v) que la falta de comunicación de estos créditos por sus acreedores en tiempo y forma no lleva aparejada necesariamente la consecuencia de la degradación del crédito, ya que estos créditos, además de ser reconocidos a pesar de la inactividad del deudor, lo serán conforme a su naturaleza.

77. Y ahí entran los denominados "créditos públicos", ya que tras la aprobación de la Ley Concursal, partiendo del referido Artículo 86 de la norma, podemos llegar a la conclusión de que las administraciones públicas no están sujetas al régimen general de comunicación de créditos, por lo que el interés se centra en determinar cuál es el documento que permite la inclusión necesaria del crédito tributario en la lista de acreedores. A estos efectos, la Instrucción Quinta de la Circular 3/1990 señalaba que la Dependencia de Recaudación expediría relación certificada de las deudas liquidadas con detalle, por cada una, del concepto, período, fecha e importe. Requería, por tanto, un título mediante el cual la Hacienda acreditara su derecho, extendido por un órgano de la propia administración tributaria. Así, el Reglamento General de Recaudación establece que "los créditos de la Hacienda Pública quedarán justificados mediante certificación expedida por el órgano competente". La clase de título que se deberá certificar dependerá de la fase procedimental en que se halle cada crédito tributario, aunque, en rigor, el documento que deberá presentarse a la administración concursal será la referida relación certificada de deudas, que recogerá, básicamente, el contenido de aquél título.

78. Si la deuda no está apremiada - es decir, está en período voluntario o ha entrado en período ejecutivo -, será documento suficiente para justificar el crédito el acto de liquidación dictado por el órgano de gestión o de inspección que corresponda o la autoliquidación presentada por el deudor, en caso de que ésta se realizara sin ingreso. Si la deuda se encuentra apremiada, habrá que certificar la existencia de la deuda mediante el correspondiente título ejecutivo que, en el momento actual, es la providencia de apremio dictada por la Administración, la cual posee la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial.

79. Una cuestión que sigue despertando particular interés, no obstante, es la diferenciación entre las deudas anteriores y las posteriores al proceso, pues sólo en las primeras procederá, en su caso, la paralización del procedimiento de apremio. La determinación del carácter concursal o postconcursal del crédito nunca fue del todo pacífica, pues la Circular 3/1990 no arrojaba demasiada claridad. En efecto, su Instrucción Quinta 2.2 establecía que debía acudirse a la fecha de vencimiento del plazo de presentación de la



www.civil-mercantil.com

autoliquidación en caso de deudas que se ingresasen mediante ésta y, en los demás casos, a la fecha del vencimiento del período voluntario de pago. Sin embargo, la Instrucción señala textualmente que "las deudas devengadas antes de la fecha del proceso, cuyo período voluntario de ingreso no hubiera vencido en dicha fecha, no incluirían el recargo de apremio ni los intereses de demora". También establece que, respecto de las deudas devengadas después del proceso, se actuaría conforme a la Instrucción Sexta apartado 4, que regulaba las deudas de fecha posterior a la fecha del proceso o deudas contra la masa. Con ello, estaba reconociendo que las deudas devengadas antes eran concursales y que las devengadas después se convertían en créditos contra la masa. La elección de uno u otro criterio, es decir, del criterio del vencimiento o del criterio del devengo nos lleva a resultados bien distintos, v.gr., el supuesto de devengo o vencimiento en materia de IVA.

80. Dado que la Ley General Tributaria, como hemos visto, distingue entre devengo y exigibilidad, esa diferenciación determinará la naturaleza concursal o postconcursal de los créditos públicos. Determinada, pues, la exigibilidad de la deuda con AENA/AEAT, que debe considerarse anterior a la declaración de concurso, los créditos derivados de las tasas aeroportuarias serían créditos concursales, sin perjuicio de su naturaleza privilegiada o no, al amparo de los Artículos 89 , 90 y 91 de la Ley Concursal

81. Determinada la necesidad de reconocimiento que para la administración concursal establece el Artículo 86 de la Ley Concursal respecto a las deudas derivadas de certificación administrativa, ésta, en el concurso de SPANAIR, estaba obligada a dicho reconocimiento, con base en el importe certificado por la correspondiente administración, la cual, al certificar, en un principio, el importe de 59.198.615,41 Euros, el mismo debía ser reconocido porque de esa certificación debe entenderse que el crédito era líquido, vencido y exigible, sin perjuicio de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento que se encontrasen en trámite de resolución inicial o de recurso. Y ello por cuanto la comunicación del crédito tributario es una carga irrenunciable para la administración concursal. Es de ver del Documento nº 21 de la contestación de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos que la comunicación de AENA nada dice respecto a esas solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento, por lo que ese es el Documento válido para entender, dentro del procedimiento concursal, que esa deuda era exigible y no las certificaciones posteriores de la AEAT de 21 de junio y 4 de noviembre de 2011 (Documentos nos 39 y 40 de esa misma contestación). La reducción posterior de la deuda a través de pagos posteriores o de la ejecución del aval de SAS, conforme a la respuesta al oficio remitido por este Juzgado, en nada influye para considerar que esa deuda era exigible a 30 de junio de 2011. De hecho, el reconocimiento de deuda suscrito por SAS es de fecha muy posterior, como puede verse en la contestación de AENA al oficio remitido por este Juzgado.

82. Pero es que, a mayor abundamiento, esta conclusión queda reforzada por el hecho de que los Artículos 87.1 y 87.2 de la Ley Concursal establecen que "los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores. A los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía



www.civil-mercantil.com

administrativa o jurisdiccional, aún cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida, les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior. Por el contrario, los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en el caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia". Así fue confirmado por el perito Sr. Conrado a preguntas de este Juzgador en la vista.

83. Ello significa que el crédito de AENA/AEAT, que era exigible desde el punto de vista tributario, debía ser considerado como un pasivo exigible a efectos concursales a 30 de junio de 2011, ya que, según nuestro ordenamiento tributario, con la realización del hecho imponible se produce el nacimiento de la obligación tributaria. Si bien la prestación que constituye el objeto de la obligación no tiene por qué ser exigible desde el mismo nacimiento de la obligación, es el devengo el momento a partir del cual la deuda tributaria es exigible, para lo que se concede el período voluntario de ingreso, con independencia de que se haya producido o no una solicitud de aplazamiento, ya que la denegación de la misma, así como de la suspensión de la ejecutividad de la denegación, implica la exigibilidad, conforme establecen los Artículos 62.2 de la Ley General Tributaria y 52.4 del Reglamento General de Recaudación y es necesario poner de manifiesto que los administradores de SPANAIR conocieron estas denegaciones mucho antes del 30 de junio de 2011 en la mayoría de los casos, por lo que eran perfectamente conocedores ex ante y no ex post de esa situación de insolvencia, lo que les permitía decidir en ese momento la presentación de la solicitud de concurso, lo cual, además, fue valorado en las reuniones del Consejo de Administración de la concursada, como es de ver en las actas incorporadas a los autos de la presente Sección de calificación.

