AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA
Rollo núm. 485/2015-1ª
Incidente concursal núm. 556/2014 (Pieza de calificación)
Dimanante de concurso núm. 70/2012 (Concursada: Spanair, S.A.)
Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

SENTENCIA núm. 100/2016

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN
LUIS GARRIDO ESPÁ
JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO
LUIS RODRÍGUEZ VEGA
JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de abril de dos mil dieciséis.

Partes apelantes:

1) **Spanair, S.A.**
   - Letrado/a: Sr. Nart
   - Procurador: Sra. Riudavets
2) **B. Z.**
   - Letrado/a: Sr. Llorente
   - Procurador: Sr. Anzizu
3) **K. M. E. L.**
   - Letrado/a: Sr. Tagliavini
   - Procurador: Sr. Anzizu
4) **Inversions Turistiques i Comercials 2009, S.A. (ITICSA), M.M. E., J. R. B.M. y J. M. B.F.**
   - Letrado/a: Sr. Ensesa
   - Procurador: Sra. Bascuñana

5) **Catalana d'Iniciatives, S.A., en liquidación**
   - Letrado/a: Sr. Andújar
   - Procurador: Sra. López
6) **Fira Internacional de Barcelona**
   - Letrado/a: Sr. Grande
   - Procurador: Sr. Bley
7) **F. S. C. y M.B. S.**
   - Letrado/a: Sr. Albiol
   - Procurador: Sra. Flores
8) **Empresa de Promoció i Localització Industrial de Catalunya, S.A. (AVANÇSA)**
   - Letrado/a: Sr. Irigoyen
   - Procurador: Sra. Cararach
9) **J. M. N.**
   - Letrado/a: Sr. Carreño
   - Procurador: Sra. Pradera
10) **Administración concursal (apelante adherida)**
11) **Ministerio Fiscal (apelante adherida)**

Parte apelada:

P. C. P. y otros
- Letrado/a: Sra. Groizard
- Procurador: Sr. Ram de Viu

Resolución recurrida:
- Fecha: 16 de septiembre de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «*ACUERDO*

***** Calificar como CULPABLE el concurso de SPANAIR, S.A.*

** Determinar como personas afectadas por la calificación a:*

DON F.S. C., DON M. B. S., FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA, DON M. M. E., DON J. R. B. M., DON J. M. B. F., INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A., DON J. M. I N., CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION, DON B. Z., DON K. M. E. L. y EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA (AVANÇSA)

** Inhabilitar a:*

DON F. S. C., DON M. B. S., FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA, DON M. M. E., DON J. R. B. M., DON J. M. B. F., INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A., DON J. M. I N., CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION, DON B. Z., DON K. M. E. L. y EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA (AVANÇSA) para administrar bienes ajenos y para

representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos (2) años, perdiendo cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa
** Condenar solidariamente a:*
DON F. S. C., DON M. B. S., FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA, DON M. M. E., DON J. R. B. M., DON J. M. B. F., INVERSIONS TURISTIQUES I COMERCIALS 2009, S.A., DON J. M. I N., CATALANA D'INICIATIVES, S.A. EN LIQUIDACION, DON B. Z. y EMPRESA DE PROMOCIO I LOCALITZACIO INDUSTRIAL DE CATALUNYA (AVANÇSA) al pago a la masa activa del concurso de la cantidad de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SETECIENTOS DIECISEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CENTIMOS DE EURO (10.801.716,85 EUR) en concepto de déficit concursal
** No se imponen las costas causadas a ninguna de las partes*».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron sendos recursos de apelación las personas o entidades que se indican en el encabezamiento de la presente resolución. Admitidos a trámite se dio traslado a las contrapartes, que presentaron escritos impugnándolos y, en cuanto a la AC y al Ministerio Fiscal, impugnando asimismo la resolución recurrida.

