



Roj: **SJM MU 6759/2021 - ECLI:ES:JMMU:2021:6759**

Id Cendoj: **30030470022021100087**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **459/2016**

Nº de Resolución: **302/2021**

Procedimiento: **Concurso ordinario**

Ponente: **FRANCISCO CANO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 MURCIA

SENTENCIA: 00302/2021

AVDA. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, MÓDULO 2,2ª PLANTA, CP. 30011 MURCIA

Teléfono: 968277312 **Fax:** 968277325

Correo electrónico: mercantil2.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MYB Modelo: S40040

N.I.G.: 30030 47 1 2016 0001045

S6C SECCION VI CALIFICACION CONCURSO 0000459 /2016

Procedimiento origen: CNO CONCURSO ORDINARIO 0000459 /2016

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDADOS D/ña. POLARIS WORLD REAL ESTATE, SLU, Luis Andrés , Jesús Manuel

Procurador/a Sr/a. MANUEL SEVILLA FLORES, RAQUEL GARRE LUNA , ENCARNACION BERMEJO GARRES

S E N T E N C I A

En Murcia, a dos de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos por mí, Francisco Cano Marco, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, los presentes autos calificación concursal del concurso 459)16, promovidos por la administración concursal de POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU y por el Ministerio Fiscal, contra POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, representada por el Procurador SEVILLA FLORES y defendida por el Letrado HERNANDEZ PALICIO, contra Luis Andrés , representado por la Procuradora GARRE LUNA y defendido por el Letrado CANOVAS CILLER, contra MERAK RENTA S.L. y GMI PROMOCIONES 2000 SL, representadas por la Procuradora GARRE LUNA y defendida por el Letrado CANOVAS CILLER, contra Jesús Manuel , representado por la Procuradora BERMEJO GARRE y defendido por la Letrada GONZALEZ PAJUELO, y contra ROSWEL **CAPITAL** S.L. y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, representadas por la Procuradora BERMEJO GARRE y defendidas por el Letrado DOMINGO MORENO, en este juicio que versa sobre calificación concursal, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO : Que se dictó resolución por este Juzgado por la que se acuerda la formación de la sección sexta de calificación del concurso.

SEGUNDO: Que la administración concursal presentó informe de calificación del concurso en el que se solicita los siguientes pronunciamientos;

A. Se califique como **CULPABLE** el concurso de POLARIS WORLD REAL ESTATE, S.L.U.



B. Se declaren afectos por dicha declaración, en virtud de los motivos expuesto en el presente Informe, a las siguientes personas físicas y jurídicas:

Luis Andrés , en calidad de Administrador de Hecho.

Polaris World Development, S.L., en calidad de Administrador de Derecho y solidariamente con ella, en virtud de lo previsto en el artículo 236.5 de la Ley de **Sociedades de Capital**, Jesús Manuel , al ser persona física que la representa en el ejercicio del cargo

Y en calidad de cómplices, a GMI PROMOCIONES 2000, S.L., Merak Renta, S.L., Roswell **Capital**, S.L. y Jesús Manuel (en este último caso subsidiariamente a lo anterior y para el caso de que no se entendiera aplicable al ámbito concursal lo previsto en el artículo 236.5 de la Ley de **Sociedades de Capital**).

C. Y, en consecuencia, condene a las citadas personas físicas y jurídicas a las siguientes penas:

- D. Luis Andrés :

a) Inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un periodo de 10 años.

b) La pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

c) Cobertura total del déficit concursal, en la medida que algunas de las conductas que han determinado la calificación culpable ha agravado la insolvencia de la Concursada.

d) Subsidiariamente, para el caso de que no se estime aplicable la condena al déficit, se le condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 30.829.579,13 euros.

- **Polaris World Development, S.L.:**

a) La pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

b) Cobertura total del déficit concursal, en la medida que algunas de las conductas que han determinado la calificación culpable ha agravado la insolvencia de la Concursada.

c) Subsidiariamente, para el caso de que no se estime aplicable la condena al déficit, se le condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 30.829.579,13 euros.

- D. Jesús Manuel :

a) Inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un periodo de 10 años.

b) De forma solidaria con Polaris World Development, S.L., la cobertura total del déficit concursal, en la medida que algunas de las conductas que han determinado la calificación culpable ha agravado la insolvencia de la Concursada.

c) Subsidiariamente, para el caso de que no se estime aplicable la condena al déficit o no se considere aplicable la responsabilidad solidaria del artículo 236.5 LSC, se le condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 30.829.579,13 euros.

- **Roswell Capital, S.L.:**

a) La pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

b) Condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 4.176.551 euros.

- **GMI Promociones 2000, S.L. y Merak Renta, S.L.:**

a) La pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

b) Condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 30.829.579,13 euros.

Que el Ministerio Fiscal presentó dictamen en el que solicitaba;

-Se califique el concurso como **CULPABLE**.

- Se declaren como personas afectadas por esta calificación a:

POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL y a Jesús Manuel , como administradores de derecho de la concursada y a Luis Andrés , como administrador de hecho.



- Se consideren **cómplices** en la culpabilidad del concurso a GMI PROMOCIONES 2000 SL, a MERAK RENTA SL y a ROSWELL **CAPITAL** SL.
- Se acuerde la inhabilitación de Luis Andrés y de Jesús Manuel para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un plazo de diez años.
- Se acuerde la pérdida de cualquier derecho que Luis Andrés, POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, Jesús Manuel, ROSWELL

CAPITAL SL, GMI PROMOCIONES 2000 SL y MERAK RENTA SL pudieran ostentar en el procedimiento concursal.

- Se condene a Luis Andrés, POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL y a

Jesús Manuel, de forma solidaria entre ellos, a cubrir la totalidad del déficit concursal entendido éste como la totalidad de los créditos que los acreedores no pueden cobrar con los bienes y derechos de la masa activa del concurso.

- Se condene a ROSWELL **CAPITAL** SL al pago, como indemnización de daños y perjuicios, a la masa del concurso de 4.176.551 euros.

- Se condene a GMI PROMOCIONES 2000 SL y a MERAK RENTA SL, de forma solidaria entre ellas, al pago, como indemnización de daños y perjuicios, a la masa del concurso de 36.136.030,86 euros.

TERCERO : Que por la concursada, Luis Andrés, MERAK RENTA S.L., GMI PROMOCIONES 2000, Jesús Manuel y ROSWELL **CAPITAL** S.L. se presentaron escritos oponiéndose a las peticiones formuladas frente a los mismos.

Solicitada por las partes personadas la celebración de vista, se citó a las partes para que comparecieran a la celebración del juicio verbal, que se llevó a efecto en el día y hora señalados. En el acto del juicio, las partes se ratificaron en sus escritos iniciales, llevándose a cabo la práctica la prueba propuesta declarada pertinente con el resultado que obra en autos y se declaró concluida la vista, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO : Que en la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos salvo el plazo para dictar sentencia dada la acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Planteamiento

Se ejercita por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal, que se adhiere a la misma, acción tendente a la calificación del concurso como culpable y a la declaración de los indicados en el suplico como personas afectadas por la calificación y cómplices, con las consecuencias que se reclaman al amparo de los artículos 455 y 456 TRLC, por considerar que concurren diversos supuestos encuadrables en los arts. 443.4, 443.5, 444.1, 444.3 y 442 TRLC. Y todo ello en base a los hechos que se exponen y se analizarán en los siguientes fundamentos.

Los demandados se oponen a las peticiones por las razones que se alegan en sus escritos de contestación y que analizaremos seguidamente.

SEGUNDO: Regulación legal

Para la calificación del concurso como culpable el TRLC parte de una cláusula general prevista en el artículo 442 que establece "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, directores generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso."

Partiendo de la indicada disposición legal, unánimemente se viene considerando que para el éxito de la pretensión de calificación han de concurrir los siguientes requisitos: a) la existencia de un comportamiento, activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o la agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.

No obstante lo anterior, el legislador, consciente de la dificultad de probar la concurrencia de estos requisitos, ha facilitado la prueba de la concurrencia de dolo o culpa a través de una doble vía: a) mediante la tipificación de determinadas conductas, consideradas especialmente graves, cuya ejecución determina, iuris et de iure,



la calificación de culpabilidad; y b) estableciendo, con el carácter de presunciones iuris tantum, susceptibles pues de prueba en contrario, determinados comportamientos en cuya ejecución presupone el requisito de la actuación dolosa o culpable.

Las presunciones iuris et de iure se establecen en el artículo 443 TRLC en los siguientes términos "En todo caso, el concurso se calificará como culpable en los siguientes supuestos:

1º. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

2º. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

3º. Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

4º. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

5º. Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

6º. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado."

Como decíamos anteriormente la constatación de la comisión de alguna de estas conductas determina por sí sola la declaración de culpabilidad del concurso. En este sentido la SAP de Barcelona de 24 de abril de 2007 establece que "Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador".

Las presunciones iuris tantum se establecen en el artículo 444 TRLC cuando indica "El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1º. Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2º. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3º. Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente."

Esta redacción procede de la reforma operada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de cuyas disposiciones transitorias se desprende que esta modificación será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se hubiese formado la Sección Sexta. Por lo tanto, a los procedimientos concursales en que se hubiera formulado la Sección Sexta le será de aplicación la anterior redacción que indicaba en el encabezamiento y con las mismas presunciones;

"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:"

La diferencia es relevante pues conforme a la antigua redacción este tipo de presunciones iuris tantum acreditan, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa, pero resulta necesario además para justificar la calificación como culpable, que se acredite la relación de causalidad entre estas omisiones contempladas por la ley y la generación o agravación de la insolvencia. Por el contrario, con la nueva redacción la presunción abarca la consideración del concurso como culpable, siendo la demandada la que tendrá que demostrar que dicha situación no ha generado o agravado la insolvencia.

TERCERO: El Grupo Polaris World



Con carácter previo al análisis de cada una de las causas de calificación del concurso como culpable afirmadas por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal, conviene, tal y como realizan las partes en sus escritos en la presente pieza de calificación, realizar una breve referencia al "Grupo Polaris World" al que pertenece la aquí concursada, pues no cabe duda de que la existencia del mismo afecta al análisis de las citadas causas de calificación.

La administración concursal y el Ministerio Fiscal comienzan sus escritos indicando ciertos datos sobre el citado grupo empresarial para llegar a la conclusión de la actuación coordinada de las distintas empresas y a la consideración como afectado de Luis Andrés como "verdadero Administrador de hecho del Grupo". Las demandadas no niegan la existencia del "grupo" y de la actuación coordinada, si bien niegan que Luis Andrés fuera administrador de hecho.

Entiende este juzgador que la controversia sobre la condición de afectado de Luis Andrés debe ser analizada separadamente en la presente sentencia, consignando en el presente fundamento únicamente aquellas cuestiones sobre el "grupo" que no resultan controvertidas entre las partes, que se desprenden de la documentación obrante en autos y que son de interés para analizar las distintas causas de calificación.

Y los hechos sobre esta materia no controvertidos son los siguientes;

1- El Grupo Polaris estaba formado a fecha de declaración de concurso por 47 **sociedades**, de las cuales 11 solicitaron el concurso en el mes de octubre de 2016, tramitándose los correspondientes procedimientos concursales de forma acumulada ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia. Dichas **sociedades** son Polaris World Development, S.L. (Autos Nº 462/2016) , Polaris World Real Estate, S.L (Autos Nº 459/2016), Las Islas de Terrazas de La Torre, S.L.U. (Autos Nº 460/2016); Penthouses de Terrazas de La Torre, S.L.U. (Autos Nº 461/2016); Polaris Desarrollo, S.L.U. (Autos Nº 463/2016); La Torre de Polaris Hotel, S.L.U. (Autos Nº 464/2016); Polaris World Network, S.L.U. (Autos Nº 465/2016), Polaris Garden, S.L.U. (Autos Nº 466/2016), Polaris World Servicios Turísticos, S.L.U. (Autos Nº 467/2016); Polaris World Retail, S.L.U. (Autos Nº 472/2016) y Baltus Collection, S.L.U. (Autos Nº 473/2016).

2- La aquí concursada Polaris World Real Estate, S.L. está participada únicamente por su matriz, POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, que además ostenta la administración de derecho de la concursada, siendo Jesús Manuel la persona física designada para desempeñar las funciones de administrador.

3- Polaris World Real Estate, S.L. es la compañía que acumula la mayoría de las viviendas y terrenos del Grupo Polaris, siendo propietaria del 88,94 % del activo inmobiliario del Grupo.

4- La mayor parte del activo y del pasivo del Grupo Polaris se acumulaba en dos **sociedades**. De acuerdo con la información contable correspondiente al ejercicio anterior a la declaración de concurso, entre Polaris World Development, S.L. y Polaris World Real Estate, S.L. ostentan el 71 % del Activo y el 74 % del Pasivo de las once **sociedades** del Grupo que se encuentran en Concurso de Acreedores

5- Ambas **sociedades**, tanto la matriz Polaris World Development, S.L. como Polaris World Real Estate, S.L. tienen la mayor parte de las participaciones (99%) en compañías del Grupo.

6- Polaris World Development, S.L., como **sociedad** matriz del Grupo, es la Administradora única de las otras diez **sociedades** del Grupo actualmente en concurso. Asimismo, en todas ellas, la persona física que representa a la mercantil que ejerce el cargo de Administradora única es la misma, D. Jesús Manuel .

7- El Grupo Polaris World desarrolló a lo largo de su existencia 15 ramas de actividad, mediante un conjunto de **sociedades** organizadas en una estructura de grupo, entre las que se encuentran las concursadas. Cada actividad se realizaba por una o varias empresas del Grupo, que tenían al frente uno o varios altos directivos.

Además de la organización propia de cada actividad, desde la **sociedad** matriz del Grupo, Polaris World Development, S.L., y a través de departamentos ("transversales") tales como Dirección General, Recursos Humanos, Financiero, etc, se prestaban servicios generales al resto de **sociedades** del grupo. Todas las personas al frente de estos departamentos tenían la condición de altos directivos y gestionaban las decisiones correspondientes a su área.

Entre las distintas entidades citadas existía un funcionamiento como Grupo de forma unitaria en lo referente a la gestión de tesorería bajo el sistema "de caja única", permitiendo transferir recursos dentro del Grupo a aquellas **sociedades** que en cada momento tuvieran necesidad. Esta distribución se articulaba mediante préstamos inter- company cuyos términos quedaron establecidos en contratos marco (*Estos hechos están expresamente admitidos en la contestación de la concursada*).



- El Grupo Polaris World llevó a cabo las siguientes operaciones para cumplir con el objetivo, pactado con las entidades financieras participantes, de reestructurar el patrimonio y la deuda de dicho Grupo y facilitar su viabilidad:

-Operación de reestructuración financiera de 22 de mayo de 2009.

-Operación de venta de activos de 23 de abril de 2010. Operación de venta de activos de 16 de mayo de 2011.

Dicho objetivo se cumplía principalmente a través de daciones en pago, una parte de las cuales fue aplazada a la espera de que la concursada, PW Real Estate, finalizara 220 inmuebles (viviendas, plazas de garaje y locales comerciales) ubicados en Mar Menor Golf Resort, que posteriormente debían ser transmitidos a las entidades.

De los anteriores hechos no controvertidos, cabe tener como probado otro hecho que no es negado expresamente por las demandadas. Y es que en los términos afirmados por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal;

Existía una muy relevante dependencia de todas las **sociedades** del grupo respecto de la matriz POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL y de POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, por lo que la insolvencia de estas últimas arrastraba de manera directa a las demás.

Y tener por probado este hecho resulta relevante pues muchas de las afirmaciones de la administración concursal y del Ministerio Fiscal se refieren al Grupo Polaris y no solo a la aquí concursada. Y, como decíamos, las demandadas no se oponen expresamente a esta conclusión, sino que, además, en su oposición también utilizan razones que corresponden a todo el Grupo Polaris para oponerse a las concretas causas de oposición de la concursada, como los acuerdos con los bancos o los posteriores intentos de acuerdo que no fructificaron.

Todo ello sin perjuicio de que en los siguientes fundamentos analicemos igualmente las concretas causas de imputación y oposición de la aquí concursada.

TERCERO: La presunción iuris tantum del artículo 444.1º TRLC. Doctrina judicial y alegaciones de las partes

1. Entrando a analizar las concretas causas de calificación del concurso como culpable, se afirma por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal que concurre un supuesto incardinable en el artículo 441.1º TRLC, a saber, por haber incumplido el deudor el deber de solicitar la declaración de concurso.

Sobre esta materia conviene recordar que el artículo 5 TRLC establece

"1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer el estado de insolvencia actual. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado."

Por su parte, el artículo 2 TRLC en relación al concepto de insolvencia o a los hechos reveladores de la misma indica;

1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor.