D) De la situación de insolvencia de SPANAIR, S.A. Fijación del momento en el que se produce la insolvencia

a. Planteamiento de la cuestión. Alegaciones de las partes

84. Determinada la exigibilidad de la deuda tributaria representativa de los cuatro "paquetes de deuda" con AENA/AEAT por las tasas aeroportuarias, según se ha considerado con anterioridad, procede determinar si dicha deuda, su cuantía, así como el resto de deudas de la concursada determinaban su situación de insolvencia y, en caso de ser ello así, fijar la fecha en que los administradores conocieron o pudieron conocer esa situación de insolvencia, todo ello a los efectos de la presentación de la solicitud de concurso en el plazo fijado por el Artículo 5.1 de la Ley Concursal .

85. En este sentido, la administración concursal, a lo que se adhiere el Ministerio Fiscal, considera que, dada la exigibilidad de la deuda con AENA/AEAT y el impago de otros gastos corrientes de la concursada, SPANAIR se encontraba en situación de insolvencia y dicha situación fue conocida por los Consejeros el 30 de junio de 2011. Para ello, analiza no solamente la deuda vencida e impagada a esa fecha, sino que también compara distintos ratios de la evolución económica de la concursada durante 2010 y 2011 para concluir que existía un incumplimiento generalizado de pago de obligaciones corrientes



www.civil-mercantil.com

86. Por su parte, los demandados cuestionan el importe de la deuda vencida y los ratios aplicados y, con base en los tres (3) informes periciales aportados a los autos, concluyen que no existía una situación de insolvencia en SPANAIR a 30 de junio de 2011, ello con base en dos motivos: (i) el importe de la deuda no pagada no representaba más de un 10% del total pasivo de la sociedad a 30 de junio de 2011 y (ii) la concursada tenía plena capacidad de financiación de sus accionistas, principalmente, AVANÇSA, que fue sucesivamente aportando capital en forma de préstamos participativos para evitar la situación de insolvencia y conseguir la entrada de un socio industrial

87. Dentro de este párrafo, analizaré la existencia o no de una situación de insolvencia de la concursada, esto es, el cumplimiento o incumplimiento generalizado de obligaciones corrientes y consideraré, en su caso, la fecha de fijación de la misma, puesto que la cuestión de la financiación debe ser analizada en relación con la posible agravación de esa insolvencia, dentro del estudio de la actuación de los miembros del Consejo de Administración para evitarla, en su caso.

b. Legislación aplicable y cuestiones generales

88. Establece el Artículo 5 de la Ley Concursal que "el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente". El anterior Artículo 5.3 de la Ley fue derogado por la Ley 38/2011, que creó el Artículo 5 bis, el cual regula la comunicación de negociaciones para evitar una declaración de concurso, lo cual no es aplicable al presente caso. Por lo tanto, conforme al referido Artículo 5 de la Ley Concursal, el deudor tiene un plazo de dos (2) meses desde que conoció o pudo conocer la situación de insolvencia para solicitar el concurso voluntario y, en caso de no hacerlo, incurre en un retraso que puede ser calificado como culpable conforme a la presunción iuris tantum del Artículo 165.1º de la misma Ley. Y ese conocimiento de la situación de insolvencia es una cuestión de responsabilidad de los administradores de la persona jurídica, ya que deben actuar con la necesaria diligencia para evitar no sólo la situación de insolvencia, sino un posible retraso culpable. Y para ello, dado que la Ley Concursal no establece parámetros de conocimiento de ese estado de insolvencia, que depende de la responsabilidad, administración leal y diligencia de los administradores, sí fija presunciones para determinar, en caso de incumplimiento de ese plazo perentorio, cuándo los administradores han podido conocer ese estado. Y esas presunciones son las que para el concurso necesario señala el Artículo 2.2.4º de la Ley Concursal.

89. Así, el referido Artículo 2 de la Ley Concursal fija el llamado presupuesto objetivo del concurso, esto es, la situación de insolvencia y la define, así como establece esas presunciones a las que hacía referencia, previendo que "la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Si la solicitud de



www.civil-mercantil.com

declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. 4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades".

90. Por lo tanto, la insolvencia se define por la Ley Concursal como una situación en que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, es incapaz de afrontar de forma general el pago de las mismas. Y fija las presunciones de un posible concurso necesario, las cuales debemos relacionarlas con lo indicado para el Artículo 5 de la Ley, en el sobreseimiento general de obligaciones corrientes, la existencia de embargos que afecten de manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o liquidación apresurada de bienes o el incumplimiento de obligaciones tributarias, de Seguridad Social o laborales en los tres (3) meses anteriores a la declaración. De esta manera, debemos fijarnos en estas presunciones y analizar cuándo debe entenderse que existe situación de insolvencia para, a continuación, verificar si SPANAIR se encontraba en esta situación y, por último, en caso positivo, la fecha en la que se encontraba en dicha situación.

b. Jurisprudencia interpretativa del concepto de insolvencia y criterios defijación

91. La mejor manera de interpretar el concepto de insolvencia y en qué consiste el mismo es realizar un repaso de la jurisprudencia interpretativa de los Artículos 2 y 5 de la Ley Concursal que han realizado los Tribunales a lo largo de la aplicación de la Ley desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004. Tanto en el excelente informe de la administración concursal como en los distintos escritos de contestación se realiza un exhaustivo análisis y repaso de las resoluciones dictadas en este punto, por lo que la presente resolución, para evitar innecesarias repeticiones, no va a dejar constancia de todas y cada una de ellas, indicando, a los meros efectos ilustrativos, la que considera más ajustada, cual es la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2013 que señala que "para facilitar la petición de concurso necesario, a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el artículo 2.4 LC EDL 2003/29207 enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores; lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, y la prueba de la solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (artículo 18.2 LC EDL 2003/29207). Sin perjuicio, ya se ha dicho, de que pueda considerarse como síntoma significativo, incluso



www.civil-mercantil.com

casi decisivo, del estado de insolvencia la cesación generalizada en el pago de las obligaciones exigibles, lo que, evidentemente, puede manifestarse también como una consecuencia del estado de insolvencia".

92. De una exhaustiva lectura de todas las sentencias aportadas por las partes, así como de un estudio general y pormenorizado de las resoluciones dictadas en esta cuestión, considero que debe concluirse que una situación de insolvencia se produce cuando el deudor es incapaz de atender regularmente y de manera generalizada el pago de sus obligaciones exigibles. Teniendo en cuenta que se ha considerado como exigible la deuda con AENA/AEAT, es necesario analizar a continuación si SPANAIR, durante los ejercicios 2010 y 2011 era capaz de dicho cumplimiento de pago.

c. Determinación de si SPANAIR se encontraba en situación de insolvencia y fecha de fijación del momento de la insolvencia

93. Para resolver esta cuestión, es necesario analizar, por una parte, la cuantía de la deuda vencida e impagada de la concursada, en comparación con los distintos parámetros económico-financieros de la sociedad y, por otra parte, el porcentaje que dicha deuda vencida e impagada tenía frente al pasivo total, a los efectos de determinar si ese porcentaje resultante puede considerarse como un sobreseimiento o incapacidad generalizada de pago de las deudas corrientes.