TERCERO. Elevadas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, se señaló votación y fallo para el día 14 de abril pasado.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Contenido de la resolución recurrida

1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de Spanair, S.A. por una sola causa, la demora en la solicitud del concurso, demora que fija en el plazo de cinco meses, y considera como personas afectadas por tal calificación a F. S. C., M. B.S., K. M. E. L., Fira Internacional de Barcelona, M. M. E., Jo. R. B. M., J. M. B. F., Inversions Turistiques i Comercials 2009, S.A., J. M. N., Catalana D'iniciatives, S.A. en liquidacion, B. Z. y Empresa de Promoció i Localització Industrial de Catalunya (AVANÇSA), a la vez que dispuso su inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de dos años y les condenó a la pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar en la masa y a pagar a la masa, de forma conjunta y solidaria, la cantidad de 10.801.716,85 euros en concepto de responsabilidad concursal, salvo en el caso del Sr. L..

2. Los hechos en los que se funda la resolución recurrida para hacer esa calificación culpable y las consiguientes imputaciones de responsabilidad son los siguientes (los transcribimos literalmente):

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

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

iii. El 20 de agosto de 2008, a las 14:24, un avión McDonnell Douglas MD-82 matrícula EC-HFP "Sunbreeze" del Vuelo JK 5022 de SPANAIR se estrelló con 166 pasajeros y 6 miembros de la tripulación a bordo en el Aeropuerto de Madrid-Barajas. Murieron 154 personas

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

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

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

al cierre del ejercicio 2008 a 549.797 miles de Euros al cierre del ejercicio 2011

vii. Con la entrada de IEASA en marzo de 2009, la composición del capital social de SPANAIR, incluyendo las participaciones indirectas, supone que la Generalitat de Catalunya y el Ayuntamiento de Barcelona se convierten en los socios de control indirecto de la concursada, ya que IEASA, que posee el 85,62% de SPANAIR, tiene como accionistas a Volcat – inversores privados - con un 22%, CIMALSA con un 18,91%, AVANÇSA con un 9,45%, CATALANA con un 11,34%, - todas ellas sociedades públicas dependientes de la Generalitat de Catalunya -, FIRA con un 24,11% y TdB, con un 14,18% - ambas sociedades o entes dependientes del Ayuntamiento de Barcelona –

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

- *De marzo a mayo de 2010 se produce la presentación del plan de negocio y asociación a la red de compañías Star Alliance, con la voluntad de crear una compañía de vuelos de largo recorrido y para tener la oportunidad de inversión por parte de un potencial socio industrial*
- *De junio de 2010 a enero de 2011 se entablan conversaciones con algunas aerolíneas, tales como Singapore Airlines, Avianca, Turkish Airlines, Lufthansa o Qatar Airways*
- *El 14 de febrero de 2011 se produce la firma de un denominado Memorandum of Understanding - MoU en sus siglas en inglés - con Qatar Airways en el que se detallan determinados aspectos, entre ellos, (i) una situación de partida, que es que SPANAIR tiene un historial de pérdidas relevantes, que en ese momento la Generalitat de Catalunya, a través de IEASA, ostenta más del 80% de participación en el capital de la concursada, que SPANAIR considera la necesidad de la entrada de un socio industrial para lo cual está preparando un plan de negocio conjuntamente con Qatar y (ii) una situación actual, que es que SPANAIR y Qatar Airways creen en una aerolínea rentable que, según el plan de negocio actual, necesitaría una inversión adicional de entre 150 y 300 millones de Euros por parte de IEASA y de Qatar Airways*
- *De julio a septiembre de 2011 SPANAIR contrata a la entidad Lazard como asesor para acelerar el proceso de entrada del potencial inversor y la búsqueda de inversores alternativos, estableciéndose los principales contactos con la línea aérea china HNA y con la indicada Qatar Airways*
- *De octubre a diciembre de 2011 se produce la formalización de las negociaciones con Qatar Airways mediante la creación de un equipo*

multidisciplinar entre las dos compañías aéreas para acelerar el proceso de entrada en el capital, con la contratación de abogados para preparar los documentos legales de la transacción