2. La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia.

3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de



recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

2. Sobre esta presunción en su redacción contenida en la LC, igual que la contenida en el TRLC, la SAP Murcia de 17 de octubre de 2019 recuerda;

"la aplicación del artículo 165.1. 1º LC, y con ello la declaración de concurso culpable, solo precisa acreditar el incumplimiento del deber previsto en el art 5LC, sin exigir esfuerzo probatorio adicional por la AC y Ministerio Fiscal referente a si a ese comportamiento omisivo se puede ligar causalmente el agravamiento patrimonial de la concursada. Pero ello no impide que se pueda desvirtuar por los demandados. Así lo ha dicho este Tribunal de forma reiterada, entre otras, en sentencias de 4 febrero, 17 de marzo, 30 de junio y 6 de octubre de 2016, o en la más reciente de 26 de septiembre de 2019:

«Si en sus primeras resoluciones el TS (entre otras, sentencia de 614/2011, de 17 de noviembre) dijo que era preciso probar la relación causal entre la demora y la causación o agravación de la insolvencia, esta tesis es superada por la de 1 abril de 2014, reiterada en sentencia de 3 de julio 2014, de 7 de mayo de 2015 o de 17 de septiembre de 2015, y que ahora se consagra por el nuevo art 165 LC , tras la reforma operada por la Ley 9/2015, de 9 de Mayo, que ya no habla de presunción de dolo o culpa grave, sino que el "concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario"; nueva redacción que es la aplicable ratione tempore, al abrirse la sección de calificación el 21 de abril de 2016 .

[...]el dolo o culpa grave aparece ya definido por el legislador, que considera como comportamiento con una carga de antijuridicidad elevada el incumplimiento del deber de solicitar el concurso. Otra cosa es que, al tratarse de una presunción iuris tantum, se admita prueba en contrario, y, en consecuencia, se puedan acreditar circunstancias que, a pesar del retardo, en ese caso justifican que no se tilde el concurso como culpable

[...] es el demandado el que debe destruir la presunción que establece el art 165.1.1LC , comprensiva también del agravamiento de la insolvencia ligado causalmente al retardo"

3. Sobre esta presunción la administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que el grupo Polaris debió solicitar el concurso en mayo de 2012 o, cuanto menos, al finalizar dicho ejercicio, no resultando controvertido que se solicitó respecto de 11 empresas del grupo, entre las que se encuentra la aquí concursada, en octubre de 2016.

El Ministerio Fiscal resume en su dictamen el extenso y detallado informe de la administración concursal sobre los hechos que motivan la anterior conclusión indicando;

A partir del mes de mayo de 2012 POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU dejó de atender gran parte de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial que tenía, entre otros incumplimientos:

-Dejó de abonar las amortizaciones de los préstamos contraídos con distintas entidades financieras, por lo que se produjo un aumento de la deuda por los intereses de demora. Aunque las dificultades para atender la deuda bancaria habían surgido varios años antes debido a la importante crisis del sector inmobiliario iniciado en el año 2008 que afectó de lleno a todas las **sociedades** del grupo, la concursada consiguió llegar a un acuerdo en el año 2009 con los bancos acreedores, a virtud del cual, entre otras estipulaciones, se acordaba una moratoria en el pago de la deuda hasta el mes de mayo de 2012. Cuando, a partir del mes de mayo de 2012 se alzó la moratoria concedida por las entidades financieras, y al no haber desaparecido las circunstancias que afectaban al sector, POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU se vio imposibilitada para atender el pago de las correspondientes amortizaciones de los préstamos.

Los incumplimientos en el pago de la deuda con los bancos llevaron a los auditores de la compañía (la firma KPMG) a que, en el informe de auditoría de las cuentas de 2012 incorporaran una incertidumbre material sobre la capacidad de la concursada y del Grupo Polaris para continuar con su actividad.

-Incumplió parcialmente la obligación de abonar una deuda frente a la AEAT, asumida como consecuencia de la absorción por parte de la concursada de otra compañía del grupo (HACIENDA VERDE SL) y que ascendía a más de catorce millones de euros.

-Igualmente, incumplió sistemáticamente alguna de las obligaciones propias de su actividad tales como el pago de los impuestos locales devengados por la titularidad de los inmuebles de la concursada o las cuotas de las Comunidades de Propietarios.

No obstante la crítica situación de la concursada que le impedía hacer frente de modo regular a sus obligaciones, por POLARIS WORLD REAL ESTATE SL no se solicitó la declaración de concurso cuando se produjo esta situación, sino que no fue hasta el mes de octubre de 2016 cuando se efectuó esta solicitud.



Desde que comenzaron a producirse los referidos incumplimientos en los pagos, poniéndose de manifiesto la situación de insolvencia, y hasta el momento en que fue solicitada la declaración de concurso, se produjo una importante agravación del estado de insolvencia, incrementándose las deudas:

-La deuda con las entidades bancarias, que al cierre del ejercicio 2012 ascendía a 51.499.560 euros, se incrementó en 10.997.961 euros hasta la fecha de declaración del concurso.

-La deuda con la AEAT derivada de la absorción de HACIENDA VERDE SL que, a fecha de 27 de julio de 2010, ascendía a 14.689.488 euros y que, en mayo de 2012 suponía 14.989.488 euros, se incrementó, como consecuencia de los intereses de demora y los recargos, hasta los 16.356.313 euros; lo que supone un incremento de 1.366.825 euros. Pero es que, además, tras el mes de mayo de 2012 - una vez que la concursada se encontraba en situación de insolvencia - para garantizar el pago de la deuda con la Hacienda Pública, fueron hipotecados bienes de la concursada por valor de 6.394.400 euros. Por lo que se estima que el perjuicio por el retraso en la solicitud del concurso y, en relación a esta deuda con la Hacienda Pública, asciende a 7.761.225 euros.

-Por el impago del Impuesto de Bienes Inmuebles, plusvalía, Impuesto de Actividades Económicas, e Impuesto de Vehículos, la deuda acumulada desde el año 2013 y hasta la fecha de declaración del concurso ascendió a 2.520.407,45 euros.

-En relación a la deuda con las Comunidades de Propietarios y con las Entidades Urbanísticas de Conservación, esta se incrementó hasta los 5.373.434,68 euros.

Por lo que se estima que los perjuicios para los acreedores derivados del retraso en la solicitud del concurso ascienden a 26.653.028,13 euros.

4. Los distintos demandados, con argumentos comunes, se oponen a la calificación del concurso como culpable por esta causa en base a distintas razones que podemos analizar conforme a la contestación a la demandada de la concursada, que se pronuncia en los siguientes términos;

- Nadie podía prever en el año 2008, que la crisis económica que comenzaba se extendería, por la persistencia de los factores que la desencadenaron, hasta el año 2018.

- En ese contexto económico, que, en España, afectó especialmente al sector financiero e inmobiliario, la escasa demanda, especialmente en la región de Murcia, donde el Grupo Polaris tenía concentrados la mayor parte de sus activos, donde había un gran número de viviendas sin vender en manos de entidades financieras, la concursada y el resto de **sociedades** del Grupo Polaris, reducen, por tal escenario su actividad inmobiliaria y procuran e inician una expansión internacional de los negocios no inmobiliarios.

- El Grupo Polaris, en el marco del acuerdo de reestructuración financiera de 22 de mayo de 2009 suscrito con las entidades financieras, llevó a cabo importantes operaciones de venta de activos (fundamentalmente por daciones en pago) en el año 2010 y 2011, con el objetivo acordado con las entidades financieras que lo suscribieron, de reestructurar el patrimonio y la deuda de dicho Grupo y facilitar su viabilidad.

- Parte de las operaciones de dación en pago (220 inmuebles ubicados en Mar Menor Golf Resort) fue aplazado hasta su finalización, cuando esta se produjo y debían transmitirse a las entidades financieras, obligadas a adquirirlas, estas se negaron. Dicho incumplimiento por parte de las entidades financieras supuso un grave perjuicio para Polaris World Real Estate. S.L, como el propio coste de terminación de los inmuebles, además de la cancelación de la deuda con garantía hipotecaria correspondiente a dichos inmuebles, y la generación de liquidez en la cuantía aproximada de dos millones. Pese a que Polaris World Real Estate S.L., en el año 2011 reclamó judicialmente, se vio obligada a desistir del procedimiento, ante la negativa, salvo desistimiento, de las entidades financieras de liberar una hipoteca sobre un suelo donde se había construido una promoción, "Los Arenales del Mar Menor", pendiente de entrega.

- En cuanto a la finalización de la moratoria para pago de principal e intereses del acuerdo con entidades financieras, hecho determinante para que la AC señale 2012 como momento en la que se produce la insolvencia de las **sociedades** que conforman el Grupo Polaris, debemos de resaltar que ninguna de las entidades financieras acreedoras ha exigido el pago de intereses o amortización de **capital**, ni iniciaron actuación alguna tendente a su cobro, lo que en la práctica supuso una ampliación tácita, más allá del año 2012, de la moratoria pactada en el acuerdo de 2009. El Grupo Polaris siguió negociando y colaborando con las distintas entidades financieras hasta el 2016, para buscar soluciones que paliaran en lo posible los efectos negativos de la crisis. No es posible, por tanto, concluir que el vencimiento del plazo de la moratoria acordado en el Acuerdo de 2009 generase la supuesta situación de insolvencia.



- Se negociaron con la Administración Tributaria solicitudes de aplazamiento presentadas durante 2014 y 2015, y hasta 2016 se negoció la venta a terceros de activos gravados con garantías a favor de dicha Administración, con el fin de cancelar deuda, que finalmente no se materializaron.

- A pesar del adverso escenario económico anteriormente descrito, y en contra de lo mantenido por la AC sobre el agravamiento de la insolvencia del grupo a partir de 2012, lo cierto es que en lo que respecta a la deudora y el resto de las 10 concursadas, se reduce la deuda con terceros de 241.005 (miles) en el 2011 a 160.702 (miles) en 2016, lo que acredita que en ningún caso se puede entender que el supuesto retraso en la solicitud de concurso haya agravado la situación de insolvencia.

- El Grupo Polaris continuó con sus actividades inmobiliarias y no inmobiliarias durante los ejercicios 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. El mercado inmobiliario se mostraba todavía débil en 2012 y 2013, dando muestras de alguna recuperación en 2014 y 2015.

- Lo relatado hasta ahora, hizo creer, con justificación que el Grupo Polaris continuaría siendo viable, sin embargo, en 2016, tras considerar la pasividad de los principales agentes involucrados (acreedores) y tras recaer una sentencia dictaminando una cuantiosa responsabilidad civil en contra de Polaris World Real Estate, S.L. motivaron la insolvencia considerada y se presentó la comunicación preconcursal, en el mes de abril, y, posteriormente en los plazos legales, la solicitud de declaración de concurso.

- En cuanto a la presunta agravación de la insolvencia;

- Respecto de la agravación de la insolvencia por la deuda con la Agencia Tributaria, negamos la cifra consignada en el informe de la administración concursal, y que el valor de los bienes hipotecados, en garantía de la deuda que se mantenía pueda computarse como un daño para la concursada en tanto en cuanto no sean enajenadas las propiedades hipotecadas.

- Respecto de los impuestos sobre bienes inmuebles, como de las cuotas de las comunidades de propietarios, agua y demás conceptos recogidos en el Informe de la administración concursal, su devengo no se habría podido evitar pese a que el concurso se hubiese presentado con anterioridad.

- En cuanto al IVTNU, su devengó surge como consecuencia de la transmisión de inmuebles de la hoy concursada, resulta imposible evitarlo y en tal sentido no agrava la insolvencia, además de las serias dudas que existen sobre su exigibilidad.

CUARTO: La presunción iuris tantum del artículo 444.1º TRLC. Análisis de la concurrencia de los hechos y de la aplicación de la presunción

1.La situación de insolvencia desde mayo de 2012

1.Las demandadas no niegan que desde mayo de 2012 el grupo Polaris, y la concursada no podía cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Y ello ya que no se niegan las afirmaciones de la administración concursal y del Ministerio Fiscal relativas a que a partir de dicha fecha se produjera un incumplimiento casi total y sistemático en relación a sus obligaciones de pago respecto de impuestos sobre bienes inmuebles, cuotas de comunidades de propietarios, deudas con Entidades Urbanísticas de Conservación, IVTNU, Impuesto de Actividades Económicas, e Impuesto de Vehículos. Tampoco se niega el incumplimiento de pago de la deuda viva y vencida con entidades de crédito y con la Agencia Tributaria.

Así, respecto de algunos de estos impagos se niega que el agravamiento de la insolvencia hasta la solicitud de concurso sea en las concretas cuantías que indica la administración concursal, pero, como decíamos, no se niega la falta de pago de deudas exigibles, que en su mayor parte finalmente han sido reconocidas como créditos en el concurso.

Además de la falta de negación por las demandadas, que convierte a los hechos en no controvertidos, del extenso informe de la administración concursal y de la documental obrante en autos se desprende con claridad;

-que el 22 de mayo de 2012 finalizó la moratoria de 3 años concedida por las entidades financieras sobre la denominada Deuda Viva. Dicha moratoria afectaba en relación a todo el grupo a préstamos cuyo importe pendiente de pago ascendía a más de 327 millones de euros.

Así, en el cuarto párrafo de la página 6 de la Memoria de las cuentas anuales de la concursada del ejercicio 2012, se reconoce por el órgano de administración que "durante el ejercicio 2012, ante el incumplimiento del Acuerdo de mayo de 2009 por parte de determinadas entidades financieras, en relación con el compromiso de escrituración pendiente de inmuebles, y las dificultades financieras por las que atraviesa el Grupo, se han incumplido las obligaciones de pago de principal e intereses de diversos préstamos cuyo valor el libros al cierre



del ejercicio asciende a 75 millones de euros. El importe de las cantidades no satisfechas al 31 de diciembre de 2012 asciende a 3,3 millones de euros."

-que desde el año 2010 el grupo Polaris, y en concreto, la aquí concursada, mantenía una deuda frente a la Agencia Tributaria por el Impuesto de **Sociedades** correspondiente al ejercicio 2009, cuyo importe ascendía a 14.689.488 euros, y la concursada no atendió de forma ordinaria y regular el pago de los sucesivos vencimientos previstos en el calendario, sino que, en su mayor parte, se dedicó a solicitar compensaciones con las devoluciones de la Agencia Tributaria que tenía derecho a percibir, realizando únicamente 6 pagos desde el ejercicio 2011 hasta el 2017; pagos que, por otra parte, siempre se hacían fuera del vencimiento correspondiente, persistiendo dicha deuda al tiempo de la declaración de concurso.

Concorre, pues, un supuesto similar al descrito en SAP de Murcia de 17 de octubre de 2019 cuando afirma;

Así, respecto de los aplazamientos y fraccionamientos de pago de créditos públicos por la **sociedad**, aunque admitamos la tesis de las recurrentes de que el solo ejercicio de ese derecho no implica necesariamente la insolvencia (sin dejar de reseñar que apuntan en sentido contrario las Sentencias de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, de 19 de febrero de 2010 y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de diciembre de 2010), lo relevante no es solo el aplazamiento y fraccionamiento, sino que el mismo no pudo ser atendido de forma regular, pues no se cuestiona el dato de que de los aplazamientos no se pudieron pagar en 2012 y 2013.

-que el 22 de diciembre de 2009 la mayor parte de las entidades del grupo Polaris realizaron comunicación de precurso en este juzgado indicando "que los Deudores se encuentran en situación de insolvencia actual por no poder cumplir sus obligaciones exigibles." Y a pesar de que dicho procedimiento fuera archivado tras la comunicación en plazo de la concursada de que se había superado la situación de insolvencia, las alegaciones realizadas por las concursada para dicho archivo se referían, como aparece detallado en la memoria de las Cuentas Anuales del ejercicio 2010, a la venta de determinados activos para cancelar deuda financiera, pero no desdican con otros datos, por ejemplo, la entrada de tesorería o el pagos de deuda, la situación de insolvencia que el mismo grupo había reconocido.

-que desde la finalización del ejercicio 2012 hasta el ejercicio 2016 en el que se solicita el Concurso, la situación del Grupo Polaris y de Polaris World Real Estate, S.L. no hizo otra cosa que empeorar como se afirma por la administración concursal y lo demuestra datos aportados que se consideran probados como son, por ejemplo;

1) la acumulación de impagos frente a las entidades financieras. Así, en las respectivas Memorias acompañadas a las Cuentas Anuales de los ejercicios 2013 a 2015, se sigue reconociendo por los administradores de la concursada el incumplimiento de las obligaciones de pago del principal e intereses que derivan de los préstamos incluidos en la llamada Deuda Viva. En el caso del ejercicio 2013, según se reconoce en las Cuentas Anuales, dichos impagos alcanzaban ya el importe de 12,2 millones de euros, mientras que en el ejercicio 2014 se reconoce el incumplimiento de las obligaciones de pago del principal e intereses de préstamos cuyo valor en libros asciende a 82,2 millones de euros.

2) la acumulación de impagos por el sistemático incumplimiento de abono de impuestos locales que se detalla por la administración concursal en el cuadro obrante en la página 33 de su informe ,que se da aquí por reproducido.

Con los anteriores datos, que resultan acreditados, no cabe duda de que la concursada se encontraba al menos al finalizar el ejercicio 2012, en una situación de imposibilidad cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y, por tanto, existía el deber de solicitar la declaración de concurso, cosa que no se hizo hasta octubre de 2016.

No tiene relevancia, como pretenden las demandadas, que algunas de las deudas estuvieran garantizadas con hipotecas, pues lo relevante a efectos concursales es la propia existencia de la deuda y la imposibilidad de hacer frente al abono de forma regular con los propios recursos.