94. Partiendo de las cifras aportadas en el informe de la administración concursal, ya que las mismas no son discutidas por los demandados - la discusión se centra en la aplicación al caso de estas cifras -, es posible afirmar sin lugar a dudas que el comienzo de los impagos de la concursada se producen durante el ejercicio 2010, sin perjuicio del hecho acreditado y no discutido - incluso es mencionada esta circunstancia en el Memorandum of Understanding (MoU) que SPANAIR suscribió con Qatar Airways - de que la sociedad fue acumulando pérdidas de manera muy significativa desde, al menos el ejercicio 2009. En ese ejercicio el importe de deuda vencida e impagada ascendió a 25.305.058,13 Euros, llegando esa deuda acumulada a 30 de junio de 2011 a ser de más de 50 millones de Euros e incrementándose sustancialmente durante los meses siguientes hasta la definitiva solicitud del concurso voluntario, en la cual se declaró un pasivo de 474.139.543,34 Euros, según la documentación aportada por la propia concursada en dicha solicitud, sin perjuicio de que en textos definitivos la cifra de pasivo se ha cuantificado por la administración concursal en el importe de 499.747.528,90 Euros. Dentro de esa deuda vencida e impagada, y acumulada, a 30 de junio de 2011, el importe que corresponde a la deuda de los cuatro paquetes de AENA/AEAT era de casi un 90% y ello sin perjuicio de los datos contenidos en la contestación al oficio remitido por este Juzgado, que no modifican el criterio anterior aun cuando la deuda acumulada sea sensiblemente inferior y ello por cuanto en dicho oficio AENA habla de pagos, renegociaciones y compensaciones posteriores todas ellas a la declaración del concurso.

95. Con base en el criterio sentado por la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 2013 , si comparamos ese importe de deuda vencida con el pasivo concursal, el porcentaje de la misma a 30 de junio de 2011 es de un 10% (Documento nº 10 de la demanda), teniendo en cuenta que la deuda con AENA/AEAT se ha considerado en esta resolución como exigible. Pero es necesario tener en cuenta que ese casi 90% del 10% que supone la deuda vencida e impagada de la sociedad en relación con el pasivo concursal supone que la concursada tenía el riesgo más que evidente, en caso de



www.civil-mercantil.com

mantenimiento de ese impago, de perder la licencia de vuelo necesaria para operar y, por tanto, de no continuar con la actividad de la sociedad, a pesar de lo cual la compañía seguía vendiendo billetes como si no ocurriese nada, dando al mercado una apariencia de solvencia que se puede calificar en ese momento de irreal.

96. No obstante lo anterior, otros ratios analizados por la administración concursal son aún más evidentes y tienen su base en la jurisprudencia que ha desarrollado el concepto de insolvencia con las magnitudes a considerar para determinarla. Así, del Documento nº 11 de la demanda se extrae la conclusión de que si comparamos la deuda exigible con los pagos mensuales de la sociedad, el porcentaje de impago era del 76% en junio de 2011, dado que sobre un gasto medio mensual de 66.137.458,68 Euros debe considerarse ese pasivo o deuda exigible e impagada en la anteriormente indicada cifra de 50.156.476,58 Euros, todo ello de acuerdo con el criterio sentado por la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 2013 . Y si, finalmente, se compara la deuda vencida e impagada más las pérdidas de la compañía con el pasivo concursal (Documento nº 12 de la demanda), tal como hace la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2013 , los porcentajes oscilan entre el 20% y el 80%, teniendo en cuenta que una parte muy significativa de ese pasivo concursal a considerar tiene y ha tenido en el concurso la calificación de subordinado, ya que corresponde a préstamos y aportaciones de las personas directamente relacionadas con la concursada, es decir, de los accionistas, como ha quedado acreditado y es un hecho no controvertido. Las cifras que se derivan del oficio respondido por AENA no modifican en lo sustancial el criterio anterior, pues suponen una reducción de un escaso 3% en los porcentajes anteriores.

97. Por otro lado, si se analizan otras magnitudes, como el fondo de maniobra de la sociedad, se puede comprobar que éste pasa de unos 9 millones de Euros negativos a diciembre de 2010 a unos 163 millones de Euros negativos en diciembre de 2011. Y la administración concursal lo considera negativo por el impacto de las deudas a corto plazo, en su mayoría financieras, derivadas de sucesivos préstamos, unos bancarios y los otros provenientes de los propios accionistas de la concursada, ya que esos préstamos, que tenían la naturaleza de participativos, tenían vencimientos a corto plazo - dentro de 2012 - y, por tanto, eran aportaciones de fondos con vocación de devolución y, por tanto, forman parte del pasivo concursal, aunque su clasificación sea como crédito subordinado.

98. Frente a ello, los demandados alegan que esos préstamos lo que hacen es revertir las cifras negativas del fondo de maniobra y otorgar a la sociedad la suficiente capacidad de financiación para hacer frente a las obligaciones exigibles de SPANAIR durante el período de cinco (5) meses del supuesto retraso en la presentación de la solicitud del concurso voluntario.

99. Los porcentajes indicados por la administración concursal en su demanda están considerados y aceptados por todos y cada uno de los informes periciales que han aportado a los autos los demandados. Así, el cuadro comparativo entre deuda vencida mensual y total deuda, con un porcentaje del 88,8% a 30 de junio de 2011 se recoge en la página 28 del informe de KPMG, aun cuando este informe realiza una conclusión diferente a la de la administración concursal pues considera que la no exigibilidad de la deuda de AENA/AEAT y la financiación obtenida hicieron que la sociedad no cayera en insolvencia. En el informe pericial de Forest Partners se incluye el cuadro de flujos de tesorería incluyendo dicha financiación - páginas 18 y 30 -, así como el análisis de flujos de efectivo y de maniobra - páginas 34 y 77 -, a los efectos de concluir igualmente que no existía insolvencia, mientras que en cuanto a la



www.civil-mercantil.com

capacidad de pago de la sociedad, tanto este informe pericial, en su página 47, como el resto de informes tienen en cuenta que el saldo de tesorería a 30 de junio de 2011 era de unos 18 millones de Euros, incluyendo un aval de SAS por 12 millones de Euros, que permitía hacer frente a la deuda vencida acumulada en ese mes, reduciendo los porcentajes de comparación a importes mínimos de entre el 0,5% y el 4,17% - página 61 del informe de Forest Partners -. Así consta igualmente en el informe elaborado por Audiaxis en las páginas 61 y 63, en las cuales se corrige el fondo de maniobra negativo con la financiación obtenida entre junio y diciembre de 2011. Todos estos datos y conclusiones fueron ratificados por todos los peritos que elaboraron los informes en la vista celebrada ante este Juzgado, llegando a afirmar Don. Conrado que la deuda impagada sólo representaba el 1,67% del pasivo y que en julio y agosto de 2011 la compañía tuvo beneficios y el Sr. Jacobo que la compañía era solvente porque recibía apoyo financiero de sus accionistas