- *El 24 de octubre de 2011 se firma un contrato de exclusividad entre SPANAIR y Qatar Airways en relación con las negociaciones, que finalizaba el 23 de enero de 2012*
- *El 7 de noviembre de 2011 se firma un Memorandum of Interest – MoI en sus siglas en inglés - entre Qatar Airways y la Generalitat de Catalunya con el resumen de intenciones y la propuesta de inversión por parte de Qatar Airways de un 49% del capital social de SPANAIR, manteniendo a la compañía como aerolínea europea con base en Barcelona, quedando pendientes de discusión cuestiones como, v.gr., flota e inversión necesarias y señalando que la Generalitat invertirá los fondos necesarios para continuar la actividad hasta la fecha de cierre de la operación*
- *En diciembre de 2011 aparecen incertidumbres relacionadas con la legalidad de la aportación de fondos públicos a la concursada como consecuencia de la actual legislación comunitaria europea que regula la aportación de fondos públicos a empresas privadas, por lo que los fondos públicos aportados se ponen en cuestión*
- *En enero de 2012 HNA comunica el interés de iniciar negociaciones y se le otorga por la concursada un plazo inicial hasta el 31 de enero de 2012 para el estudio de la operación*
- *El 19 de enero de 2012 HNA pide la extensión de la fecha límite para completar el estudio de la operación*
- *El 23 de enero de 2012 se produce una reunión en Bruselas con la Comisión Europea para tratar el tema de las ayudas públicas*
- *El 25 de enero de 2012 la Generalitat de Catalunya requiere respuesta inmediata por parte de Qatar Airways para cerrar la operación, ya que esta aerolínea tiene dudas en relación a las incertidumbres surgidas con las ayudas públicas*
- *El 27 de enero de 2012 la Generalitat de Catalunya comunica oficialmente a SPANAIR que no invertirá más fondos públicos en la sociedad y, en consecuencia, la dirección decide paralizar las operaciones de vuelo y presentar el concurso voluntario de acreedores*

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

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

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

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

- *El 24 de mayo de 2011 la Generalitat de Catalunya acuerda en sesión de Gobierno autorizar a AVANÇSA a aportar recursos a Spanair, directamente o a través de IEASA, hasta un máximo de 56.000.000 de Euros, mediante préstamo participativo o bien directamente como ampliación de capital, otorgándose escritura de préstamo participativo el 1 de julio de 2011 y, simultáneamente, entregándose la cantidad de 20 millones de Euros, con entrega de los 36 millones de Euros restantes el 28 de julio, el 29 de agosto y el 27 de octubre de 2011 a través de sucesivas actas notariales, controlando AVANÇSA a partir de este momento las decisiones de la sociedad, para lo cual se celebraban reuniones semanales en el Palau de la Generalitat de una Comisión interdepartamental formada por representantes públicos y de la compañía, en la que se estudiaban no solamente las actividades y decisiones del día a día de la concursada, sino también la evolución de las negociaciones de entrada de un socio industrial*
- *El 31 de octubre de 2011 se suscribe contrato privado de línea de crédito por un importe máximo de 10 millones de Euros por parte de FIRA, en su calidad de accionista de SPANAIR*
- *El 30 de noviembre de 2011 AVANÇSA concede a la concursada, previo acuerdo del Gobierno de la Generalitat, un nuevo préstamo de 15 millones de Euros, a través de escritura pública de préstamo participativo, con sucesivos desembolsos parciales el 2 y el 12 de diciembre de 2011 a través de sendas actas notariales*
- *El 4 de enero de 2012 se otorga por AVANÇSA nueva escritura pública de préstamo participativo por importe de 10 millones de Euros, previo acuerdo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya, dentro del cual se*

autorizaba a invertir la cantidad máxima de 215 millones de Euros entre 2012 y 2018