Y todo lo anterior sin negar este juzgador los importantes esfuerzos del grupo Polaris desde el inicio de la crisis inmobiliaria en 2008 para dar viabilidad a la empresa y reestructurar su deuda mediante diversos acuerdos o intentos de acuerdos con entidades bancarias o con la AEAT, pero dichos intentos, que son lógicos y razonables desde el punto de vista empresarial, no eximen, si no dan su fruto, de la obligación legal de solicitar la declaración de concurso.

Así, vemos que gran parte de las causas de oposición de las demandadas, detalladas en el fundamento anterior, se refieren a los esfuerzos realizados por el grupo Polaris en fecha anterior a 2012, pero acreditado que dichos esfuerzos no dieron su fruto, existía, como se ha dicho, conforme al transcrito artículo 5 TRLC, la obligación legal de solicitar el concurso de acreedores.



Otras causas de oposición de las demandadas se refieren a los incumplimientos por parte de las entidades financieras de adquirir activos según los compromisos firmados, a la ampliación tácita de los plazos de moratoria en la medida en que las entidades financieras no exigieron el pago de intereses o amortización de **capital**, ni iniciaron actuación alguna tendente a su cobro o a la continuación el grupo Polaris con sus actividades inmobiliarias y no inmobiliarias durante los ejercicios 2012 a 2016.

Y ninguna de estas causas son obstáculo para considerar que el grupo Polaris y la aquí concursada incumplieron a finales de 2012 su obligación de solicitar la declaración de concurso.

Así, en cuanto a los incumplimientos por las entidades financieras, es cierto que en el año 2011 el grupo Polaris interpuso demanda judicial basada en el incumplimiento de las entidades financieras de asumir la dación en pago de 220 inmuebles. Pero no resulta acreditado, pues no se argumenta con los oportunos cálculos, ni se practica prueba alguna, que de no existir aquel supuesto incumplimiento se hubiera revertido la muy grave situación de insolvencia en que se encontraba de la concursada, siendo que, además, la interposición de una demanda frente a terceros, previendo el largo tiempo judicial para su efectiva resolución, no es razón suficiente para que se exima al deudor de solicitar la declaración de concurso.

En cuanto a la supuesta ampliación tácita de la moratoria más allá de 2012, no considera este juzgador que la falta de reclamación judicial pueda equipararse a una ampliación tácita, y más cuando no resulta controvertido que se siguieron generando intereses, siendo que, en cualquier caso, y como venimos diciendo, ante la insolvencia debe solicitarse la declaración de concurso. Y todo ello teniendo en cuenta que la Ley Concursal se refiere a la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, sin que sea precisa, conforme a reiterada doctrina judicial, la ejecutividad

Por lo que respecta a la continuación por parte del Grupo Polaris con sus actividades inmobiliarias y no inmobiliarias durante los ejercicios 2012 a 2016, no duda este juzgador de dicha continuidad, pero resulta acreditado, por un lado, que la actividad fue muy menor como lo demuestra la evolución del número de trabajadores, y que los resultados fueron negativos como resulta de la evolución de la cuenta de resultados contenidos en el informe de la administración concursal, y, por otro lado, y lo que es más importante, ni se alega ni mucho menos se acredita que dicha actividad diera lugar a ingresos para solucionar la grave situación de insolvencia en la que, como se declara probado, ya se encontraba la concursada.

2. Las negociaciones tendentes a la viabilidad posteriores a la insolvencia de 2012

Un análisis especial merecen las amplias alegaciones defensivas de las demandadas relativas a que el Grupo Polaris siguió negociando y colaborando con las distintas entidades financieras y con la AEAT hasta el 2016, para buscar soluciones que paliaran en lo posible los efectos negativos de la crisis.

Sobre este tipo de actuaciones se manifiesta la SAP Murcia de 25 de marzo de 2021 afirmando;

En otro orden de cosas, retomando la conducta del art 165.1. 1º (ahora art 444.1TRLR), al tratarse de una presunción iuris tantum, admite prueba en contrario, y, en consecuencia, se pueden acreditar circunstancias que, a pesar del retardo, en ese caso justifican que no se tilde el concurso como culpable. Desde ese enfoque hemos enjuiciado las alegaciones exculpatorias fundadas en la realización de actuaciones encaminadas a dar viabilidad a la mercantil en nuestras sentencias de 27 de octubre de 2016 y 6 de abril y 18 de mayo de 2017, entre otras, en las que razonamos

"... no consta que las mismas fueran adecuadas para superar la insolvencia. No se trata solo de ver que han resultado ineficaces - lo cual resulta evidentemente - sino de valorar si en ese momento (xxx) eran adecuadas para evitar, a corto y medio plazo, el impago generalizado

Nada de eso se razona por quien lo invoca, sin que baste con decir que había un plan de viabilidad, máxime cuando dicho plan ..., es elaborado a instancia de la propia deudora y la refinanciación proyectada descansaba no solo en esa financiación ajena sino en unas proyecciones de ventas y otras medidas, sin que conste la fiabilidad de las primeras y la implementación de las segundas

En definitiva, la sola invocación de una negociación no es excusa para justificar el incumplimiento del deber que impone el art 5 LC, debiendo asumir el administrador societario las consecuencias de su actuación, pues como hemos dicho en la sentencia de 21 de abril de 2016 «El ordenamiento impone el comportamiento a seguir por el deudor en situación de insolvencia (solicitar el concurso, art 5 LC), y si se aparta del mismo en la confianza de revertir su situación económica, pero después no se produce ese resultado, debe asumir sus consecuencias; o dicho de otra manera, el riesgo de agravamiento de la insolvencia se traslada al deudor, al no ajustar su actuación al estándar legal. Esta idea subyace en la sentencia de la AP de Alicante de 11 septiembre de 2014 »



Pues bien, en el caso de autos las demandadas acreditan ciertas comunicaciones con entidades bancarias y con la Agencia Tributaria desde 2012 a 2016, pero dichas comunicaciones que se plasman fundamentalmente en cartas y correos electrónicos sobre un posible plan de dinamización de ventas o sobre daciones en pago, y que de modo breve y no detallado son ratificadas en el acto de la vista por dos testigos empleados de entidades bancarias, no pueden ser tenidas como expectativas fundadas suficientes de solución de la insolvencia, pues ni se basan en entradas de liquidez para el pago de las deudas exigibles, ni se plasmaron en posteriores acuerdos para revertir la situación de insolvencia, y, sobre todo, tienen una duración tan amplia, casi cuatro años, que impide que sean tenidos como prueba en contrario de la presunción iuris tantum del artículo 444.1 TRLC.

Citan las demandadas la SAP Barcelona de 29 de abril de 2016 como ejemplo de doctrina judicial en favor de la prueba en contra de la presunción iuris tantum por la celebración de negociaciones en estado de insolvencia. Pero conviene recordar que en la citada sentencia se mantiene que la actuación de los administradores fue diligente durante el breve plazo de cuatro meses en que esperaron a solicitar el concurso a pesar de estar ya incurso en situación de insolvencia y cumplido el plazo de 2 meses mientras duraron las actuaciones tendentes a la búsqueda de un socio industrial que le diera viabilidad.

En el caso de autos, como decíamos, las comunicaciones con los acreedores son escuetas y no se aprecian expectativas fundadas suficientes de solución de la insolvencia, pero, lo que es más importante, su duración alcanza los cuatro años, periodo no admisible desde el punto de vista legal para retrasar la solicitud de concurso.

3. La alegación de la falta de agravación de la insolvencia

No cabe duda, conforme a la doctrina judicial transcrita, que en el sistema previsto en la Ley Concursal los demandados pueden destruir la presunción que establece el art 444.1, acreditando "que no ha existido agravamiento de la insolvencia ligado causalmente al retardo."

Un supuesto como el citado se contiene en SAP de Murcia de 17 de octubre de 2019 en en que la demandada logró acreditar que los fondos propios habían mejorado desde la situación de insolvencia hasta la solicitud de concurso.

Y dicho efecto pretenden las demandadas en el presente caso, cuando afirman que a pesar del adverso escenario económico anteriormente descrito, y en contra de lo mantenido por la administración concursal sobre el agravamiento de la insolvencia del grupo a partir de 2012, lo cierto es que en lo que respecta a la deudora y al resto de las 10 concursadas, se reduce la deuda con terceros de 241.005 (miles) en el 2011 a 160.702 (miles) en 2016, lo que acredita que en ningún caso se puede entender que el supuesto retraso en la solicitud de concurso haya agravado la situación de insolvencia.

Y no considera válido este juzgador este análisis que no informa del origen de los datos, que resulta sesgado y parcial, que se refiere conjuntamente a todas las empresas del grupo, que no contempla la evolución del activo y las daciones en pago realizadas por el Grupo Polaris y que contempla el periodo 2011 a 2016.

Y es que como se explica en la propia contestación a la demanda, y se desprende de los propios acuerdos de renegociación bancaria que obran en autos, dicho descenso de la deuda con terceros responde fundamentalmente a daciones en pago que mediante la entrega de inmuebles hace disminuir la deuda con las entidades financieras.

Por el contrario de los datos que obran en el informe de la administración concursal sí que se desprende una agravación de la insolvencia en dicho periodo. Así, según el cuadro comparativo que se aporta en las páginas 11 y 12 del informe se desprende que desde el ejercicio 2014 al ejercicio 2016 el activo de la concursada se reduce de 370.087.766 euros a 344.683.264 euros, y el pasivo de la concursada se incrementa de 162.870.283 (incluido pasivo corriente y no corriente) euros a 165.470.140 euros.

Es cierto que dichos datos proceden, como se informe al pie del cuadro, de las cuentas anuales no auditadas ni depositadas de los ejercicios 2014 y 2015 y del cierre contable de 2016 facilitado por la **sociedad**, respecto de los cuales discrepa la administración concursal. Además, no se incluye el ejercicio 2013, que debiera comprenderse en el objeto de comparación. Pero dichos datos, como ya se ha dicho aportados por la propia concursada, son bastante significativos de la existencia de una agravación de la insolvencia cuya prueba en contrario le corresponde a la concursada.

Además de lo anterior, comparte este juzgador el análisis sobre la agravación que realiza la administración concursal basándose en el análisis individual de deuda más relevante mantenida con terceros ajenos al Grupo Polaris.

Y todo ello aceptando este juzgador las afirmaciones de la administración concursal sobre la posible distorsión a través de otro análisis. Así, se afirma en el informe;



"De acuerdo con lo expuesto en los subapartados anteriores, la fecha de la insolvencia se ha fijado por esta AC en el periodo que va desde mayo a diciembre de 2012, momento en el que debería haberse solicitado la declaración de concurso.

Con el objeto de entender cuál ha sido el perjuicio ocasionado por el agravamiento de la insolvencia, entiende esta AC que el método más adecuado debiera ser comparar la situación de liquidación concursal que se hubiera producido de haberse solicitado el concurso en mayo de 2012, frente a la existente en el momento de la declaración de concurso.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, cuantificar el perjuicio patrimonial analizando la evolución del pasivo contable en cada uno de los años posteriores a 2012, hasta la declaración de concurso, resulta imposible y además podría dar resultados distorsionados, por cuanto (i) la concursada no ha contabilizado intereses de la deuda financiera, ni los intereses devengados por los aplazamientos de la deuda con la Agencia Tributaria, ni tampoco la deuda por cuotas de comunidad e impuestos locales durante prácticamente todo el periodo analizado y (ii) desde el ejercicio 2012 la actividad del Grupo fue decayendo sensiblemente lo que podría dar a entender que no existe perjuicio, cuando sí lo hay.

Por tanto, no siendo posible la construcción de dicha comparación, por la cantidad de variables que implica, con el fin de cuantificar los daños y perjuicios causados por el retraso en la solicitud de concurso, esta Administración Concursal ha recurrido al análisis individual de deuda más relevante mantenida con terceros ajenos al Grupo Polaris, que en el caso que nos ocupa son las entidades financieras, la Agencia Tributaria, las Administraciones Locales y las Comunidades de Propietarios donde radican los inmuebles propiedad de la Concursada."

Así, como indicábamos más arriba, el Ministerio Fiscal resume el agravamiento postulado según método de análisis propuesto por la administración concursal en los siguientes términos;

-La deuda con las entidades bancarias, que al cierre del ejercicio 2012 ascendía a 51.499.560 euros, se incrementó en 10.997.961 euros hasta la fecha de declaración del concurso.

-La deuda con la AEAT derivada de la absorción de HACIENDA VERDE SL que, a fecha de 27 de julio de 2010, ascendía a 14.689.488 euros y que, en mayo de 2012 suponía 14.989.488 euros, se incrementó, como consecuencia de los intereses de demora y los recargos, hasta los 16.356.313 euros; lo que supone un incremento de 1.366.825 euros. Pero es que, además, tras el mes de mayo de 2012 - una vez que la concursada se encontraba en situación de insolvencia - para garantizar el pago de la deuda con la Hacienda Pública, fueron hipotecados bienes de la concursada por valor de 6.394.400 euros. Por lo que se estima que el perjuicio por el retraso en la solicitud del concurso y, en relación a esta deuda con la Hacienda Pública, asciende a 7.761.225 euros.

-Por el impago del Impuesto de Bienes Inmuebles, plusvalía, Impuesto de Actividades Económicas, e Impuesto de Vehículos, la deuda acumulada desde el año 2013 y hasta la fecha de declaración del concurso ascendió a 2.520.407,45 euros.

-En relación a la deuda con las Comunidades de Propietarios y con las Entidades Urbanísticas de Conservación, esta se incrementó hasta los 5.373.434,68 euros.

Por lo que se estima que los perjuicios para los acreedores derivados del retraso en la solicitud del concurso ascienden a 26.653.028,13 euros.

Las demandadas se limitan a negar genéricamente la certeza de estos datos, pero sin aportar prueba en contrario de los mismos, que se desprenden con claridad del informe provisional de la administración concursal, lista de acreedores y demás documental obrante en autos.

De manera más concreta las demandadas se oponen a la inclusión del importe de 676.601 € correspondiente al IVTNU, por entender que es un impuesto que sólo se produjo como consecuencia de la transmisión de inmuebles de la hoy concursada, por lo que es imposible evitarlo.

Y debe ser aceptada dicha causa de oposición pues efectivamente dicha suma no podía ser evitada y en condiciones normales debiera haber sido también abonada en sede de liquidación concursal.

Igualmente, se oponen a la inclusión de nuevas deudas por IBIs, cuotas de las comunidades de propietarios, agua y demás conceptos recogidos en el Informe de la administración concursal, pues "nunca se hubieran podido evitar por la declaración del concurso: Ni unos, ni otros, dejan de devengarse en tal supuesto."

Y no acepta este juzgador esta conclusión, pues resulta evidente que con la presentación del concurso en el momento oportuno y la liquidación de estos inmuebles, se habría reducido la generación de estos gastos de 2012 a 2016 o por lo menos no se habrían generado en los ejercicios posteriores. La rápida liquidación de esos



inmuebles hubiera impedido la generación de nuevos gastos por estos conceptos. Por tanto, el agravamiento por esos gastos sí podría haberse evitado.

Finalmente, se oponen las demandadas al agravamiento en relación al incremento de la deuda tributaria, negando que el valor de los bienes hipotecados pueda computarse como daño para la masa activa.

Y efectivamente compare este juzgador en parte dicha alegación, por lo que la suma de

6.394.400 euros debe excluirse de la agravación de la insolvencia. No obstante el incremento de la deuda sí que resulta acreditado según el informe de la administración concursal y la documental obrante en autos.

Visto todo lo anterior y descartando las sumas indicadas por IVTNU y por hipotecas, el agravamiento de la insolvencia puede cuantificarse en 20.258.628,10 euros, por lo que no resulta destruida la presunción de agravamiento por retraso en la solicitud como pretendían las demandadas.

En base a todo lo anterior, acreditada la insolvencia desde finales de 2012, y que el concurso no se solicita hasta octubre de 2016, y no habiendo acreditado las demandadas la no agravación de la insolvencia o la concurrencia de situaciones que excluyan el dolo o culpa grave legalmente incluido en la presunción, no cabe duda que aquella actuación voluntaria de la concursada incurre en la presunción prevista en el art. 444.1º TRLC que debe dar lugar a la declaración de concurso como culpable.

QUINTO: La presunción iuris et de iure del artículo 443.5º TRLC

1. En segundo lugar, la administración concursal, y el Ministerio Fiscal que se adhiere, consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 443.5º TRCL, es decir, "Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera que llevara."

La administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que concurren en la concursada irregularidades contables relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera que han impedido conocer la imagen fiel de la compañía. Concentran estas irregularidades en dos supuestos; el primero la falta de deterioro de los activos consistentes en las inversiones y créditos con empresas del grupo; el segundo, se refiere a la indebida activación de las bases imponibles negativas.

La SAP de Murcia de 12 de diciembre de 2019 resume su doctrina sobre esta materia afirmando;

Respecto de la llevanza de contabilidad con irregularidades relevantes, en nuestra sentencia de 10 de mayo de 2018 recordamos las previas sentencias de 25 de febrero o 30 de junio de 2016 según las cuales «se define (SAP de Alicante, de 30 de junio de 2011) a partir de los siguientes elementos: a) material: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; b) cuantitativo: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; c) cualitativo: debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; d) subjetivo: debe revelar la irregularidad cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado»

Y en la más reciente de 24 enero de 2019 nos hacíamos eco de la STS 583/2017, de 27 de octubre, según la cual «Cuando el art. 164.2.1 LC habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad [...]