100. Igualmente, las declaraciones del Sr. Rodrigo y del Sr. Hilario , así como las respuestas escritas de Don. Camilo y Justo que constan en autos, se centran en afirmar que la concursada pagaba regularmente sus obligaciones exigibles y para ello contaba con financiación de sus accionistas, como apoyo para la continuidad de la sociedad y la entrada de un socio industrial, retirando ese apoyo a finales de enero de 2012, motivo por el cual presentaron el concurso voluntario de acreedores. Los Sres. Hilario , Camilo y Justo afirmaron, no obstante, que ese apoyo financiero ni suponía crédito ilimitado ni tenía vocación de no recuperación, sino que se trataba de préstamos que esperaban que fueran devueltos en el corto plazo, como consecuencia precisamente de la entrada del socio industrial y de la creación de un hub internacional en el aeropuerto de Barcelona, en cuanto "proyecto de país".

101. Sin embargo, si analizamos detenidamente los cuatro (4) cuadros incluidos en las páginas 23 y 24 del informe pericial elaborado por Audiaxis, en relación con el flujo de caja operacional y el flujo de las actividades de inversión, se puede comprobar que dicho flujo es negativo desde, precisamente, junio de 2011 por unos 2,5 millones de Euros, incrementándose sucesiva y exponencialmente en los meses siguientes, sin que haya ningún mes positivo, salvo octubre de 2011 en caja y septiembre de 2011 en actividades de inversión. El acumulado al finalizar el ejercicio 2011 de ambos flujos es, en un caso, superior a los 95 millones de Euros y, en el otro, superior a los 12 millones de Euros, sumando ambos más de 105 millones de Euros. Si consideramos el acumulado mensual de esos flujos, que el cuadro no incluye, el acumulado negativo del flujo de caja supera los 17 millones de Euros y en agosto de 2011 los 38 millones de Euros, mientras que el flujo de las actividades de inversión acumuladas superó los 11 millones de Euros en agosto de 2011.

102. Por lo tanto, teniendo en cuenta todas estas magnitudes económico- financieras, y sin perjuicio de lo que se analizará con posterioridad en relación con esa capacidad de financiación a los efectos de si ha existido o no agravación de la insolvencia de la concursada durante el período de cinco (5) meses que va de junio de 2011 a enero de 2012, considero que la conclusión a la que se llega de todo lo alegado por las partes, así como de la prueba practicada, es que los porcentajes relativos a la deuda vencida e impagada, referidos a otras magnitudes económico-financieras, eran lo suficientemente importantes y significativos - superiores en todos los casos al 50% o, en otro caso, en un 10% respecto del pasivo y en un 20% respecto al pasivo no subordinado, si bien respecto a deuda con riesgo de pérdida de la licencia de vuelo - como para considerar que SPANAIR se encontraba en situación de insolvencia y que esa situación de insolvencia se conoció o pudo conocer por los miembros del Consejo de Administración el 30 de junio de 2011, fecha en la que ya se había comunicado la



www.civil-mercantil.com

denegación de dos de las solicitudes de aplazamiento presentadas, con denegación de la suspensión del acto administrativo de denegación de los aplazamientos. A esa fecha la deuda vencida e impagada era lo suficientemente significativa para entender que existía un sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones exigibles de la compañía. Y la entrega el 1 de junio de 2011 de la cantidad de 20 millones de Euros por parte de AVANÇSA - Documento nº 4 de la contestación de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos - tampoco reduce de manera significativa los porcentajes que han quedado apuntados con anterioridad. A mayor abundamiento, tampoco levanta la situación de insolvencia el hecho de que existiera una tesorería positiva en las cuentas de SPANAIR, por cuanto, por una parte, el aval de SAS por 12 millones de Euros, aun siendo ejecutable, solamente cubría las posibles responsabilidades frente a AENA/AEAT y tampoco fue ejecutado, ni lo ha sido con posterioridad, y, por otra parte, porque, descontado ese importe, la tesorería no alcanzaba a pagar ni el 20% de la deuda vencida a esa fecha.

103. De hecho, se produce el 26 de mayo de 2011 una importante reunión del Consejo de Administración, cuya acta consta, entre otros, al Documento nº 13 de la demanda y al Bloque Documental nº 50 del escrito de contestación de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos, en la cual el Presidente de la compañía manifiesta la existencia de esa insolvencia y propone una serie de soluciones para evitarla, entre ellas solicitar la declaración de concurso de acreedores - acuerdo quinto de la indicada reunión del Consejo de Administración, página 5 del acta -. Por tanto, incluso antes del indicado 30 de junio de 2011 los Consejeros ya eran conscientes de la insolvencia de la sociedad, que se debe fijar en dicha fecha. Y las sucesivas reuniones de la Comisión Ejecutiva celebradas el 25 de julio, el 12 de agosto, el 5 y el 19 de septiembre y el 3 y el 17 de octubre de 2011 insisten en las tensiones de tesorería y la situación grave de la sociedad, hasta llegar a las reuniones del Consejo de Administración de 29 de diciembre de 2011 y la definitiva reunión de 27 de enero de 2012, en la que se acuerda presentar la solicitud de concurso voluntario.

E) Agravación de la situación de insolvencia. Conducta de los administradores en relación con dicha agravación. Déficit concursal

a. Planteamiento de la cuestión. Alegaciones de las partes

104. Determinado y fundamentado con anterioridad que SPANAIR se encontraba en situación de insolvencia a 30 de junio de 2011, procede entrar a continuación en el análisis del tercer hecho controvertido que se ha planteado en relación con la culpabilidad del concurso, esto es, si entre esa fecha y el 30 de enero de 2012, fecha de presentación de la solicitud de concurso, se produjo un retraso en la presentación de la solicitud de concurso que deba ser calificado como culpable, en el sentido de si existe dolo o culpa grave de los administradores de la concursada en esa presentación tardía del concurso, que suponga agravación de la insolvencia de SPANAIR, todo ello conforme a lo que dispone el Artículo 165.1º de la Ley Concursal en relación con el Artículo 164.1 de la misma Ley.

105. En este sentido, y partiendo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 y de 19 de julio de 2012, que, junto con otras, consideraban que la presunción del Artículo 165.1º de la Ley Concursal contenía un tercer criterio de imputación, la muy reciente de 1 de abril de 2014 entiende que "el art. 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del art. 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede



www.civil-mercantil.com

constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción iuris tantum en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia".