Como dijo la sentencia 994/2011, de 16 de enero de 2012 :

«Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad».



3.- Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.

2. En relación a la falta de deterioro de los activos consistentes en las inversiones y créditos con empresas del grupo se afirma en el informe de la administración concursal;

"Tal y como ya hemos avanzado en el punto 4.2. del presente Informe, una de las partidas más significativas del activo de la Concursada es la que corresponde con las inversiones en empresas del grupo y asociadas, a largo plazo. Como ya desarrollábamos en dicho punto, de acuerdo con la información contable proporcionada a esta Administración Concursal, dicha partida supone el 77% del total activo de la Concursada en el ejercicio 2016. Dentro de dicha partida se incluyen tanto las Participaciones, como los créditos a largo plazo con empresas del Grupo.

Dentro de la partida correspondiente a las Participaciones en empresas del Grupo, la Concursada incluye participaciones por un valor de más de 106 millones de euros a cierre del ejercicio 2016, correspondiendo principalmente dicho valor (un 89%) a las participaciones que tiene Polaris World Real Estate, S.L. en la **sociedad** New Golf Properties, S.L.

Pues bien, analizada la composición del activo de New Golf Properties, S.L. durante el periodo 2009-2016, se puede apreciar con claridad que el mismo ha estado formado en este periodo, casi en exclusiva, por inversiones en empresas del mismo Grupo Polaris, tanto a largo, como a corto plazo.

Tal y como se puede observar de la citada tabla, el peso de las inversiones en empresas del Grupo ha estado en todo el periodo en torno al 90% del total de activos de New Golf Properties, S.L.

Según la documentación a la que ha podido tener acceso esta Administración Concursal, las inversiones en empresas del Grupo de New Golf Properties, S.L. han estado concentradas fundamentalmente en empresas del Grupo que ahora mismo se encuentran en concurso de acreedores.

Así, por ejemplo, en el año 2014, las inversiones en empresas del Grupo en el activo de New Golf Properties, S.L. ascendían a más de 147 millones de euros, de los que el 64% (94,9 millones) son por inversiones en Polaris World Development, S.L., matriz del Grupo, el 19% (27,4 millones) son por inversiones en la propia Concursada y el 10% (15,4 millones) son por inversiones en otra **sociedad** en concurso, Polaris World Servicios Turísticos.

A juicio de esta Administración Concursal, siendo que ambas **sociedades**, tanto Polaris World Real Estate, S.L., como New Golf Properties, S.L. estaban administradas y gestionadas por las mismas personas físicas y jurídicas, que conocían como no podía ser de otra manera la situación por la que estaba atravesando el Grupo Polaris desde el ejercicio 2009 en adelante, es evidente que mantener dicho activo valorado al 100% hasta el ejercicio 2016, supone una irregularidad contable relevante que altera la imagen fiel de la compañía.

Por otro lado, la situación de las inversiones en empresas del Grupo es plenamente equiparable a la de los Créditos a largo plazo con empresas del Grupo. Y es que la Concursada posee créditos a largo plazo con empresas del Grupo valorados en más de 157 millones de euros a cierre del ejercicio 2016, cuando el principal deudor (84% del total de créditos) resulta ser la **sociedad** matriz del Grupo, Polaris World Development, S.L.

Tal y como se ha desarrollado a lo largo del presente informe, el Grupo Polaris desde mayo de 2012 se encontraba en una situación financiera crítica, con enormes dificultades para hacer frente a sus deudas con terceros, principalmente deuda bancaria y con Agencia Tributaria. Así también lo menciona el auditor en dichas cuentas anuales, cuando deja constancia de las dudas que existen en cuanto a las negociaciones para la refinanciación de la deuda vencida en mayo de 2012.

Teniendo en cuenta el balance de situación del ejercicio 2012, se puede observar que, el activo con el que la Concursada podía hacer frente a la deuda con terceros se componía principalmente de activos inmobiliarios cuyo valor de mercado se encontraba muy por debajo de la deuda bancaria afecta a los mismos, circunstancia esta que demuestra que en dicho momento los fondos propios de la compañía tendían a cero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Concursada debía haber deteriorado los créditos con empresas del grupo en su totalidad a dicha fecha, pues ya se preveía que la recuperación sería nula.

En consecuencia, nos encontramos ante una irregularidad relevante, ya que supone la falta de deterioro de saldos con empresas del grupo por importe de 259,7 millones de euros, que vulnera además la normativa



contable aplicable, en concreto del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

Ello además tiene un impacto directo en la imagen fiel de la compañía proporcionada a terceros a través de las cuentas anuales depositadas en los ejercicios 2012 y 2013.

Y es que, de haberse aplicado correctamente la normativa contable y, por lo tanto, proceder al deterioro del activo, la Concursada habría incurrido en causa de disolución.

..... el activo total de la compañía ascendía en el ejercicio 2012 a la cantidad de 394 millones de euros; 288 millones de euros de activo no corriente y 106 millones de euros de activo corriente.

Bien pues, ya en dicho ejercicio, el reflejo del deterioro identificado en los apartados anteriores, habría supuesto disminuir el activo total de Polaris World Real Estate, S.L. en más de un 60%, pasando de 394 millones de euros a 138 millones de euros, lo que supone un cambio de imagen financiera más que considerable.

Por otro lado, el patrimonio neto de las cuentas anuales del ejercicio 2012, ascendía a 209 millones de euros, por lo que, desde el punto de vista patrimonial y considerando que el volumen de activos de la concursada ascendía a 138 millones de euros, el registro de dicho deterioro en el activo hubiera supuesto el reflejo de unos fondos propios negativos por importe de 47 millones de euros, viéndose la **sociedad**, en ese caso, incurso en uno de los supuestos de causa de disolución establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de **Sociedades de Capital** y mostrando una situación mucho más negativa y compleja de lo que se puede apreciar en las cuentas anuales depositadas.

En relación a la activación de las bases imponibles negativas se afirma en el informe de la administración concursal;

Asimismo, esta Administración Concursal considera que la activación de créditos fiscales por bases imponibles negativas (en adelante, por brevedad, BINs) por parte de la Concursada en los años 2012 a 2016, constituye otro supuesto de irregularidad contable relevante a los efectos de lo establecido en el art. 164.2.1 LC.

Es importante destacar, que la activación de créditos fiscales, impacta directamente en la cuenta de resultados de la compañía, ya que se reconoce dicha activación como ingreso, y reduce el resultado negativo (pérdida) de la Compañía en cada uno de los ejercicios en los que se han producido dichas activaciones. Asimismo, esta activación impacta directamente en los fondos propios de la Compañía, que hubieran sido inferiores de no haberse producido la activación de dichos créditos fiscales.

En lo referente a la activación de las BINs, en materia contable es de aplicación el Plan general de Contabilidad aprobado mediante el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (PGC). El PGC incluye la Norma de Registro y Valoración 13ª (NRV 13ª), la cual en su apartado 2, denominado "Activos y Pasivos por impuesto diferido" señala que "de acuerdo con el principio de prudencia solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos".

Asimismo, dicha NRV 13ª, establece que "en la fecha de cierre de cada ejercicio, la empresa reconsiderará los activos por impuesto diferido reconocidos y aquéllos que no haya reconocido anteriormente. En ese momento, la empresa dará de baja un activo reconocido anteriormente si ya no resulta probable su recuperación, o registrará cualquier activo de esta naturaleza no reconocido anteriormente, siempre que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras en cuantía suficiente que permitan su aplicación".

A este respecto, el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC), publicó una Consulta nº 80, en diciembre 2009, en la que se analizaba el tratamiento contable del reconocimiento de activos por impuestos diferidos derivados del derecho a compensar bases imponibles negativas. De acuerdo con lo previsto en la citada Consulta, "para poder reconocer un activo debe ser probable que la empresa vaya a obtener beneficios fiscales que permitan compensar las citadas bases imponibles negativas en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal, con el límite máximo de diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio en aquellos casos en los que la legislación tributaria permita compensar en plazos superiores. Asimismo, "en todo caso, el plan de negocio empleado por la empresa para realizar sus estimaciones sobre las ganancias fiscales futuras deberá ser acorde con la realidad del mercado y las especificidades de la entidad."

Tal y como se observa en las cuentas anuales de la Concursada del ejercicio 2012, aportadas como Documento nº 24 de este Informe, Polaris World Real Estate, S.L. disponía de créditos fiscales activados por importe de 19,3 millones de euros, relativos a las bases imponibles negativas pendientes de compensar por las pérdidas del negocio producidas en ejercicios anteriores, en las **sociedades** El Valle Golf Resort, S.L., La Hacienda Riquelme, S.L., Polaris Ciudad S.L., Polaris Ventas, S.L. Hacienda Verde, S.L. (absorbidas en 2010 por Polaris World Real



Estate, S.L.). Dichas bases imponible han seguido activadas desde entonces y hasta el último cierre contable del ejercicio 2016.

Respecto a la activación de dichos créditos fiscales, los auditores de la Concursada expresaron sus dudas acerca de la correcta aplicación de los mismos en las cuentas anuales de los ejercicios 2012 y 2013.

3. Los demandados con argumentos comunes se oponen a la calificación del concurso como culpable por esta causa en base a distintas razones que detallamos seguidamente conforme a la contestación a la demandada de la concursada que se pronuncia en los siguientes términos;

Son dos los conceptos que la administración concursal agrupa en esta causa, recogida en el artículo 164.2.1º de la LC: La falta de deterioro de activos relacionados con empresas del Grupo y la activación de Bases imponibles negativas.

1. En relación con el primero de los conceptos, deterioro no efectuado en inversiones en empresas del Grupo y asociadas, la base de la calificación de la administración concursal se encuentra en la siguiente expresión el Informe : "...en el año 2016, más del 70 % del activo total de Polaris World Development, SLU lo constituyen inversiones en **sociedades** del Grupo que se encuentran en concurso actualmente y que no solo no estaban en disposición de generar beneficio alguno que permitiera atisbar un mínimo de esperanza en la recuperación de la inversión realizada, sino que, ..., estarían en situación de insolvencia desde el mes de mayo de 2012". Y continúa indicando que "durante el período 2012 a 2016, la ahora Concursada ha tenido valorada una de las partidas más importantes de su activo al 100 % de su valor, cuando éste no consistía en otra cosa que en créditos en otra **sociedad** del Grupo cuyo principal activo a su vez eran inversiones en otras **sociedades** del Grupo, entre ellas la propia Concursada".

En el fondo, la calificación concursal en este punto se apoya en la conclusión preconcebida de que la situación de insolvencia del Grupo databa de 2012, por lo que la concursada, por lo visto, debía conocer la insolvencia de las dos cabeceras (las dos) en ese momento, lo que indudablemente no sólo no era, sino que no podía ser así. Y, en línea con ello, el importe a deteriorar, como reconoce la propia administración concursal en su informe, en cuanto a créditos recogidos frente a Grupo no es relevante.

Esa admisión de irrelevancia por la propia administración concursal, quiere ésta compensarla indicando que la **sociedad** debía haber hecho los ajustes cuando se conocía su insolvencia en 2012. Es, permítasenos la expresión, "más de lo mismo". Y contundentemente hemos de señalar que no puede hacerse una calificación sobre un hecho no probado, ligando la primera al hecho sin acreditar; resulta un sofisma inaceptable.

Ninguna relevancia hay, pues, en la supuesta irregularidad. Supuesta, decimos, porque con tal carácter es puesta de manifiesto por los Auditores del Grupo, KPMG Auditores, que realizaron tal actividad en todas las entidades del Grupo en los años indicados, y así quedó públicamente exhibida, sin impedir la comprensión de las cuentas.

2. Respecto de la activación de Bases imponibles negativas, difícilmente se puede mantener la presunta irregularidad relevante que la administración concursal pretende, cuando la propia Entidad Auditora cerró su opinión sin otra salvedad que la de incertidumbre acerca del mantenimiento de los activos por créditos fiscales correspondientes, reconociendo que había dudas de la posible compensación con beneficios fiscales en los ejercicios venideros.

Pues bien, la incertidumbre de la Auditoría, a buen seguro, era compartido por la administración del Grupo. Pero era eso, pura incertidumbre y esperanza de recuperación de un mercado cuyo desarrollo posterior nadie, ni incluso la AC actual, podría prever. Pensemos que la incertidumbre la afloró la Auditoría en 2.012 y la AC realiza su conclusión, con juicio, o prejuicio, en el año 2.019. Pues bien, desde 2012 lo cierto es que las **sociedades** matrices, y otras, del Grupo han realizado operaciones de enorme envergadura mejorando su situación patrimonial, entre las que se encuentran las de mejora de posiciones con las Entidades Bancarias acreedoras, que a buen seguro el AC firmante del Informe, conoce con el mejor detalle, como asesor que fue en ese período de las mismas.

4. Vistas las alegaciones de las partes sobre esta cuestión, los demandados no niegan los datos de hecho afirmados por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal y que se desprenden con claridad de la documental obrante en autos.

Por lo tanto, no niegan la falta de deterioro de activos relacionados con empresas del Grupo y la activación de bases imponibles negativas, en ambos casos en las importantes cuantías que detalla la administración concursal.

Tampoco se niega, en relación a la primera causa, que el registro del deterioro en el activo "hubiera supuesto el reflejo de unos fondos propios negativos por importe de 47 millones de euros, viéndose la **sociedad**, en



ese caso, incurso en uno de los supuestos de causa de disolución establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de **Sociedades de Capital** y mostrando una situación mucho más negativa y compleja de lo que se puede apreciar en las cuentas anuales depositadas."

La única causa de oposición de los demandados a la concurrencia de esta presunción de culpabilidad se centra en negar que la situación de insolvencia del Grupo databa de 2012, por lo que la concursada no tenía que haber realizado los ajustes que indica la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Pues bien, habiéndose declarado en el fundamento anterior como acreditado que la insolvencia del grupo se debía haber conocido entre mayo y diciembre de 2012, decae la única causa de oposición alegada por los demandados.

Y analizando la situación conforme a los datos que se declaran probados y conforme al tenor literal de la ley y la doctrina judicial sobre la materia cabe indicar;

1. Que las dos situaciones descritas constituyen un incumplimiento de la normativa y de los principios contables.

Así, la falta de deterioro de activos relacionados con empresas del Grupo incumple la prudencia que exige la Norma de Registro y Valoración 9ª (NRV 9ª) del Plan general de Contabilidad, al no incluir correcciones valorativas a pesar de que las empresas del grupo estaban en situación de insolvencia desde mayo a diciembre de 2012, por lo que a partir de las cuentas de 2012, que no se corrigen hasta la declaración de concurso, concurría una evidente irregularidad contable.

Por su parte, la indebida activación de bases imponibles negativas es contraria a la Norma de Registro y Valoración 13ª (NRV 13ª) del Plan general de Contabilidad, la cual en su apartado 2, denominado "Activos y Pasivos por impuesto diferido" señala que "de acuerdo con el principio de prudencia solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos".

Debiendo conocer que las **sociedades** del grupo se encontraban ya en insolvencia de mayo a diciembre de 2012, no resulta prudente considerar que las empresas del grupo iban a disponer de ganancias fiscales futuras, por lo que concurre una irregularidad contable en las cuentas a partir de las correspondientes a 2012, sin que existiera corrección alguna hasta la solicitud de concurso.

2. En atención a los datos que se declaran probados, las dos situaciones descritas son cuantitativamente importantes en relación al tamaño de la empresa, lo que altera significativamente su información a terceros.

Así, la falta de deterioro de saldos con empresas del grupo asciende a 259,7 millones de euros y los créditos fiscales indebidamente activados ascienden a 19,3 millones de euros.

3. Por último, al menos la falta de deterioro de saldos con empresas del grupo es cualitativamente importante pues, como afirma y demuestra la administración concursal con los datos que aporta, el registro del deterioro en el activo "hubiera supuesto el reflejo de unos fondos propios negativos por importe de 47 millones de euros, viéndose la **sociedad**, en ese caso, incurso en uno de los supuestos de causa de disolución establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de **Sociedades de Capital**."

En base a todo lo anterior, concurriendo los requisitos legal y jurisprudencialmente previstos y no siendo de estimar la causa de oposición de las demandadas, el concurso debe ser calificado como culpable por esta causa.

SEXTO: La presunción iuris et de iure del artículo 443.4º TRLC. Doctrina judicial y alegaciones de las partes

1. En tercer lugar, la administración concursal y el Ministerio Fiscal que se adhiere, consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris et de iure del artículo 443.4º, es decir, "cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso."

La STS de 3 de noviembre de 2016 se pronuncia sobre esta presunción en los siguientes términos:

a. «[L]a inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación».

b. «La falta de aportación de algunos documentos con la solicitud de concurso no integra la causa de culpabilidad del concurso consistente en la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud



de concurso (...) porque no puede haberse cometido inexactitud en la confección de documentos inexistentes o, al menos, no aportados con la solicitud de concurso ni durante la tramitación del mismo».

c. «Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art 164.2.1.º de la Ley Concursal (...) [U]n mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el art. 164.2.1.º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2.º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo».

d. «Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio.»

e. «[E]l juez del concurso no necesita hacer un enjuiciamiento añadido, destinado a determinar si la comisión de tal inexactitud en la presentación de esos documentos constituye un comportamiento merecedor de reproche a título de culpa grave o dolo en la presentación de tales documentos. La previsión legal contenida en el art. 164.2.2.º de la Ley Concursal, al establecer que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en esa documentación, ya ha realizado la valoración de tal conducta como merecedora de tal reproche.»

2. Sobre esta presunción el Ministerio Fiscal resume la imputación de hechos realizada por la administración concursal afirmando;

En la solicitud de concurso realizada por POLARIS WORLD REAL ESTATE SL se aportaron datos relativos a la composición del activo y del pasivo de la **sociedad** que diferían sustancialmente de la realidad.

-En cuanto al activo, la concursada acompañó un listado de bienes inmuebles integrado por 477 inmuebles por un valor de 61.325.534 euros. Esta relación se encontraba incompleta y, una vez recabada la correspondiente información por parte de la administración concursal, se pudo determinar que el total de inmuebles que debía ser incorporado a la masa activa del concurso era de 821, con un valor de 66.526.936 euros.

-En cuanto a los acreedores, la lista de acreedores presentada por la concursada en la solicitud del concurso incluía un total de 38 acreedores, sumando sus créditos 112.389.876,95 euros. Esta relación resultaba gravemente inexacta. Tras las comunicaciones recibidas y el análisis realizado por la administración concursal de las comunicaciones y de la contabilidad de la concursada, la masa pasiva se ha visto aumentada hasta los 189.526.445,99 euros y ha pasado a estar compuesta por 258 acreedores.

3. La concursada se opone a la concurrencia de esta causa de calificación alegando en relación al activo; Respecto de la inexactitud en el inventario de bienes inmuebles, como puede comprobarse de las dos tablas del Informe de la AC, la primera aquella que la AC transcribe de la documentación aportada por la Concursada al presente informe y la segunda elaborada por la AC, existe un desajuste de 393 inmuebles.

Antes de comenzar a dar cualquier tipo de explicación es necesario indicar que, en el cuadro de bienes inmuebles aportado por la Concursada transcrito por la AC a su informe, puede observarse una discrepancia, en cuanto a número de partidas referidas, respecto del cuadro elaborado por la AC, pasando de 11 filas a estar compuesta por

46. Pues bien, la Concursada en aras de facilitar el estudio de los bienes, agrupó en una misma partida aquellos inmuebles que se podían acoger a una misma descripción. Entre dichas partidas había una que englobaba todas las plazas de aparcamiento que, como más adelante explicaremos, son el grueso de los inmuebles que faltarían por incluir en el listado de bienes inmuebles, pero en ningún momento en la contabilidad de la compañía.

Pues bien, volviendo al asunto de debate, la AC entiende que se ha producido un grave perjuicio que provoca la calificación del concurso como culpable, por un desajuste que viene propiciado por un error material, absolutamente involuntario que, por supuesto tiene explicación.



En el cuadro que se transcribe aportado por la Concursada, no se recogen 297 plazas de aparcamiento que sí que son titularidad de la Concursada. Dichas plazas fueron agrupadas en una misma partida que, por un error absolutamente involuntario, no figuran en el listado de bienes inmuebles aportado por la Concursada.

Descontando las plazas de aparcamiento, que en ningún momento fueron intencionadamente ocultadas, queda un descuadre de 96 bienes inmuebles según la AC. Luego, una vez analizado en detalle el cuadro formulado por la AC, ésta incluye en el mismo bienes que por diversos motivos, como puede ser la no recepción de las obras por parte de las Administraciones públicas como pueden ser el caso de los centros de transformación (que suman hasta 51), siguen siendo titularidad de la Concursada, a efectos de Registro pero en ningún caso tienen valor alguno, como así le reconoce la AC, ni ningún futuro pues deberán ser entregadas en su momento.

Así pues, justificado el descuadre en número de los bienes inmuebles, el desajuste del valor de dichos inmuebles no viene más que de la actualización del valor estimado que la AC ha realizado de dichos inmuebles, unido al valor que no figura de las plazas de aparcamiento en el cuadro aportado por la Concursada.

En conclusión, la obligada calificación del concurso como culpable por las inexactitudes en el listado de bienes inmuebles según la redacción de la LC, no parece adecuada, habida cuenta que dichas "inexactitudes" alegadas por la AC no son más que errores materiales absolutamente involuntarios en parte de la documentación, elaborada con el fin de facilitar el estudio de los bienes a la AC.

Por su parte, en relación al pasivo, la concursada afirma;

En relación a la inexactitud en la relación de acreedores, la AC indica en su informe de calificación que el listado de acreedores ha pasado de estar compuesto por 38 acreedores a estar compuesto, tras las debidas comprobaciones de la AC por 258 acreedores. Además, la AC muestra un descuadre en las cantidades de los créditos de los acreedores, pero para dar explicación a este segundo descuadre, primero procederemos a explicar el desajuste del número de acreedores.

Explicamos las discrepancias que provocan la inexactitud grave en la relación de acreedores según la AC: 1.- Procedimiento Ordinario 3010/2010. No inclusión de los demandantes.

La AC pone de manifiesto una primera discrepancia en relación con la no inclusión de 168 acreedores con motivo de la Sentencia de Primera Instancia nº 11 de Murcia que fue posteriormente ejecutada mediante Auto y Decreto despachando ejecución de fechas 14 de septiembre y 27 de octubre de 2016.

Antes de dar la oportuna explicación de por qué no fueron incluidos en el listado, debemos aclarar un aspecto y recordar otro. Clarificar que el número de demandantes en el Procedimiento Ordinario 3010/2010 es 168; la AC indica dos cifras, 158 y 160, pero ninguna es la correcta. Y en segundo lugar, debemos recordar que la fecha de solicitud de declaración de concurso es abril de 2016.

Teniendo en cuenta estas matizaciones hechas, la Concursada no incluyó en el listado de acreedores a los demandantes del P.O. 3010/2010 porque la Sentencia que se dictó en Primera Instancia fue recurrida mediante el oportuno Recurso de Apelación, resuelto en junio de 2017, cuando ya el concurso llevaba declarado desde enero de ese mismo año. La AC recalca que la Sentencia de Primera Instancia fue ejecutada provisionalmente; sin embargo (aquí el motivo de recordar la fecha en la que se solicitó la declaración de concurso), dicha ejecución se produjo con posterioridad a la solicitud de declaración de concurso, en la que se aportaba la documentación a la que se refiere la AC.

2.- No inclusión de la deuda que ostentan los diferentes Ayuntamientos

En este caso no es cierto, pues la deuda sí que fue incluida bajo el título de Deuda a corto plazo con las Administraciones Públicas. Cualquier posible diferencia entre las cantidades indicadas por la Concursada y la AC proviene de la comunicación que las Administraciones Públicas haya realizado a la AC cumpliendo con el trámite de comunicaciones a los acreedores.

3.- Importe de la deuda con las Comunidades de Propietarios.

Esta diferencia proviene de un error tipográfico pues el crédito indicado con las comunidades de propietarios fue 53.962,74 euros y el comunicado es de 5.373.434,85 euros. El importe del crédito que la Concursada debió incluir era 5.396.274 euros.

4.- El importe de la deuda que la Concursada mantenía con las entidades financieras

La diferencia se justifica en que en el momento de la declaración de concurso, la Concursada y las entidades financieras no mantenían ninguna relación, hasta el punto que la Concursada no tenía ni claves de acceso en las distintas entidades financieras, por lo que no tenía posibilidad de conocer los saldos actualizados de



dichos créditos a la fecha de la presentación. Por tanto, la discrepancia de 14.494.684,42 euros proviene de la actualización de los saldos comunicada por las entidades a la AC en el momento oportuno del concurso.

5.- El importe de la deuda que la Concursada mantiene con la Administración Tributaria.

La AC indica que no se incluyó por la Concursada parte de la deuda devengada, concretamente, 24.398.594,17 euros. Esta cantidad corresponde con una deuda que mantiene Polaris World Developmente, SL, la matriz del grupo con la AEAT, en ningún caso es una deuda de la Concursada. Si bien es cierto que dicha deuda se derivó al resto de **sociedades** del Grupo Polaris, pero en ningún caso puede dicha deuda contabilizarse en el seno de otras **sociedades** del grupo pues, como es de lógica, si así se hiciese, la deuda que recae sobre el Grupo Polaris de 24 millones de euros se vería multiplicada tantas veces como **sociedades** tiene el grupo, algo que a simple vista para una barbaridad.

SÉPTIMO: La presunción iuris et de iure del artículo 443.4 ° TRLC. Análisis de la concurrencia de las conductas

Vistas en el fundamento anterior las alegaciones de las partes sobre esta presunción, no existen especiales discrepancias sobre la certeza de los hechos afirmados por la administración concursal, siendo que los demandados en sus alegaciones pretenden restar trascendencia a las omisiones en la masa activa, y consideran que en la masa pasiva concurren meros errores y conceptos que a diferencia de la opinión de la administración concursal no era necesario incluir.

1. Pues bien, en relación a la masa activa, no existe controversia en que la concursada acompañó un listado de bienes inmuebles integrado por 477 inmuebles por un valor de 61.325.534 euros, y una vez recabada la correspondiente información por parte de la administración concursal se pudo determinar que el total de inmuebles que debía ser incorporado a la masa activa del concurso era de 821, con un valor de 66.526.936 euros.

Y analizando las alegaciones de la concursada procede concluir;

-Es cierto que la variación del activo en cuanto a la suma final no es especialmente destacada, siendo inferior a un 10%.

- Sí es destacada la omisión reconocida por la concursada, cuando afirma "por un error material absolutamente involuntario" no se incluyen 393 inmuebles.

-Es cierto que dicha omisión se refiere entre otras a 297 plazas de aparcamiento y 51 centros de transformación, no tratándose de los bienes de mayor valor, pero también es cierto que una mínima diligencia exigía al deudor acudir al Registro de la Propiedad para consultar el número de activos a fin de preparar el concurso y a fin de alcanzar la misma información que finalmente advirtió la administración concursal.

2. En relación al pasivo, procede concluir;

-No cabe duda de que debieran haberse incluido los 168 acreedores del Procedimiento Ordinario 3010/2010, siendo que la sentencia condenatoria en primera instancia de aquel procedimiento de 17 de marzo de 2016 se dictó antes de la solicitud de concurso de fecha 25 de octubre de 2016. Todo ello sin perjuicio de haber indicado que la misma estaba pendiente de recurso de apelación.

- En cuanto a la no inclusión de la deuda con los Ayuntamientos que ascendía a la suma de 2.902.156,08 euros, la concursada afirma que la deuda sí que fue incluida bajo el título de "Deuda a corto plazo con las Administraciones Públicas".

Y no debe estimarse dicha alegación pues, a la vista de la lista de acreedores presentada con la solicitud de concurso, se desprende que bajo ese título se incluye deuda con la AEAT, y no se cita en modo alguno a los Ayuntamientos acreedores, ni se justifica que sumada la deuda con unas y otras entidades se alcance solo la suma fijada en la lista.

- No se acepta por este juzgador que la omisión de una cantidad próxima a la suma de 5.300.000 euros de deuda con Comunidades de Propietarios obedezca a un error tipográfico.

De nuevo a la vista de la lista de acreedores, se aprecia la concursada solo incluyó una deuda con una concreta entidad urbanística en cantidad próxima a la finalmente reconocida por la administración concursal a dicha entidad urbanística.

- La alegación de que no incluyó deuda con entidades financieras por valor de 14.494.684,42 euros porque "no se mantenía relación con las mismas ni tenía claves de acceso", no resulta una explicación razonable ante la mínima diligencia que se exige para presentar una solicitud de concurso.

- No cabe duda de que debió incluirse la deuda con la AEAT por valor de 24.398.594,17 euros, en la medida en que existía una derivación de responsabilidad hacia las distintas **sociedades** del grupo incluida la concursada. Y ello dado que se presentaron concursos individuales de cada una de las **sociedades** y que dicha deuda, a efectos de la debida información, o por ejemplo, para la posible aprobación de un convenio, afecta a todas y cada una de las **sociedades**. Cuestión distinta es que en la lista de acreedores se hubiera hecho constar una nota con la mencionada circunstancia.

En resumen, no aceptadas las explicaciones de la concursada sobre el pasivo, existe una omisión de al menos 47.000.000 euros sobre una lista en que se incluyeron pasivos por valor de 112.000.000 euros, lo que supone casi un 50% de distorsión informativa que no resulta justificada.

Visto todo lo anterior, y valorando en su conjunto la muy destacada omisión de bienes en la masa activa y la importantísima omisión de acreedores, y sobre todo de deudas, en la lista de acreedores, considera este juzgador, en aplicación de la doctrina judicial transcrita más arriba, que existe inexactitud grave, con una trascendencia informativa importante y relevante, que no ha sido objeto de valoración por aplicación de precepto preferente, sin que, como indicaba la SAP de Murcia de 25 de marzo de 2021 siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo plenamente al presente caso, sea necesario "averiguar si ello se debió a una consciente y deliberada ocultación, pues en todo caso unas inexactitudes de este calibre y magnitud merecen reproche por no adecuarse a la diligencia mínima exigible, estando ello ínsito en la propia consideración de la conducta como tipo de concurso culpable."

En base a lo anterior, el concurso debe declararse culpable por esta causa.

OCTAVO: La presunción iuris tantum del artículo 444.3º TRLC

En cuarto lugar, la administración concursal y el Ministerio Fiscal consideran que concurre en el presente caso la presunción iuris tantum del artículo 444.3 TRLC, es decir, "Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente."

Sobre esta presunción la administración concursal y el Ministerio Fiscal afirman que la mercantil concursada no procedió a depositar en el Registro Mercantil las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015. E, igualmente, no procedió a formular las cuentas anuales del ejercicio 2016.

Las demandadas en sus contestaciones se limitan a negar que las cuentas del ejercicio 2016 no se hubieran formulado, y afirman que el depósito de las cuentas de dichos ejercicios se produjo sólo por imposibilidad de pago a las firmas de Auditoría los honorarios de su trabajo.

La imposibilidad de pago a las firmas de Auditoría no puede ser razón suficiente para excluir esta causa de culpabilidad, y, además, si las cuentas del ejercicio 2014 debieron auditarse a mediados de 2015, supone un reconocimiento por parte de las demandadas de que la concursada se encontraba en situación de insolvencia mucho antes de su solicitud de concurso, tal y como afirmábamos en los anteriores fundamentos de derecho.

Conviene recordar que conforme al tenor literal de la ley, en relación a esta presunción únicamente corresponde a la administración concursal y al Ministerio Fiscal acreditar el incumplimiento de estos deberes legales, correspondiendo, en su caso, a la concursada y a los supuestos afectados o cómplices la carga de acreditar que el incumplimiento de ese deber legal no contribuyó a la agravación de la insolvencia o no concurrió dolo o culpa grave.

Y en el presente caso, como hemos dicho, las demandadas en sus escritos ante el juzgado nada de esto afirman, siendo que la culpa grave concurre en tanto que careciendo de fondos para pagar a los auditores no se solicitó la declaración de concurso.

En fase de conclusiones en el acto de la vista, y siendo que nada se dice sobre esta cuestión en los escritos de oposición a la calificación, se indica por la defensa de la concursada que nada ha acreditado la administración concursal sobre el agravamiento de la insolvencia por esta causa.

Pero, como hemos dicho, no corresponde esta prueba a la administración concursal. Únicamente es en esta fase de conclusiones cuando la citada defensa se limita a afirmar "de pasada" que en esa época no ha habido contrataciones con terceros, por lo que no se ha agravado la insolvencia por esta causa." Pero, esta mera afirmación, ausente de mayor análisis, no supone una prueba cumplida y suficiente para excluir la concurrencia de la causa de calificación que analizamos.

En base a lo anterior, el concurso debe declararse culpable en base a esta causa.

NOVENO: La cláusula general del artículo 442. TRLC



1. Considera finalmente la administración concursal, y el Ministerio Fiscal que se adhiere, que concurre en el presente caso la culpabilidad del concurso por la concurrencia de la cláusula general prevista en el artículo 442 que establece " 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, directores generales, y de quienes dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones."

Sobre esta causa de culpabilidad el Ministerio Fiscal en su dictamen resume las afirmaciones de la administración concursal en su informe afirmando;

Aunque la causa principal de la situación de insolvencia fue el hundimiento que el sector inmobiliario sufrió a partir del año 2008, la situación de insolvencia se vio agravada por actuaciones de los administradores que no tienen otra justificación económica que beneficiar a los propios administradores (de hecho y de derecho) o a mercantiles en la que estos tienen intereses:

Fueron la propia concursada y su matriz POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL las que financiaron a la mercantil ROSWELL **CAPITAL** SL, en una operación de compra que con fecha 22/12/2006, esta última efectuó a SUELOS INDUSTRIALES LA HITA SL por importe de 30 millones de euros de participaciones de la propia POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL que representaban el 7% de esta **sociedad**. ROSWELL **CAPITAL** SL había sido constituida pocos días antes de la compra por algunos directivos de POLARIS: Jesús Manuel , Casimiro y Cosme . La ayuda financiera prestada consistió en préstamos realizados por POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL a la compradora (ROSWELL **CAPITAL** SL) y entregas de inmuebles por parte de la concursada a SUELOS INDUSTRIALES LA HITA SL como forma de pago del precio por cuenta de la compradora. Los inmuebles entregados por POLARIS WORLD REAL ESTATE SL por razón de esta operación tienen un valor de 4.176.551 euros. Los desembolsos efectuados por POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL por esta operación ascendieron a la cantidad de 22.792.357 euros.