106. La demanda de la administración concursal, a la cual se adhiere el Ministerio Fiscal, entiende que existe un retraso de cinco (5) meses en la presentación de la solicitud de concurso voluntario de acreedores y considera, adicionalmente, que ese retraso debe ser calificado como culpable, pues entiende que durante ese período de cinco (5) meses los administradores de la sociedad, con su actuación, agravaron la situación de insolvencia que ya existía a 30 de junio de 2011, solicitando la condena pecuniaria que razonan y a la que con posterioridad me referiré. Para abordar la cuestión, y con base en las más recientes resoluciones jurisprudenciales, señalan que esa responsabilidad no es una responsabilidad por daños, en la que es necesario acreditar el nexo causal, sino una responsabilidad por deudas como "responsabilidad objetiva", en la que se invierte la carga de la prueba y es el afectado por la culpabilidad quien debe probar que su actuación no generó o agravó la insolvencia ya existente. Por ese motivo, con base en la situación de insolvencia a 30 de junio de 2011, considera la administración concursal que el aumento del pasivo durante el indicado período de cinco (5) meses ha supuesto un agravamiento de la insolvencia del que deben ser declarados responsables los administradores de la concursada, ya que la norma es una imputación de riesgos.

107. Por el contrario, los demandados alegan que, aun cuando se declarase que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia a 30 de junio de 2011, a lo cual se oponen, no se ha producido agravamiento alguno de la misma ni dolo o culpa grave en la actuación de los administradores, pues éstos, por una parte, entablaron negociaciones con un posible socio industrial - Qatar Airways y HNA - y, por otra parte, consiguieron financiación suficiente durante ese período de cinco (5) meses para poder seguir cumpliendo regularmente con las obligaciones exigibles de la compañía hasta que, retirados los posibles socios inversores de las negociaciones, esa fuente de financiación se cerró, por lo que de forma inmediata solicitaron la declaración de concurso, en una actuación diligente y carente de dolo o culpa grave por su parte. Todo ello lo corroboran con los informes periciales que aportan a los autos - Audiaxis, KMPG y Forest Partners -, los cuales, como ya se ha indicado, incluyen el importe de esa financiación obtenida para determinar y concluir que tanto el flujo de tesorería como el fondo de maniobra eran positivos y que esa financiación supuso el pago de prácticamente el 100% de las deudas que iban venciendo, con la circunstancia favorable de que la financiación obtenida supera incluso el déficit que solicita la administración concursal.

b. Legislación aplicable y jurisprudencia interpretativa

108. A estos efectos, es necesaria la consideración del Artículo 165.1º de la Ley Concursal, que señala que "se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso", así como del Artículo 164.1 de la misma Ley, que prevé 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 hecho y de derecho, apoderados generales,



www.civil-mercantil.com

y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso".

109. Por tanto, para la imputación del retraso culpable a los administradores de la sociedad debe acreditarse no solamente que se incumplió el deber de solicitar el concurso en el plazo indicado por el Artículo 5.1 de la Ley Concursal, sino también la actuación dolosa o gravemente culposa de dichos administradores en la generación o agravación de la insolvencia. Como se verá a continuación, la jurisprudencia interpretativa de esta causa ha evolucionado hasta establecer que la misma supone una suerte de "responsabilidad objetiva" por deudas, sin necesidad de acreditar nexo causal entre conducta y daño, teniendo los demandados la carga de probar que su actuación no ha agravado la insolvencia. Sería una norma de imputación de riesgos respecto de la cual los administradores deben acreditar que su actuación ha sido diligente para evitar dicha generación o agravación, todo ello sin perjuicio de las disquisiciones que puedan hacerse sobre la constitucionalidad o no del referido Artículo 165 de la Ley, que no constituyen cuestión controvertida en la presente sección ni tampoco son merecedoras del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Juzgador.

110. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 en relación con la responsabilidad en el concurso, "en el caso de las sociedades capitalistas declaradas en concurso, si se declarase culpable, cualquiera que fuese la causa - ya porque en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho del deudor persona jurídica, a tenor del artículo 164.1 de la Ley Concursal (al que, como sostiene la sentencia de 614/2011, de 17 de noviembre de 2011, reiterada en la 994/2011, de 16 enero de 2012, complementa el 165), ya porque concurría cualquiera de las irregularidades objetivas previstas en el artículo 164.2 (supuesto en el que, como precisa la sentencia 644/2011, de 6 de octubre, reiterada en la 994/2011, de 16 enero de 2012, "la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia" -, el sistema reacciona y: 1) Mantiene los mecanismos societarios de tutela de la sociedad, socios, terceros y acreedores frente a los administradores, -de hecho la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que en el apartado VIII del Preámbulo, afirma la necesidad de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación; 2) Impone a las "personas afectadas" por la calificación o declaradas cómplices la condena "a indemnizar los daños y perjuicios causados" -a tal efecto, el artículo 172.2 de la Ley Concursal (antes de la reforma por la Ley disponía que "la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: [...] 3.º [...] la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. La norma no distingue entre daños directos e indirectos por un lado, ni entre los intereses de la sociedad, los socios, los acreedores y los terceros por otro. Se trata de una responsabilidad por daños clásica que requiere los requisitos típicos indicados, en la que la única especialidad a consignar en esta sentencia es que, normalmente, se identifican los daños y perjuicios causados con la "generación o agravación" de la insolvencia. No se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2.º3 de la Ley Concursal -, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma



www.civil-mercantil.com

operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo - algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, por lo que es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivo 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".

111. Anticipando este criterio, el voto particular del Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012 , reafirmado en otros del mismo Magistrado en Sentencias de 14 de noviembre y 20 de diciembre de 2012, señala que "el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia. En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que ordinariamente se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal: si es responsable totalmente de la generación de la insolvencia, será condenado a pagar todo el déficit concursal; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia. La determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del art. 74 LC , debería estar en condiciones de identificar de forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia".

112. Apartándose en cierto modo de este criterio las más recientes Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en concreto, las de 9 , 23 y 24 de abril y 22 de mayo de 2013 , presumen el dolo o culpa grave y la agravación de la insolvencia por el mero retraso y desplazan la carga de la prueba al afectado por la calificación, "siendo el criterio legal mucho más abierto que el de la propia responsabilidad por daños", ya que "como tal norma de imputación de los riesgos, el art. 172.3 LC EDL 2003/29207 (actual 172-bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011 EDJ 2011/242185" - Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 y de 24 de abril de 2012 -.