Entre los años 2007 y 2012, la **sociedad** matriz del grupo (POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL) fue concediendo créditos por elevados importes a dos de sus socios, GMI PROMOCIONES 2000 SL y MERAK RENTA SL, al frente de las cuales se encontraba Luis Andrés . Las entregas realizadas durante esos años alcanzaron los 50.413.800,73 euros, de las cuales 24.795.275,61 euros se realizaron en el mes de mayo de 2009, momento en el cual la concursada (y todo el grupo) ya tenía grandes dificultades para atender las amortizaciones de los préstamos con las entidades bancarias, lo que le llevó a un acuerdo con éstas por el cual, además de entregar un gran número de inmuebles, se difería en el tiempo el pago de la deuda. A la vista de esta situación, no resultaba razonable que la concursada o la empresa matriz concedieran apoyo financiero a cualquiera de sus socios. De esta deuda contraída por los socios de POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL con su participada, parte de la misma quedó saldada, resultando finalmente un saldo a favor de POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL por importe de 9.442.408,86 euros. No obstante, gran parte del saldo, en concreto por 26.693.622,00 euros, fue cancelado compensando un crédito que GMI PROMOCIONES 2000 SL tenía frente POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL como consecuencia de un préstamo participativo firmado el 25/07/2007, sin que tal compensación debiera producirse en cuanto la devolución del préstamo participativo solo era exigible (conforme al contrato suscrito) si Grupo Polaris contaba con un importe de fondos propios en cuantía superior al 10 % de su activo. Se da la circunstancia además de que, de todos los socios de POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL que intervinieron en el préstamo participativo de julio de 2007, únicamente GMI PROMOCIONES 2000 SL, al frente de la cual se encontraba Luis Andrés , pudo recuperar la inversión realizada.

2. Los distintos demandados con argumentos comunes se oponen a la calificación del concurso como culpable por esta causa en base a distintas razones que podemos detallar conforme a la contestación a la demandada de la concursada que se pronuncia en los siguientes términos;

1.- Respecto la compra por parte de Roswell **Capital** de las participaciones que suelos Industriales La Hita SL, tenía en Polaris World Development SL, manifestar, que:

1º.- Se trata de operaciones societarias que tienen su origen en el año 2006, más de 10 años antes de la fecha de presentación del concurso, y que concluyen en el año 2010 en cuanto a los pagos acordados en la compraventa por parte de Roswell **Capital** de las participaciones de Polaris World Development SL. Por tanto, el ámbito temporal en que se realizan dichas operaciones excede con mucho el periodo de observación a efectos de calificación del concurso como culpable, y de las actuaciones o participación en las mismas de los representantes legales les y/o administradores.

2º.- La realización y forma de ejecución de las referidas operaciones estaban acordadas y bendecidas por el órgano de administración de las concursadas, en esas fechas un Consejo de Administración.



3º.- Ninguna de las operaciones sirvió, como mantiene la AC, para que Don Luis Andrés controlara Polaris World Development SL y por tanto el Grupo Polaris, toda vez que, de la propia documentación reseñada por la AC, se desprende que antes de esa fecha (2006) ya ostentaba directa o indirectamente la mayoría del accionariado de Polaris World Development SL.

4º.- La operación de compraventa por parte de Roswell **Capital** de las participaciones que suelos Industriales La Hita SL, tenía en Polaris World Development SL, (7%), hay que contextualizarla y ponerla en relación a la salida de D. Manuel, del **capital** de Polaris World Development SL, en diciembre de 2006, y la puesta en marcha un plan de incentivos para directivos y ejecutivos del Grupo, para que los mismos dentro de un plan retributivo de Stock Options, fueran adquiriendo la condición de socios de Polaris World Development, S.L

2.- Respecto a las salidas de efectivo de la cuenta de Polaris World Development SL, a favor de GMI.

En cuanto a las referidas salidas de efectivo, y como se desprende del informe de la AC, las mismas se concentran en las salidas producidas en favor de GMI Promociones 2000 SL y Merak Renta SL, perfectamente documentadas, justificadas y contabilizadas, que en nada han generado o agravado la insolvencia.

Mantiene la AC en su informe que dichas entregas ascienden a la cantidad total de 50.413.800,73.-€ y presenta la AC en su informe estas disposiciones de una manera que hace ver y creer, lo que no es.

Parece, que GMI llegó a deber 50 millones de euros a Polaris World Development SL, cuando lo cierto es que nunca en el periodo contemplado, que arranca en el año 2006-2007 y hasta la presentación del concurso, el saldo a favor de Polaris World Development SL, alcanzó esa suma ni muchos menos. El propio documento que aporta la AC, que a modo de cuenta corriente contiene la tabla cronológica de las entregas y amortizaciones o pagos así lo acredita. Omitiendo la AC la mención y detalle expresa de las fechas en que se han producido la mayoría de las disposiciones y amortizaciones o pagos por diversos conceptos.

Solo da detalle expreso la AC en cuanto a las fechas de las entregas realizadas en el año 2009, por importe total de 24.795.275,61.-€, y silencia que a esas fechas Polaris World Development SL debía (préstamo participativo) dinero a GMI, al menos en cantidad suficiente como para que operara la compensación de más de 26 millones, dos meses después.

De la misma manera, que si bien es cierto que las amortizaciones y pagos realizados por GMI ascendieron a un total de 40.971.391,87.-€, no fue por que existiera en algún momento un saldo acreedor por de ese importe o mayor, porque nunca se llegó a adeudar por GMI 40 millones ni 50 millones de euros. Por lo tanto, no se puede mantener que una situación de entregas y amortizaciones y pagos recíprocas a lo largo de más de siete años, supongan generación o agravación de la insolvencia, y ante esta conclusión evidente, sin duda advertida por la AC, es por lo que ésta presenta y expone tal disposiciones y pagos por importes totalizados, creando la ilusión de que se prestaron 50 millones de euros para justificar el agravamiento de una insolvencia, que jamás se ha generado por tales disposiciones, ni en la cantidad que pretende la AC de 37.636.279,10.-€, ni en la cantidad del saldo neto resultante a favor de Polaris World Development SL de 9.442.408,86.- €.

No obstante, lo dicho, ese importe de 9.442.408,86.-€, sería, en su caso, el único que podría considerarse a la hora de cuantificar el daño, sí tales disposiciones, por fecha y finalidad, cuestión que negamos, hubiesen generado o agravado la insolvencia a título de dolo o culpa grave, y no los 37.636.279,10.-€ que pretende la AC, al descontar y no considerar, sin apoyo legal alguno, el importe de la devolución por compensación.

Lejos de generar o agravar la insolvencia, tal devolución por compensación efectuado en julio de 2009, dos meses después de recibir la última entrega del año 2009, y mucho antes de la presentación del concurso (2016) y de la fecha en que la AC mantiene infundadamente se tenía que haber presentado(2012), redujo el pasivo de la concursada en más 26 millones euros, en cuanto a la deuda GMI frente a la concursada en concepto del préstamo participativo que ya había llegado a su vencimiento, cuando se produjo la compensación.

En cuanto a las disposiciones menores a favor de GMI y por el concepto de préstamo (dos de 5.000.-€, una en el año 2012 y otra en el año 2014), además de estar plenamente justificadas documental y contablemente, no podemos hacer abstracción de que algunos de los socios ejecutivos tenían "cuenta" con la concursada, cuyos movimientos están perfectamente contabilizados, y en el caso concreto de D. Luis Andrés con mayor justificación toda vez que prestaba servicios a Polaris World Development SL, a través de GMI. Resulta en cualquier caso irrisible, que dos disposiciones de 5.000.-€ en tres años, documentadas y justificadas se califiquen por la AC como conductas dolosas o culpables que hayan generado o agravado la insolvencia.

3. Vistas las alegaciones de las partes sobre estas cuestiones, no existe especial discrepancia en los datos objetivos sobre las operaciones realizadas, discrepando únicamente las demandadas de los agrupamientos de deudas que realiza la administración concursal.



4. Por lo tanto, debe tenerse por acreditado que en el año 2006 Luis Andrés , POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL y POLARIS WORLD REAL ESTATE SL

financiaron la compra por parte de una **sociedad** de nueva creación, ROSWELL **CAPITAL** SL, del 7% de las participaciones de la propia POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL por valor de 30 millones de euros de los que 4.176.551 euros correspondían a activos de POLARIS WORLD REAL ESTATE y 22.792.357 euros a activos de POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL. ROSWELL **CAPITAL** SL estaba formada por tres Directivos de Polaris World, entre los que se encuentra Jesús Manuel .

Se afirma por las demandadas que la citada operación respondía a la puesta en marcha un plan de incentivos para directivos y ejecutivos del Grupo, para que los mismos dentro de un plan retributivo de Stock Options, fueran adquiriendo la condición de socios de Polaris World Development, S.L, lo cual había sido autorizado por el Consejo de Administración.

Pero más allá de esa afirmación de los demandados, no se aporta documento, acuerdo o cualquier tipo de prueba que sostenga la real existencia de dicho plan retributivo. Pero es que, además, los detalles de la operación, es decir, la entrega de participaciones por treinta millones de euros a tres directivos, que no se informa porqué fueron seleccionados, va en contra de cualquier plan de estas características, que en todo caso será progresivo, con objetivos concretos y beneficiarios determinados por unas ciertas condiciones objetivas.

No procede estimar la alegación de las demandadas de que esta operación no puede ser analizada en la presente sentencia por entender que "el ámbito temporal en que se realizan dichas operaciones excede con mucho el periodo de observación a efectos de calificación del concurso como culpable."

Así, es doctrina judicial reiterada manifestada, entre otras, por STS de 24 de octubre de 2017 que no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el curso del cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC).

Pero sí que procede rechazar que esta conducta pueda dar lugar a la calificación del concurso como culpable ya que no queda encuadrada dentro del elemento objetivo del tipo, que, como indicábamos, solo comprende conductas que hayan generado o agravado el estado de insolvencia.

Y como bien dicen los demandados, no resulta acreditado que el Grupo Polaris se encontrara en estado de insolvencia en el año 2006 cuando se realizan estas operaciones.

Ha sido la propia administración concursal la que ha fijado dicho estado en el periodo comprendido entre mayo y diciembre de 2012, lo cual se ha declarado probado en los anteriores fundamentos, por lo tanto, nada de lo que se hiciera en un momento anterior a dicha época ha podido agravar una insolvencia que no existía.

5. Igualmente debe, tenerse por probado que en el mes de mayo de 2009 POLARIS WORLD DEVELOPEMENT SL entregó 24.795.275,61 euros a GMI PROMOCIONES 2000 SL según contrato de apoyo financiero existente. Si bien, también debe tenerse por probado que esta operación redujo el pasivo de la concursada en más 26 millones euros, por el crédito que mantenía GMI frente a la concursada en concepto del préstamo participativo existente.

A la vista de los hechos probados, tampoco concurre el elemento objetivo para que esta conducta pueda dar lugar a la calificación del concurso como culpable pues, como ocurría con la anterior, se produce con anterioridad al periodo comprendido entre mayo y diciembre de 2012, en que la propia administración concursal ha fijado la fecha de la insolvencia de la concursada.

Además, en relación a esta operación concurre un elemento adicional que impide la calificación como culpable, y es que el pago de una deuda no agrava la insolvencia, pues se disminuye el activo de la **sociedad** pero también el pasivo. En su caso, estos supuestos pueden dar lugar al ejercicio de acciones de reintegración concursal u otras acciones de recuperación para evitar la vulneración de la *par conditio creditorum*, pero, como decíamos, el pago de una deuda, cuya existencia no es negada, no genera el supuesto de la cláusula general del artículo 442 TRLC.

Por tanto, sin necesidad de analizar la concurrencia de los requisitos subjetivos (salida efectiva de fondos, planes de incentivos no justificados, prohibición de autocartera), estas conductas no son susceptibles de sanción conforme a la normativa concursal sobre calificación, por lo que no cabe declarar el concurso como culpable por esta causa.

**DÉCIMO: La consideración de Luis Andrés como administrador de hecho de la concursada**

1. Afirma el Ministerio Fiscal, tal y como hace la administración concursal, que no obstante tener la concursada como administradora a POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, la administración de hecho la llevaba Luis Andrés quien, a través de otras mercantiles (entre ellas MERAK RENTA SL y GMI PROMOCIONES 2000 SL) tenía la mayor parte del **capital** de POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, y que, además, era la persona que tomaba las decisiones de mayor relevancia en la marcha de la compañía.

Sobre el administrador de hecho se pronuncia la STS de 8 de abril de 2016 en los siguientes términos;

1.- La única definición que existe en nuestro Derecho positivo sobre la figura del administrador de hecho se recoge, a efectos de extensión de la responsabilidad societaria, en el art. 236.3 de la Ley de **Sociedades de Capital** (LSC), conforme al cual:

«tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la **sociedad**».

Aunque dicho precepto no sea de aplicación directa al caso, nos puede servir de orientación para delimitar los perfiles de esta figura.

2.- La sentencia de esta Sala núm. 421/2015, de 22 de julio, con remisión a la sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, resume la jurisprudencia en la materia, al decir:

«esta Sala ha declarado que lo son [administradores de hecho] "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" (sentencias 261/2007, de 14 de marzo ; 55/2008, de 8 de febrero ; 79/2009, de 4 de febrero ; 240/2009, de 14 de abril ; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general».

Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la **sociedad**; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y

iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la **sociedad**.

2. La administración concursal fundamenta la condición de Luis Andrés como administrador de hecho en las siguientes circunstancias;

- Fue socio fundador del Grupo Polaris en 2006, presentado frente a la opinión pública como verdadero dueño de Polaris.

- Control a través de diferentes **sociedades** del 60 % del Grupo Polaris.

- Reconocimiento de derechos a favor del Grupo Polaris en el Acuerdo Marco firmado por grupo Polaris en 2009 solo si D. Luis Andrés continúa al frente a la Dirección Estratégica. Y es que, en la Estipulación 1.2. del Acuerdo, se viene a condicionar una serie de derechos reconocidos al Grupo Polaris solo en el caso de que D. Luis Andrés siga ostentando la Dirección Estratégica del Grupo.

- Disposiciones de cantidades a favor de **sociedades** controladas por D. Luis Andrés. Ya en el punto

4.1. de Informe hemos hecho referencia a los contratos de financiación de la actividad de los socios GMI Promociones 2000, S.L. y Merak Renta, S.L. firmados por la matriz del grupo Polaris World Development, S.L. A ello cabe unir los apuntes contables de la cuenta con GMI Promociones 2000, S.L. que se han descrito en el punto Octavo, en el que se han aportado justificación documental de entregas por caja de cantidades relevantes a personas vinculadas a D. Luis Andrés.

- GMI Promociones 2000, S.L., de la cual Luis Andrés es socio fundador y continúa teniendo gran parte del **capital** social, es el único socio que ha percibido la deuda derivada del préstamo participativo, mediante la



compensación realizada por GMI Promociones 2000, S.L. del crédito que ostentaba frente a Polaris World Development, S.L. como consecuencia del préstamo participativo, vulnerando lo previsto en el contrato de préstamo participativo y en su novación

- Firma de Contrato de Management. D. Luis Andrés a través de GMI Promociones 2000, S.L. prestaba servicios de asesora estratégica a Polaris World Development, S.L., tal y como acredita el contrato firmado entre ambas en fecha 2 de enero de 2007.

- Asunción de la renegociación de la deuda financiera, como se demuestra por la carta remitida en fecha 9 de diciembre de 2015 por GMI Promociones 2000, S.L. a Polaris World Development, S.L. en la que asume haber llevado a cabo y concluido con éxito las negociaciones con las entidades financieras para la reestructuración patrimonial y financiera del Grupo Polaris desde el ejercicio 2008 y que concluyeron, según se reconoce en la carta, con la firma de la operación de reestructuración financiera de fecha 22 de Mayo de 2009 y con las operaciones de venta de activos de 23 de abril de 2010 y 16 de mayo de 2011.

A partir de dichas circunstancias, la administración concursal concluye indicando;

En definitiva, valorada toda la prueba aportada, considera esta Administración Concursal que concurren en el Sr. Luis Andrés las características definitorias de la figura del Administrador de Hecho que ha desarrollado nuestra jurisprudencia. Así, ha desarrollado una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la **sociedad**, (ha representado a la **sociedad** frente a terceros, ha llevado a cabo la dirección estratégica y de management), lo ha hecho de forma sistemática y continuada (al menos diez años, desde el ejercicio 2007, hasta la declaración de concurso), y, por último, ha actuado con autonomía de decisión (sus empresas han percibido créditos por cantidades relevantes de la matriz y las personas vinculadas a él han obtenido cantidades importantes de dinero en efectivo y directamente de la caja de la compañía).

3. Las demandadas se oponen a la consideración de Luis Andrés como administrador de hecho del grupo Polaris. En concreto, la representación de Luis Andrés indica que la administración concursal aporta;

Afirmaciones excesivamente gruesas para una nula concreción, detalle y apoyo probatorio. Para su formulación la AC intenta construir una suerte de silogismo, a saber: (1) D. Luis Andrés a través de GMI Promociones 2000 S.L. (GMI) y Merak Renta S.L. (Merak), es fundador y socio mayoritario de Polaris Word Development S.L., matriz del Grupo Polaris; (2) D. Luis Andrés y D. Jesús Manuel (Socio y Administrador de Roswell **Capital** S.L., que a su vez es administradora de Polaris World Development S.L., y el primero persona física designada como administrador de las empresas del Grupo Polaris), tienen relación; por tanto, (3) D. Luis Andrés es el Administrador de hecho de todo el Grupo Polaris, siendo responsable, con independencia de su posible participación o no, de todo cuanto haya podido tener relación con las **sociedades** de dicho Grupo.

Obviamente, la conclusión a la que llega la AC es errónea y no se deduce de las premisas que señala y de los vagos y escasos datos que ofrece al respecto en su escrito de calificación. Pareciese ser, que dicha deducción es más consecuencia del estereotipo de la empresa constructora que de un razonamiento preciso y fundamentado.

Como se puede observar, no es hasta enero de 2014 cuando Roswell **Capital**, S.I., es nombrado administrador único de Polaris World Development S.L., por lo que, siguiendo el proceso deductivo de la AC, si D. Luis Andrés es administrador de hecho porque dicta a D. Jesús Manuel las instrucciones que éste se limita a ejecutar, solo podría serlo desde el 2014 fecha en la que Roswell **Capital** es nombrada administrador único y D. Jesús Manuel tendría la capacidad para hacerlo.

A pesar de lo determinante de esa circunstancia cronológica, la AC se refiere siempre a hechos anteriores a esa fecha (2014) para justificar su calificación, los supuestos daños y perjuicios causados y la afectación de mi representado, sin que haga responsable de los mismos a ningún otro miembro de los consejos de administración de entonces, 2006 a 2014, (a excepción de Roswell y D. Jesús Manuel), ni indique las razones de su exclusión.

En definitiva, la elección de mi mandante como persona afectada por la calificación ha sido por entender que éste adoptaba las decisiones que ejecutaba Roswell **Capital** a través de D. Jesús Manuel, sin que en los informes de calificación se ofrezca mayor explicación, remitiéndose al relato de unos hechos acaecidos con anterioridad (2006, 2009, 2010, 2012) al nombramiento de Roswell **Capital** como administrador único de la matriz del Grupo Polaris, ni se determine en que actuaciones ha intervenido D. Luis Andrés realizando funciones de Administrador; No hay ninguna referencia a ninguna actuación de mi mandante en la supuesta condición de administrador que le convierta en gestor real y efectivo de la **sociedad** sustituyendo con sus decisiones a las eventualmente adoptadas por la administración de derecho, que es lo que exige nuestra jurisprudencia.



D. Luis Andrés no ha realizado ninguna actividad propia de la administración de la **sociedad**, sin estar formalmente legitimado para ello. De los siete indicios señalados por la AC, ninguno se refiere propiamente a la realización de funciones de gestión.

Los actos (aunque la AC no cita ninguno en su informe de calificación) que haya podido realizar D. Luis Andrés en relación con el desarrollo de los servicios de consultoría prestados al Grupo Polaris, han estado en todo caso enmarcados en el cumplimiento de las instrucciones del Consejo de Administración de la matriz del Grupo, recogidas en el Contrato de Asesoramiento suscrito entre ésta y la mercantil GMI Promociones 2000 S.L.

4. Vistas las alegaciones de las partes y la prueba practicada, considera este juzgador que Luis Andrés ha tenido una intervención en el grupo Polaris World mucho mayor que la que corresponde a un mero socio. Así, no solo fue el fundador de la entidad y el socio mayoritario desde 2007, sino que ha participado a título personal en tareas de alta representación de la entidad, como se desprende de la negociación bancaria desde 2008 a 2011, y ha influido en la gestión del grupo, a través del denominado contrato de management, siendo que en ambas tareas Luis Andrés ha reconocido en el acto de la vista que, a pesar de existir contratos firmados con GMI PROMOCIONES 2000 SL, era él mismo el que realizó dichas actuaciones.

Como afirma la administración concursal llama especialmente la atención el reconocimiento de derechos a favor del Grupo Polaris en el Acuerdo Marco firmado por grupo en 2009 solo si Luis Andrés continua al frente a la Dirección Estratégica., así como que GMI Promociones 2000, S.L., de la cual Luis Andrés es socio fundador y continúa teniendo gran parte del **capital** social, es el único socio que ha percibido la deuda derivada del préstamo participativo que realizaron diversos socios.

Además, la relación entre Luis Andrés y Jesús Manuel, durante años Director General del grupo, tal y como se reconoce en su contestación a la demanda, y persona física nombrada por la persona jurídica administradora desde enero de 2014, se aprecia mucho más intensa que la existente entre un mero socio un Director General. Así, Luis Andrés participó en la entrada de ROSWEL **CAPITAL** SL, de la que Jesús Manuel es socio, en el **capital** social del grupo, mediante el pago de parte de las acciones que adquirió esta última y mediante el préstamo que se concedió a dicha entidad a través de un extraño plan de incentivos a directivos del que no se tiene constancia documental alguna. A su vez Jesús Manuel es la persona designada para actuar como persona física administradora por **sociedades** que controla Luis Andrés, y son múltiples las vinculaciones de ambos con gran número de **sociedades** incluso ajenas al grupo Polaris como se desprende de los documentos 50 y 51 aportados por la administración concursal.

5. No obstante todo lo anterior, debemos centrar la cuestión objeto de análisis en el presente incidente de calificación.

Y es que conforme al artículo 455.2.1 TRLC solamente podrá ser persona afectada por la calificación el administrador de derecho o de hecho que lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y el presente concurso se declara en enero de 2017, por lo que habrá que analizar si Luis Andrés ha sido administrador de hecho desde enero de 2015.

Y lo que es más importante, es preciso analizar si a Luis Andrés se le pueden atribuir las concretas conductas por las que según los fundamentos anteriores el concurso se declara como culpable. Es decir, hay que poner en relación su concreta actuación u omisión como supuesto administrador de hecho con el retraso en la solicitud de concurso, con las irregularidades contables relevantes, con la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso y con la falta de formulación, auditoría y depósito de las cuentas anuales en los tres últimos ejercicios.

En este sentido se pronuncia con claridad la STS de 22 de julio de 2015 cuando indica;

"Y también sería preciso justificar a qué persona afectada por la calificación es imputable esta conducta."

En la indicada sentencia se analiza el caso de un administrador de hecho, pero se admite que al resultar acreditado que el administrador legal era un mero testaferro, la exigencia de imputación de cada una de las conductas que merecieron la calificación como culpable era menor. Así, se afirmaba;

En el caso de Emilio, aunque en aras de una mayor claridad hubiera sido mejor razonar por qué se le imputaba cada una de las tres conductas que habían merecido la calificación culpable de concurso, es obvio que la consideración del administrador legal como mero testaferro, porque desde el principio se desentendió de la administración de la compañía, conlleva atribuir a quien se razona y acredita que actuó como administrador de hecho todas las conductas, pues fue el único que actuaba por la compañía. De ahí que, en este caso, se entienda cumplida la exigencia de imputabilidad de las tres conductas que determinaban la calificación culpable de concurso."



Por lo tanto, no cabe analizar la actuación de Luis Andrés como supuesto administrador de hecho respecto de conductas que sucedieron en 2006 o en 2009, como las analizadas en el fundamento noveno, y sobre las cuales se ha razonado que el concurso no puede ser declarado como culpable.

Respecto de las citadas conductas, y otras, como las que imputan a Luis Andrés el resto de socios en junta del año 2014, se podrían ejercitar acciones concretas de responsabilidad individual o social, pero ni aquellos socios ni ningún tercero ha ejercitado dichas acciones frente a Luis Andrés, siendo que el limitado marco legal del procedimiento de calificación no puede comprender, por las razones indicadas, el análisis de todas las actuaciones u omisiones de Luis Andrés durante los últimos veinte años.

6. Sobre las anteriores bases, analizaremos la posible condición de afectado de Luis Andrés.

Y de la prueba practicada resulta que ha quedado acreditada la intensa participación de Luis Andrés en la representación de la entidad hasta el año 2011, participando a título individual en la renegociación bancaria.

En cuanto a la gestión de la **sociedad**, Luis Andrés a través de sus **sociedades** ha percibido sumas por el denominado contrato de management hasta 2014. Pero no resulta acreditado que el citado contrato se refiriese a algo más que a funciones de asesoramiento. Y ello dado que el contrato obra en autos, y Luis Andrés reconoce en el acto de la vista que realizó actuaciones en relación al mismo, pero afirma que se centraban en el modelo inmobiliario, no existiendo otras pruebas sobre en que consistió realmente la ejecución de dicho contrato.

Mas allá de lo anterior, no se ha practicado prueba alguna de que Luis Andrés llevará la gestión ordinaria y efectiva de la compañía, mediante la adopción de las más destacadas decisiones, como pueden ser la contratación con proveedores o Directivos, creación de entidades filiales, reporte con Directivos o con la dirección financiera, relaciones sobre aplazamiento de deudas con la AEAT o cualesquiera otras funciones de gestión de especial entidad que competían al administrador de una **sociedad** como el grupo Polaris.

La última actuación que consta en autos de Luis Andrés en relación al Grupo Polaris es un requerimiento notarial del año 2015 en el que en nombre de GMI reclama la suma de 16.923.380 euros por las gestiones realizadas con las entidades financieras para la reestructuración patrimonial del Grupo Polaris según se afirma desde el año 2008 a 2011. Y no se considera éste un acto de gestión de la entidad.

Pero centrándonos, como procede, en las causas por las que el concurso se declara culpable, en la presente sentencia no existe prueba que acredite que Luis Andrés tuviese relación directa con la elaboración, aprobación o presentación de cuentas anuales, con la existencia de irregularidades contables, con la aportación de documentos para la presentación de concurso o con la decisión de presentar o no el concurso ante los Tribunales.

Descartada esta prueba directa, únicamente cabría atribuir a Luis Andrés la condición de administrador de hecho en el presente concurso si resultase acreditado que Jesús Manuel, Director General y en los últimos dos años persona designada por la administradora de derecho, era un mero testaferro o actuaba en todo caso bajo las concretas órdenes que le daba Luis Andrés.

No resulta acreditado que Jesús Manuel fuera un mero testaferro, es decir, una persona que presta su nombre para figurar como titular de negocios ajenos. Así, ha declarado en el acto de la vista con pleno conocimiento de todas las actuaciones llevadas a cabo por el Grupo Polaris, teniendo conocimientos y experiencia en la gestión. Además, ha quedado acreditado por las declaraciones coherentes de los testigos en este punto que los Directivos reportaban con él, y que realizó a partir de 2014 las más altas gestiones con las entidades bancarias y con la AEAT.

En cuanto a la actuación de Jesús Manuel en todo caso, y especialmente en relación a las conductas por las que se declara el concurso culpable, bajo las concretas órdenes de Luis Andrés, parece que la administración concursal, como indican las demandadas, quiere establecer esa conexión.

Y efectivamente, existe una intensa conexión entre Luis Andrés y Jesús Manuel. Como se ha dicho más arriba, Luis Andrés participó en la entrada de ROSWEL **CAPITAL** SL, de la que Jesús Manuel es socio, en el **capital** social del Grupo Polaris, mediante el pago de parte de las acciones que adquirió esta última y mediante el préstamo que se concedió a dicha entidad a través de un extraño plan de incentivos a directivos del que no se tiene constancia documental alguna. A su vez Jesús Manuel es la persona designada para actuar como persona física administradora por **sociedades** que controla Luis Andrés y son múltiples las vinculaciones de ambos con gran número de **sociedades** incluso ajenas al grupo Polaris como se desprende de los documentos 50 y 51 aportados por la administración concursal.

Pero la anterior conexión y vinculación no se considera suficiente para concluir, como es preciso, que las irregularidades contables existentes, que la tardanza en la presentación de concurso, que las omisiones en la



documentación aportada a la solicitud de concurso o que la falta de depósito de cuentas fueran propiciadas por órdenes de Luis Andrés a Jesús Manuel . A mayor abundamiento Jesús Manuel niega en el acto de la vista cualquier participación de Luis Andrés en estas tareas.

Es cierto que la prueba que se requiere para acreditar lo anterior resulta compleja para la administración concursal, que solo ha podido acreditar los indicios de la íntima conexión entre ambas personas, pero también es cierto que sin una mayor prueba sobre los hechos no es posible, según reiterada doctrina judicial, declarar como afectado a Luis Andrés .

En base a todo lo anterior, debe dictarse sentencia absolutoria en relación a todos los pedimentos efectuados respecto de Luis Andrés .

UNDÉCIMO: La consideración de Jesús Manuel como afectado por la calificación

1. No resultando controvertido que POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU está participada únicamente por su matriz, POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, que además ostenta la administración de derecho de la concursada, siendo Jesús Manuel es la persona física designada para desempeñar las funciones de administrador, la administración concursal y el Ministerio Fiscal entienden que debe considerarse el citado como administrador de derecho de la concursada, resultando así afectado por la calificación.

No se postula la condición de Jesús Manuel como administrador de hecho.

La defensa de Jesús Manuel no niega los anteriores datos de hecho, pero se opone a la aplicación analógica de la Ley de **Sociedades de Capital** en una materia sancionadora, como es la relativa a la calificación concursal, y en todo caso, se opone a que dicha aplicación analógica sea anterior al 24 de diciembre de 2014, fecha en que entró en vigor la reforma de la Ley de **Sociedades de Capital** que atribuye el mismo régimen de responsabilidad que al persona jurídica designada administrador, a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador.

2. Vistas las alegaciones de las partes, se plantea aquí una cuestión que ha sido ampliamente discutida por la doctrina, y que presenta resoluciones contradictorias por las Audiencias Provinciales, no existiendo a fecha de hoy resolución sobre la materia por parte del Tribunal Supremo.

Resume la postura favorable a la pretensión de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal la SAP de Murcia de 22 de octubre de 2020 cuando afirma;

Como es sabido los administradores de la **sociedad de capital** podrán ser personas físicas o jurídicas (art 212.1LSC), de manera que en este último caso, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art 212 bis LSC), designación que corresponderá, salvo previsión estatutaria en contra, realizar al órgano de administración y no a la junta general .

En todo caso debe dejarse claro que la condición de administrador la ostenta la persona jurídica, no el representante designado por la persona jurídica administradora, y hasta la Ley 31/2014, la única forma de construir la responsabilidad de la persona física designada por el administrador persona jurídica era través de la figura del administrador de hecho (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de marzo de 2015 y SAP Madrid, de 1 de marzo de 2017, con cita de la precedente de 26 de junio de 2015). La situación cambia con el nuevo apartado 5 del art 236 LSC en la que se respeta la condición de administradora a la persona jurídica, pero se impone el mismo régimen de responsabilidad a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador, sin que ello libere a la persona jurídica administradora, al establecerse su responsabilidad solidaria

La omisión en el art 172.2.1 LC (y de igual modo en el art 455 TR) de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica suscita si puede catalogarse como persona afectada, o si esa condición debe reservarse solo a la persona jurídica administradora.

Una lectura integradora, partidaria de considerar persona afectada por la calificación culpable también a la persona física, se sustenta en (i) el argumento sistemático, al considerar que la responsabilidad societaria y concursal traen causa de un tronco común, que obliga a buscar la coordinación entre una y otra normativa , superando las omisiones a la hora de definir los sujetos responsables del precedente art 172.1.2 LC y (ii) la ausencia de motivos que justifiquen su exclusión, ya que si esta persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica está sometida a los mismos deberes que los administradores, consecuencia lógica de ello es que responda como estos cuando no observa estos deberes, no solo en el ámbito societario sino en otros, como en el concursal. Esta tesis es la seguida de manera mayoritaria por las Audiencias Provinciales (SAP de A Coruña, de 27 de septiembre de 2018, SAP de Almería de 12 de diciembre de 2017 y SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 13 de julio de 2018, en contra SAP de Madrid, Sección 28ª, de 1 de marzo de 2017) .



Ahora bien, aquí ni siquiera asumiendo esta tesis es posible considerar afectado a José porque el art 236.5 LSC no estaba en vigor cuando acaecieron los hechos enjuiciados, como ocurre en la SAP de Barcelona de 19 de abril de 2016, que en una sección de calificación concursal no aplica el art 236.5LSC por motivos temporales."

La postura contraria se pone de manifiesto, entre otras, en SAP de Madrid de 4 de noviembre de 2019 cuando afirma;

Debe recordarse que el art. 212 bis.1 TRLSC impone con carácter general que " En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo?, en cuyo desarrollo el art. 143 RRM, ante el supuesto de nombramiento como administrador de una persona jurídica, que " no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo". Desde luego, pese al establecimiento de este régimen, la consideración de administrador social recae exclusivamente en la persona jurídica que se designa en el nombramiento, y la persona física es solo un representante de aquella en el ejercicio de aquel cargo, pero ésta no ostenta, en si misma, la consideración de administrador social. Ante tal circunstancia, en la reforma del TRLSC operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se introdujo el art. 236.5 , con el fin de habilitar la extensión del régimen legal responsabilidad societario propio de la persona jurídica administradora social a su representante persona física en el ejercicio del cargo, al establecer que " la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica (...) responderá solidariamente con la persona jurídica administrador".