113. En definitiva, como señala la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2013 , "no es necesario, para que opere la presunción que establece el artículo 165, que se acredite que las conductas que contempla (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia. Y



www.civil-mercantil.com

ello por cuanto las conductas que el precepto describe, en su mayor parte, no inciden causalmente en la generación o agravación de la insolvencia".

c. Consideración de la actuación de los administradores en cuanto a la agravación de la insolvencia

114. A los efectos de determinar y calificar la conducta de los Consejeros de SPANAIR durante el período que va de 30 de junio de 2011 a 30 de enero de 2012, se han de analizar, por un lado, la cuestión de la financiación y, por otro lado, el proceso de negociaciones que, apoyada la compañía por la Generalitat de Catalunya, se llevaron a cabo para conseguir la entrada en el capital social de un socio industrial, centrándose dichas negociaciones de forma prácticamente exclusiva en Qatar Airways, con quien se suscribió un Memorandum of Understanding (MoU) el 7 de noviembre de 2011 y un acuerdo de confidencialidad y exclusividad con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011, pasando entonces los administradores a iniciar negociaciones con la línea aérea china HNA durante el mes de enero de 2012.

115. En primer lugar, en cuanto a la capacidad de financiación, ha quedado acreditado en los autos, y no es un hecho controvertido, que tanto FIRA como AVANÇSA otorgaron a la compañía sendos préstamos participativos, en el caso de la segunda, y una línea de crédito en el caso de la primera, entre julio de 2011 y enero de 2012, a través de las correspondientes escrituras públicas y actas notariales de entrega de efectivo, así como de documento privado, por un total conjunto de 91 millones de Euros.

116. La primera cuestión que considero que es necesario poner de manifiesto es que los préstamos de AVANÇSA no constituían crédito ilimitado para la concursada, como así declaran Don. Camilo, Justo y Hilario, sino que se enmarcan en ese proceso negociador para la entrada de un socio industrial, como forma de apoyar financieramente a la sociedad hasta dicha entrada y con el objetivo de crear un hub internacional en el aeropuerto de Barcelona. Que no constituían crédito ilimitado lo demuestra el hecho de que en el momento en que las negociaciones con Qatar Airways se rompieron y las negociaciones con HNA ni siquiera empezaron, la Generalitat de Catalunya dejó de apoyar financieramente a la compañía y el préstamo de 10 millones de Euros entregado el 4 de enero de 2012 es el último de ellos. En todo caso, las fechas de entrega de las cantidades que constituyen los sucesivos préstamos de AVANÇSA se producen el 1 de junio de 2011 - 20 millones de Euros -, el 28 de julio de 2011

- 10 millones de Euros -, el 29 de agosto de 2011 - 20 millones de Euros -, el 29 de septiembre de 2011 - 6 millones de Euros-, el 30 de noviembre de 2011

- 7 millones de Euros -, el 2 de diciembre de 2011 - 3 millones de Euros -, el 12 de diciembre de 2011 - 5 millones de Euros - y el 4 de enero de 2012 - 10 millones de Euros -, según consta en las distintas escrituras públicas y actas notariales que constan en autos, aportados por varios de los demandados en sus escritos de contestación, totalizando 81 millones de Euros.

117. La segunda cuestión que considero que debe tenerse en cuenta es que los préstamos de AVANÇSA, como también señalan Don. Camilo, Justo y Hilario en sus declaraciones, se otorgaron con voluntad de ser devueltos bien mediante su conversión en capital de la concursada, de acuerdo a la naturaleza propia de los préstamos participativos, bien mediante su devolución efectiva, es decir, con devolución del efectivo entregado, en otro



www.civil-mercantil.com

tanto de su misma especie y calidad, ya que todos ellos se otorgan con una fecha determinada de vencimiento y, además, a corto plazo. Que la voluntad de la prestamista era recuperar la inversión lo demuestra igualmente el hecho de que estos créditos fijaban un tipo de interés de devolución y que una buena parte del pasivo de la concursada, según consta en los textos definitivos del informe de la administración concursal, es calificado como subordinado y se refiere al importe prestado, no habiendo impugnado este acreedor-accionista-administrador de hecho dicha calificación ni pedido la exclusión de su crédito del pasivo de la concursada.

118. En cuanto al crédito otorgado por FIRA, según consta, entre otros, al Documento nº 9 de la contestación de DON Rodrigo y DON Jesús Carlos, es de ver que el mismo es un documento privado en el que se concede una línea de crédito de hasta 10 millones de Euros, suscrito el 31 de octubre de 2011 y con vencimiento el 31 de marzo de 2012, fecha en la cual la concursada debía devolver el crédito dispuesto, con intereses y comisiones. No se trata, pues, de un préstamo participativo, sino de un verdadero préstamo, puro y duro, con disposiciones mínimas de 1 millón de Euros en el momento en que lo considere conveniente la compañía y con vocación de ser devuelto y así fue calificado como pasivo subordinado por la administración concursal, sin que tampoco este acreedor-accionista haya impugnado tal calificación. Dado que no se ha discutido la cantidad dispuesta, debemos entender que la disposición de este préstamo fue íntegra.

119. Para determinar si la entrega de estos préstamos suponen la evitación de la situación de insolvencia y de su agravamiento, no solamente es necesario tener en cuenta el concepto de esos préstamos, como ha quedado indicado, sino también el destino dado a los fondos recibidos. Según consta acreditado en autos, el dinero público recibido - FIRA y AVANÇSA - fue destinado al pago de las nóminas de los trabajadores, de las cuotas de Seguridad Social, de las retenciones y otros tributos de la AEAT, de las cuotas de los distintos contratos de leasing operativo de los treinta y un (31) aviones, que no eran propiedad de la compañía, y del combustible necesario para que los aviones realizaran las rutas comprometidas, a los efectos de no perder los slots vendidos en su día por AENA. Sin embargo, dicho dinero no sirvió para pagar otras deudas de la compañía, tales como otros proveedores habituales, préstamos bancarios, otros suministros y la deuda de AENA/AEAT, esta última porque la concursada consideraba, contrariamente a lo que se ha concluido, que dicha deuda no era exigible.

120. Por lo tanto, el pasivo concursal, a pesar de estos pagos, siguió aumentando, como acredita la administración concursal en su informe, ya que la responsabilidad de los administradores no debe centrarse sólo en que "los aviones sigan volando" (sic), sino que dicha responsabilidad y actuación diligente debe dirigirse a que con esos préstamos, con esa entrada de dinero, público o no, no se agrave la insolvencia, que ya existía a 30 de junio de 2011, a pesar incluso de la entrega de los primeros 20 millones de Euros por parte de AVANÇSA.

121. Así, considero que existe agravación de la insolvencia, representada por el aumento de la deuda vencida, exigible e impagada entre 30 de junio de 2011 y 30 de enero de 2012, si bien su cuantía deberá ser determinada teniendo en cuenta la entrada de los fondos públicos en la compañía, todo ello sin perjuicio de la calificación, consideración u opinión que pueda merecer el hecho de que una administración pública preste dinero de todos los ciudadanos en un proyecto del que existían muchas dudas sobre su viabilidad futura, como se pone de manifiesto en las distintas reuniones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva, en las cuales se habla constantemente de "grave situación económica de la



www.civil-mercantil.com

sociedad" y de "fuertes y constantes tensiones de tesorería", lo cual no es objeto de análisis en la presente resolución.

122. La gestión de los administradores de la concursada obteniendo financiación constante por parte de las administraciones públicas y manteniendo negociaciones con posibles socios inversores reduce pero no elimina completamente su responsabilidad en la agravación de la insolvencia de SPANAIR y, tal como señala la jurisprudencia, considero que los mismos no han logrado acreditar de forma suficiente que dicha responsabilidad no exista, por lo que el mero retraso supone esa responsabilidad, en la cuantía pecuniaria que pueda fijarse a continuación. Esa responsabilidad se centra en el hecho de que si bien la compañía seguía funcionando, porque seguía trasladando pasajeros entre los distintos aeropuertos de sus rutas, sin embargo iba agravando una insolvencia, que ya se había producido el 30 de junio de 2011 y que la financiación otorgada sucesivamente no estaba logrando reducir, pues continuaban las graves tensiones de tesorería en la compañía.

123. No obstante lo anterior, y a los efectos de determinar el nexo causal entre la conducta de los miembros del Consejo de Administración y el daño causado, que a continuación deberá ser cuantificado, considero que es necesario hacer referencia a las siguientes circunstancias que lo configuran, todas ellas acreditadas en los presentes autos:

i. El conocimiento directo que todos los miembros del Consejo de Administración tenían, tanto a nivel de Comisión Ejecutiva como en las propias reuniones de este órgano, sobre las constantes tensiones de tesorería y falta de liquidez de la concursada, con necesidad constante de obtener financiación externa, llegando a celebrarse reuniones del Consejo en el que se planteaba la presentación de la solicitud de concurso voluntario

ii. El asesoramiento de expertos independientes ajenos a la sociedad y de los auditores de SPANAIR que, si bien informaban de la viabilidad de la misma, dicha viabilidad dependía siempre de la constante financiación externa, la cual se obtenía en el último momento y no era suficiente de forma recurrente para sostener la estructura de gastos de la sociedad, así como de la entrada de un potente socio inversor

iii. El seguimiento que los miembros del Consejo de Administración realizaban, en las distintas reuniones de este órgano, sobre las negociaciones con Qatar Airways para la entrada de dicha línea aérea en el capital de SPANAIR como única forma de salvar el negocio y la viabilidad de la sociedad

iv. El hecho de que, a pesar de todas estas circunstancias y aun conociendo las mismas, se continuara dando al exterior y al mercado una imagen de solvencia económica que en realidad ocultaba una precaria situación económica

d. Cuantificación del déficit concursal

124. Determinada la existencia de agravación de la insolvencia, a los efectos de determinar el déficit concursal imputable, es necesario iniciar el análisis teniendo en cuenta el Artículo 172 bis de la Ley Concursal que, en su parte necesaria, establece que "cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la



www.civil-mercantil.com

calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. (...) En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso".

125. Ciertamente, el citado Artículo ha sido reformado recientemente por el Real Decreto-ley 4/2014, que entró en vigor el pasado 9 de marzo de 2014. Dicha reforma se ha encaminado, entre otras cosas, a introducir una nueva causa 4ª en el Artículo 165 de la Ley Concursal, así como a indicar expresamente que se condenará a los afectados por la calificación "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia", no quedando sometida la reforma a norma transitoria alguna. Sin perjuicio de las disquisiciones doctrinales que puedan hacerse sobre la modificación realizada por el legislador y su alcance, que no constituyen el objeto de resolución en la presente sección, considero que, de la prueba practicada en el incidente y como ya se ha dicho, se acredita de forma suficiente la intervención de los administradores de la concursada en la agravación de la insolvencia en el período que se ha indicado, sin perjuicio de la consideración o no de la responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena o como una responsabilidad por daños, debiendo seguirse la línea marcada por la jurisprudencia dictada hasta este momento. Tal como se ha acreditado, la intervención de los miembros del Consejo de Administración en la agravación de la insolvencia fue una intervención directa, provocando esa agravación una vez que la entrada del socio industrial se demostró inviable y continuando con la gestión de la compañía, es decir, continuando la venta de billetes a los usuarios y no pagando durante el mes de enero de 2012 un importante y significativo número de deuda vencida y exigible, ello a pesar de obtener un último préstamo participativo de 10 millones de Euros por parte de AVANÇSA, que únicamente se utilizó para pagar las nóminas y las cuotas de leasing y el combustible de los aviones.

126. Para esta calificación de culpabilidad, considero que no debe tenerse en cuenta la resolución adoptada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual, en Auto de 3 de abril de 2014, confirmó el Auto de declaración de concurso dictado por este Juzgado el 1 de febrero de 2012 en el que consideraba que el concurso debía ser tramitado como voluntario y no como necesario, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los instantes del concurso necesario. Aun cuando en dicho Auto se valora la actuación de los administradores de la concursada como correcta en la solicitud del mismo, esa corrección se refiere a la mera presentación frente a una solicitud de concurso necesario e interpreta el Artículo 22 de la Ley Concursal pero, en ningún caso, debe realizarse un paralelismo entre esa afirmación y la posible culpabilidad por retraso, ya que el Auto no entró a valorar las cuestiones de fondo previstas en los Artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, que deben ser objeto de análisis y resolución en la sección de calificación del concurso, es decir, en la presente resolución, y no en el primer momento de presentación del mismo.

127. Así las cosas, para la cuantificación del déficit concursal aplicable, considero, por tanto, que debe tenerse en cuenta el incremento del pasivo vencido, exigible e impagado durante el período que va del 30 de junio de 2011 al 30 de enero de 2012, con base en las cifras aportadas por la administración concursal en su Documento nº 6, pero teniendo en cuenta el incremento de ese pasivo desde el mismo momento en que la posibilidad de la entrada de un socio industrial desaparece, esto es, en el momento en que ya se manifiestan dudas e incertidumbres graves por parte de Qatar Airways, que es el momento en el que se



www.civil-mercantil.com

ponen en cuestión por parte de Bruselas los fondos aportados por la Generalitat de Catalunya. Ese momento es posible situarlo a finales de diciembre de 2011 y, más concretamente, el 31 de diciembre de 2011, que es cuando vence el acuerdo de confidencialidad y exclusividad con dicha aerolínea para las negociaciones, por renuncia de dicha compañía a seguir negociando, y entra en escena la línea aérea china HNA, pero de forma muy incipiente y tan sólo para poder iniciar una due diligencie o revisión de las cuentas de la concursada - todos los correos electrónicos aportados por las partes que se cruzaron entre HNA y SPANAIR demuestran y acreditan que estas negociaciones se encontraban en un estadio muy preliminar, v.gr., Documentos nos 62 al 69 de la contestación de DON Imanol -. De hecho, el préstamo final de 10 millones de Euros concedido el 4 de enero de 2012 sirve únicamente para mantener al día las nóminas de los trabajadores y poder pagar las cuotas de los leasings de los aviones y el combustible de los mismos. Es en este momento cuando los administradores deciden "huir hacia adelante" y la compañía continúa vendiendo billetes a los usuarios, aun a sabiendas de que la posibilidad de solicitar el concurso es cierta y muy probable, agravando a partir de ese momento la insolvencia de SPANAIR.