Dicha previsión del régimen de responsabilidad societaria no ha sido introducida en el listado taxativo contemplado en el art. 172.2.1º LC, donde lo relevante sigue siendo la atribución de la condición de administrador social, la que no tiene el representante persona física como tal, por la simple circunstancia de ser ese representante de la verdadera administradora, la persona jurídica designada para ello. No cabe contemplar una interpretación extensiva de la previsión del art. 236.5 TRLSC, dada la naturaleza de la norma del art. 172 LC, de responsabilidad y pseudo-sancionatoria, art. 4.2 CC.

Es decir, en sede de responsabilidad concursal, se parte del principio de que el representante persona física de la persona jurídica administradora social actúa en las funciones del cargo bajo las directrices e instrucciones de ésta, como ejecutor material de las decisiones de la verdadera administradora, la que asume, por tanto, la imputación de responsabilidad que pueda derivarse en el Derecho de la insolvencia. Por ello, solo cuando dicha regla se rompa cabrá trasladar al representante persona natural algún tipo de responsabilidad, bajo los regímenes de imputación especial de la condición de administrador de hecho o de cómplice, en cada caso, bajo los requisitos exigidos para lo uno o para lo otro. Es decir, cuando la regla de la dependencia y mera ejecución de instrucciones por el representante persona física se quiebre, y pase ésta a adoptar decisiones autónomas, independientes y propias sobre la **sociedad** administrada, de modo continuado y con plena eficacia vinculante, podrá trasladársele responsabilidad concursal bajo el tipo de imputación propio de los administradores de hecho."

3. En la tesitura entre adoptar una u otra postura en la presente sentencia, entiende este juzgador que debe adoptar la posición hasta ahora mayoritaria, que resume la Audiencia Provincial de Murcia en la sentencia transcrita, y cuyos argumentos resultan convincentes y mayoritarios al margen de lo que pueda resolver en un futuro el Tribunal Supremo.

Es cierto que la Audiencia Provincial de Murcia, que deberá dictar sentencia en caso de recurso de apelación contra la presente, no aplicó en aquel caso concreto la postura mayoritaria, porque el art 236.5 LSC no estaba en vigor cuando acaecieron los hechos enjuiciados. Pero de los términos de la sentencia transcrita y de la plasmación de los argumentos a favor parece que la Audiencia Provincial de Murcia se decante por la aplicación pretendida por la Administración Concursal y por el Ministerio Fiscal.

Es por ello que debe declararse como persona afectada en el presente concurso a Jesús Manuel , siendo que todas las conductas por las que el concurso se declara culpable, retraso en la solicitud, irregularidades contables relevantes, defectuosa información y no presentación de cuentas, le son perfectamente atribuibles dada la posición como persona física máximo responsable del grupo Polaris que ostentaba.

Así, de la valoración conjunta de la prueba practicada, incluyendo su propia declaración y la documentación que aporta en su defensa (cartas o correos electrónicos con entidades bancarias), parece que Jesús Manuel quedó como única persona que gestionaba y tomaba decisiones en el grupo Polaris en los dos años anteriores a la declaración de concurso.



Y todo ello sin perjuicio de que para el caso de que se aprecie alguna responsabilidad económica, habrá de limitarse al periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014, fecha en que entra en vigor la última redacción del 236.5 LSC y la declaración de concurso.

DUODÉCIMO: Sobre la complicidad

Solicitada la declaración de complicidad de GMI PROMOCIONES 2000 SL, de MERAK RENTA SL y de ROSWELL CAPITAL SL, conviene recordar que el artículo 445 TRLC establece bajo el título " Cómplices".

"Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable."

Conforme a la STS de 27 de enero de 2016, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos:

«a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable;

b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación»

En la presente sentencia ya se ha razonado suficientemente porqué no se considera el concurso como culpable por las conductas relativas a la salida de fondos en relación a las citadas tres entidades, siendo que ni se alega ni se aprecia posible colaboración de estas tres entidades en las conductas por las que el concurso se declara culpable, a saber, retraso, irregularidades contables, omisión en la documentación acompañada a la solicitud y omisión de formulación y depósito de cuentas. Por lo que, no concurriendo los requisitos legales, debe descartarse la condición de cómplices de las citadas entidades y dictarse sentencia absolutoria en relación a las mismas.

También se solicitaba la declaración como cómplice de Jesús Manuel , pero dado que dicha petición era subsidiaria, "para el caso de que no se entendiera aplicable al ámbito concursal lo previsto en el artículo 236.5 de la Ley de **Sociedades de Capital**", y sí se ha considerado aplicable dicho artículo, no procede entrar a conocer de la condición de cómplice del citado.

DECIMOTERCERO: Efectos de la calificación como culpable

Con arreglo al artículo 445 TRLC y dado que concurren al menos las causas de culpabilidad de los artículos 443. 4º y 5º y 444.1 y 3 TRLC, procede declarar el concurso como culpable.

En relación con los afectados por la calificación, ya se ha dicho y razonado en los párrafos anteriores que debe ser afectado Jesús Manuel . Y lógicamente también debe serlo POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, que ostenta la administración de derecho de la concursada.

A su vez, procede, como se solicita, acordar la sanción de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante un periodo de cuatro años respecto de Jesús Manuel .

Habiendo solicitado la administración concursal y el Ministerio Fiscal la imposición de inhabilitación por plazo de diez años, considera este juzgador adecuada la fijación de un periodo de cuatro años teniendo en cuenta;

-que no se estima la causa de calificación por salida de fondos.

-que su participación como afectado debe reducirse al periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 2014 y la fecha de solicitud de concurso.

-que entre las causas de calificación estimadas, como se verá, la más grave es el retraso en la solicitud de concurso, que ha causado importantes perjuicios por la agravación de la insolvencia en la cuantía que se indicará seguidamente, por lo que se estima dicho período como adecuado a la gravedad de esta conducta.

No procede acordar la sanción de inhabilitación respecto de POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL según la actual redacción del artículo 455.1.2.2º TRLC que incluye únicamente a personas naturales.



En cuanto a los efectos patrimoniales, procede, en primer lugar, la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa, a lo cual se debe acceder en relación Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL por aplicación automática del artículo 455 TRLC.

En segundo lugar, y centrándonos únicamente en las personas que resultan afectadas, que pueden ser la únicas objeto de condena, se solicita la condena a Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL al abono del cobertura total del déficit concursal, "en la medida que algunas de las conductas que han determinado la calificación culpable ha agravado la insolvencia de la Concursada", y subsidiariamente, para el caso de que no se estime aplicable la condena al déficit, se les condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados a la masa, fijados en la cantidad de 30.829.579,13 euros.

Nos centraremos seguidamente en la petición de cobertura del déficit, siendo que la petición de indemnización se solicita con carácter subsidiario.

En relación a la cobertura total o parcial del déficit el artículo 456 TRCL indica;

"1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, 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.

4. En caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura."

Por lo tanto, con la actual redacción del precepto la condena a la cobertura del déficit procederá en la medida que la conducta de las personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

Afirma sobre este precepto, en su redacción inmediatamente anterior al TRCL que tiene similar contenido, la AP de Murcia en reiteradas sentencias, entre otras las de 20 de septiembre de 2018 o 19 de julio de 2018, lo siguiente;

"(e)n esta novísima redacción del art 172bis la propia responsabilidad por déficit y su montante estará en función del impacto que la conducta que funda la calificación culpable haya tenido en la generación o agravación de la insolvencia, o en palabras del voto particular de la STS de 21 de mayo de 2012 , que aparece como fuente de inspiración del legislador "... 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..."

Vistas las peticiones de las partes, y la regulación sobre la materia, y entrando en el análisis de la oportuna cobertura del déficit que se solicita, concurren los requisitos previstos en el artículo 456.1 TRLC como son que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, que el concurso hubiera sido declarado como culpable, que exista déficit concursal (en los textos definitivos se fija el déficit concursal en 5.340.703,73 euros, excluidos los créditos contra la masa) y que existan personas afectas por la calificación.

La administración concursal y el Ministerio Fiscal solicitan la cobertura total del déficit concursal "en la medida que algunas de las conductas que han determinado la calificación culpable ha agravado la insolvencia de la concursada." No concretan en esta sede de petición de condena económica ninguna cuantía, ni ponen

en relación las conductas por las que el concurso se califica como culpable y la concreta agravación de la insolvencia generada por cada una de esas conductas.

Contrasta dicha posición con el esfuerzo argumentativo que exige la actual doctrina judicial sobre esta materia. En este sentido la SAP de Murcia de 11 de julio de 2019 resume la STS de 22 de mayo de 2019 sobre esta cuestión indicando;

1º) el distinto esfuerzo argumentativo y probatorio en el caso del art 164.2.1 y 172bis

«Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el art.

164.2 LC, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado; para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia.»

2º) la carga de la prueba de la AC y su excepción

«Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa.

Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación.

Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del art. 164.2 LC, las que guardan relación con la ausencia o falseo de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insistimos, no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia»

3º) No son bastantes las argumentaciones genéricas de que las irregularidades hayan dado una apariencia de solvencia a los acreedores de la empresa que no era tal

«... si se pretendía, además, la condena a la cobertura del déficit, precisaba de una concreción adicional sobre cómo esta apariencia había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia»

4º) Si bien obiter dicta, al no ser objeto de calificación culpable por retraso en la solicitud de concurso, apunta al respecto que no valen las afirmaciones excesivamente genéricas

*«... se aduce que las irregularidades contables retrasaron la adopción de la decisión de pedir el concurso o de instar la disolución, sin concretar nada más. No se indica cuándo presumiblemente se encontraba la **sociedad** en estado de insolvencia, por cuánto tiempo presumiblemente se retrasó la solicitud de concurso, ni, lo que es más importante, cómo se incrementó desde entonces el endeudamiento»*

En el presente caso, en relación a tres de las cuatro conductas que determinan la calificación del concurso como culpable, irregularidades relevantes, o inexactitudes en la documentación aportada o falta de formulación y depósito de cuentas anuales, ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal realizan un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Y no se da el caso de que dichas conductas sean tan graves que haya impedido conocer en que medida se agravó la insolvencia.

A la vista de lo anterior, no considero que estas causas de culpabilidad deban dar lugar al abono del déficit patrimonial.

En relación a la otra causa de culpabilidad, es decir, la tardanza en la presentación del concurso, como se dijo, en sede de petición de condena económica no se concretan cuantías, pero el informe de la administración concursal sí que contiene un esfuerzo argumentativo detallado de en que medida esta tardanza agravó la insolvencia.

Dicha argumentación se encuentra en el apartado del informe relativo a la concurrencia de esta causa de culpabilidad, y ya ha sido analizado en esta sentencia en el fundamento de derecho cuarto para llegar a la



conclusión, que se reproduce aquí, de que el retraso en la solicitud de concurso agravó la insolvencia en la suma de 20.258.628,10 euros.

Por lo tanto, esta sería la suma que podría ser objeto de condena en concepto de déficit en la presente sentencia a los dos afectados Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL., y todo ello de modo solidario ya que la participación en las conductas es la misma y no existen razones para la individualización de la condena.

Pero esta cuantía debe ser reducida respecto de Jesús Manuel, al que solo puede atribuírsele el agravamiento de la insolvencia durante los ejercicios 2015 y 2016, como se argumentó en el fundamento de derecho undécimo.

Además, concurren razones de congruencia con la petición de la administración concursal y razones derivadas de la nueva redacción contenida a partir de la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que dan lugar igualmente a la reducción de dicha cuantía.

En relación a las razones de congruencia, en el informe de la administración concursal se afirma que el déficit concursal existente en los textos definitivos asciende a la suma de 5.340.703,73 euros, excluidos los créditos contra la masa, y en el suplico se pide el abono de la totalidad del déficit concursal, sin concretar si se refiere al déficit que resulta de los textos definitivos o al déficit existente tras la realización de las tareas de liquidación.

Y lo anterior enlaza con la nueva redacción del artículo 456.2 TRLC que indica;

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

Esta nueva redacción, que incluye por primera vez un concepto normativo de déficit concursal, ha sido criticada por la doctrina y es contraria a la jurisprudencia contenida en SSTs de 29 de mayo de 2020, que consideraron que el concepto de déficit y el límite de la condena debía venir referido al déficit que resulte tras la realización de las tareas de liquidación.

Así, se ha planteado si la previsión indicada concurre en vicio de ultra vires por exceso en la delegación legislativa al tiempo de elaborar el Texto Refundido.

No obstante lo anterior, considera este juzgador que lo más adecuado al estado actual de la cuestión es aplicar literalmente el citado concepto de déficit, y no solo como requisito para la condena al abono del mismo sino, como límite a la suma que puede ser objeto de condena.

A la vista de todo lo anterior, debe estimarse la petición de abono de déficit patrimonial que afectará solidariamente a Jesús Manuel y a POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, y que asciende a 5.340.703,73 euros.

En relación a Jesús Manuel, como decíamos, solo cabe su condena por el agravamiento de la insolvencia producido entre 2015 y 2016, por lo que se plantea si dicho agravamiento es superior a 5.340.703,73 euros y, por tanto, opera el mismo límite que en relación a POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, o si es inferior a dicha suma, y, por tanto, su condena debe ser menor.

Y resulta complejo realizar esta valoración, pues partiendo de la suma de 20.258.628,10 euros que se tienen como probados por agravamiento del déficit entre finales de 2012 y la fecha de presentación de concurso conforme al fundamento de derecho cuarto, no en todos los casos existe en el procedimiento el oportuno desglose para determinar que parte de ese agravamiento corresponde a los ejercicios 2015 y 2016.

Sí se puede efectuar dicho cálculo desglosado para 2015 y 2016 en relación a la deuda por impuestos locales, pues según cuadro contenido en página 41 del informe de calificación la agravación en este período alcanza la suma de 763.124 euros (excluidas las cuantías por IVTNU). También se puede hacer dicho cálculo respecto de la deuda con comunidades de propietarios, que según cuadro contenido en página 50 del informe provisional se incrementó en dicho período en 1.572.694 euros. Recordemos que el informe provisional forma parte por previsión legal de esta sección.

En cuanto a la deuda con entidades de crédito que se incrementó en 10.997.961 euros durante el período 2013 a 2016, y la deuda con AEAT que hemos dicho que se incrementó en 1.366.825,00 euros en el mismo período, no existe desglose por años.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que dichas deudas tienen su origen en intereses y recargos, debe entenderse que su generación sería proporcional al período de retraso, con lo que podemos concluir que un 50% de esa deuda se generó entre 2015 y 2016.



Y sumando las cantidades desglosadas a la cantidades calculadas proporcionalmente, se supera en dicho periodo ampliamente la suma que se establece como límite para el déficit de 5.340.703,73 euros, por lo que cabe la condena a Jesús Manuel al abono de dicha suma.

DÉCIMOCUARTO: Costas

En cuanto a las costas, deben ser impuestas a POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, Jesús Manuel y a POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que la demanda se estima esencialmente frente a los mismos.

Respecto a las personas absueltas, deben imponerse a la concursada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de concordante y general aplicación al caso de autos

FALLO

Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por la administración concursal de POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, y por el Ministerio Fiscal, contra, POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, representada por el Procurador SEVILLA FLORES y defendida por el Letrado HERNANDEZ PALICIO, contra Luis Andrés , representado por la Procuradora GARRE LUNA y defendido por el Letrado CANOVAS CILLER, contra MERAK RENTA S.L. y GMI PROMOCIONES 2000, representadas por la Procuradora GARRE LUNA y defendida por el Letrado CANOVAS CILLER, contra Jesús Manuel , representado por la Procuradora BERMEJO GARRE y defendido por la Letrada GONZALEZ PAJUELO, y contra ROSWEL **CAPITAL** S.L. y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL, representadas por la Procuradora BERMEJO GARRE y defendidas por el Letrado DOMINGO MORENO, debo declarar y declaro;

- 1.- que el concurso de POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU debe calificarse como culpable.
- 2.- que resultan afectados por esta declaración Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL.
- 3.- que acuerdo la sanción a Jesús Manuel de inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante cuatro años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.
- 4.-que acuerdo que Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL. pierdan cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa.
- 5.- que debo condenar y condeno a Jesús Manuel y a POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL. de forma solidaria al abono del déficit patrimonial en la cuantía de 5.340.703,73 euros.
- 6.- que debo absolver y absuelvo a Luis Andrés , MERAK RENTA S.L. , GMI PROMOCIONES 2000, y ROSWEL **CAPITAL** S.L. de las peticiones formuladas frente a los mismos en la presente pieza de calificación con imposición de costas a la concursada.
- 7.- que debo imponer a POLARIS WORLD REAL ESTATE SLU, Jesús Manuel y POLARIS WORLD DEVELOPMENT SL la condena el abono de las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra esta sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde su notificación de conformidad con lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se le hace saber a las partes que para entablar el mencionado recurso deberán consignar el importe que, al efecto, señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha consignación deberá efectuarse en la cuenta de este Juzgado, mediante ingreso en la cuenta expediente correspondiente al órgano y procedimiento judicial en que se ha dictado, debiéndose especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo de recurso de que se trate (00- Reposición; 01- Revisión de resoluciones Secretario Judicial, 02- Apelación y 03- Queja); caso contrario no se admitirá a trámite el recurso.