128. Teniendo en cuenta las circunstancias que constituyen y configuran el nexo causal que determina la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración de SPANAIR en la agravación de la insolvencia, de los datos aportados por la administración concursal en su informe y, en concreto, en el Documento nº 6 de su escrito de demanda, el déficit concursal que considero achacable a la actuación de los administradores debe fijarse en la cantidad de 10.801.716,85 Euros, que representa la deuda vencida, exigible e impagada desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2012, fecha de presentación de la solicitud de concurso voluntario. Dicha cifra se obtiene del cuadro que la administración concursal aporta junto con su escrito de demanda como Documento nº 6 y refleja el agravamiento del pasivo exigible de la sociedad en ese período. De dicho importe no puede descontarse la cantidad correspondiente al último préstamo participativo de AVANÇSA por 10 millones de Euros, ya que dicha cantidad solamente sirvió para el pago de las nóminas y de las cuotas de leasing y del combustible de los aviones, no atendiendo todo el resto de pagos, que fueron agravando el pasivo de la concursada, sin perjuicio del incremento que se produce en el momento en que la propia concursada declara el pasivo correspondiente, vencido y no vencido, en su solicitud.

F) Sobre la condena de inhabilitación a las personas afectadas por la calificación

129. En el trámite de conclusiones, la administración concursal solicitó de este Juzgador que considerase que la condena de inhabilitación, en el supuesto de que la sentencia declarase la culpabilidad del concurso, podría afectar no solamente a personas físicas, sino también a personas jurídicas privadas y, sobre todo, públicas, que gestionan, estas últimas, patrimonios relacionados con funciones sociales, por lo que dicha inhabilitación podría afectar a terceros ajenos a la presente sección de calificación. En concreto, la administración concursal mencionó el caso concreto de FIRA, que es la entidad que organiza los principales eventos feriales en la ciudad de Barcelona, por lo que manifestó expresamente la posibilidad de su no inhabilitación. El Ministerio Fiscal nada alegó en este sentido ni se adhirió a las tesis de la administración concursal de forma expresa.

130. En este punto, considero que la condena de inhabilitación que configura el Artículo 172 de la Ley Concursal cuando regula el contenido de la sentencia de calificación es una consecuencia necesaria e ineludible de la calificación de culpabilidad del concurso y no puede evitarse, moderando la Ley la posibilidad de que el tiempo de la misma sea de un mínimo de



www.civil-mercantil.com

dos (2) años y un máximo de quince (15) años. Esa condena de inhabilitación, por tanto, puede considerarse como de "orden público", en el sentido de que, incluso, en un posible acuerdo transaccional sobre las responsabilidades económicas en la culpabilidad, considero que la inhabilitación no puede quedar sometida a ese acuerdo. Por ello, considero que la necesidad de la inhabilitación en relación con la culpabilidad debe mantenerse. El hecho de que FIRA, e igualmente AVANÇSA, sean personas jurídicas de Derecho público cuyo objeto social sea la gestión de proyectos de esa naturaleza no supone, a mi entender, que ello afecte a terceros no incluidos en la presente sección de calificación, pues esos mismos objetivos pueden seguir cumpliéndose por las administraciones públicas a través de otras sociedades que estén ya constituidas o puedan constituirse al efecto y que nunca podrían quedar afectadas por la condena de inhabilitación. Por lo tanto, no cabe excluir de la condena de inhabilitación ni a FIRA ni a AVANÇSA.

G) Conclusiones

131. Por lo tanto, considero que es procedente declarar el concurso de SPANAIR, S.A. como culpable, por la causa prevista en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal en relación con el Artículo 164.1 de la misma Ley, esto es, el retraso culpable en la presentación del mismo, con inhabilitación de las personas físicas y jurídicas afectadas por la calificación por un período de dos (2) años y con condena a las mismas al pago de la cantidad indicada de 10.801.716,85 Euros en concepto de déficit concursal, todo ello al amparo de los Artículos 172 y 172 bis de la Ley Concursal, pues considero que existe una justificación añadida perfectamente acreditada por la administración concursal de que dichas personas, con su conducta, agravaron la insolvencia de la concursada en el período indicado. Asimismo, las personas afectadas por la calificación perderán cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa - Artículo 172.2.2º de la Ley Concursal -.

132. No obstante lo anterior, y dado que ha quedado acreditado que DON Rodolfo cesó como miembro del Consejo de Administración el 27 de octubre de 2011, considero que el mismo, si bien debe quedar afectado por la calificación del concurso como culpable, dado que la fecha de insolvencia se ha fijado el 30 de junio de 2011, en cuanto a la inhabilitación y la pérdida de derechos concursales, no debe ser condenado a pagar cantidad alguna en concepto de déficit concursal, pues el mismo ha sido calculado por la agravación de la insolvencia producida en un período en el cual dicho Sr. Rodolfo ya no pertenecía al Consejo.

Noveno. Costas.

133. En cuanto a las costas, teniendo en cuenta las dudas de hecho y de derecho que suscitan las cuestiones planteadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen las mismas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Calificar como CULPABLE el concurso de SPANAIR, S.A.
Determinar como personas afectadas por la calificación a:

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

DON Rodrigo ,
DON Jesús Carlos ,
FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA,
DON Celestino ,
DON Gervasio ,
DON Modesto ,
INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A.,
DON Cesar ,
CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION,
DON Imanol ,
DON Rodolfo y
EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA
(AVANÇSA)

Inhabilitar a:

DON Rodrigo ,
DON Jesús Carlos ,
FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA,
DON Celestino ,
DON Gervasio ,
DON Modesto ,
INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A.,
DON Cesar ,
CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION,
DON Imanol ,
DON Rodolfo y
EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA
(AVANÇSA)

para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos (2) años, perdiendo cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa

Condenar solidariamente a:

DON Rodrigo ,
DON Jesús Carlos ,
FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA,
DON Celestino ,
DON Gervasio ,
DON Modesto ,
INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A.,
DON Cesar ,
CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION,
DON Imanol y
EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA
(AVANÇSA)

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

al pago a la masa activa del concurso de la cantidad de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SETECIENTOS DIECISEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CENTIMOS DE EURO (10.801.716,85 EUR) en concepto de déficit concursal

No se imponen las costas causadas a ninguna de las partes

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos, quedando el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo, haciendo saber a las partes que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte (20) días desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, al amparo del Artículo 172bis.4 de la Ley Concursal , de lo que doy fe.

Para interponer el recurso de apelación será necesaria la constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 EUR), sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banesto. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado

5 de la Disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia, ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.