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

- *Periodo julio-agosto de 2010 por importe de 12.486.825,25 Euros, incluidos recargos de apremio, posteriormente compensados con IVA a devolver, quedando un importe debido, incluyendo intereses, de 7.786.363,49 Euros. Se solicita el aplazamiento en el pago y se recurren los apremios por encontrarse la sociedad en una "situación transitoria de ausencia de liquidez", según la petición, con compromiso de otorgar hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles de su propiedad. El aplazamiento fue concedido el 23 de noviembre de 2011, condicionado a la constitución de hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR, si bien la garantía no llegó a constituirse por lo cual el aplazamiento no llegó a formalizarse. El 23 de noviembre de 2010 se notificaron ocho (8) providencias de apremio sobre esta deuda, interponiéndose reclamación económico-administrativa que fue desestimada. A su vez, se interpuso recurso contencioso-administrativo, que se halla pendiente de resolución*
- *Periodo septiembre-octubre de 2010 por importe de 15.547.034,28 Euros. Se solicitó el aplazamiento de esta deuda, que fue denegado por no haberse justificado suficientemente la valoración de los bienes ofrecidos en garantía. Se interpuso reclamación económico-administrativa, que está pendiente de resolución. Por otro lado, se solicita la suspensión del acuerdo que deniega el aplazamiento, que también fue finalmente denegada el 4 de febrero de 2011, interponiéndose incidente contra dicha denegación, dictándose el 10 de mayo de 2012 resolución por la que se desestimó el incidente, no continuando las reclamaciones. En relación con este paquete, la AEAT notificó doce (12) providencias de apremio, presentándose el 23 de junio de 2011 recurso de reposición ante la AEAT con petición de suspensión, sin garantías, de las providencias de apremio. El 23 de diciembre de 2011 se acuerda anular los recargos de apremio, mientras*

que la suspensión fue denegada, sin que conste resolución económico-administrativa sobre la denegación de los aplazamientos

- *Periodo diciembre de 2010–enero de 2011 por importes respectivos de 7.338.732,88 Euros y 7.077.326,68 Euros, respecto de los cuales también se solicitó aplazamiento, comprometiéndose a constituir, en cuanto se acordase la concesión, hipoteca mobiliaria sobre la marca SPANAIR. Dicha solicitud de aplazamiento fue denegada el 11 de marzo de 2011, interponiéndose recurso contencioso-administrativo, no constando resolución en el expediente. En relación con la suspensión de los acuerdos que deniegan los aplazamientos recurridos de este período, se solicitó suspensión de la ejecutividad del acuerdo de denegación del aplazamiento el 20 de abril de 2011 con dispensa total de garantías, no admitiéndose la solicitud el 28 de noviembre de 2011 e interponiéndose contra ella recurso contencioso-administrativo el 10 de febrero de 2012, desestimado el 22 de marzo de 2012*
- *Periodo mayo–junio de 2011 por importes respectivos de 8.869.639,63 Euros y 9.020.354,77 Euros. Se solicita aplazamiento el 29 de julio de 2011 y un nuevo aplazamiento dentro de un proyecto de reconsideración conjunto y global de deuda tanto frente a AENA como frente a la AEAT, con calendario conjunto de pagos y garantías parciales conjuntas para ambos organismos tras una reunión conjunta mantenida el 14 de julio de 2011. SPANAIR presentó escrito el 5 de agosto de 2011 poniendo de manifiesto la imposibilidad de atender los pagos según el calendario propuesto por AENA/AEAT y ratificando la necesidad de aplicar el calendario propuesto el 21 de julio de 2011, que AENA/AEAT no aceptaba. El aplazamiento solicitado en primer lugar fue denegado el 28 de octubre de 2011, interponiéndose reclamación económico-administrativa en noviembre de 2011, que se halla pendiente de resolución. En cuanto a la suspensión de los acuerdos que deniegan los aplazamientos, el 7 de junio de 2012 se denegó finalmente la solicitud, decidiéndose no interponer más recursos*
- *En todo caso, la deuda impagada a AENA a 10 de julio de 2014 es de 42.613.188,79 Euros, correspondientes a tasas y suministros entre agosto de 2010 y febrero de 2012, pues se han pagado 8 millones de Euros de la deuda original por parte de SAS a través de una escritura de reconocimiento de deuda de 11 de junio de 2013, entre junio de 2013 y julio de 2014, acordándose un pago adicional de 4 millones de Euros el 31 de diciembre de 2014*».

3. El juzgado mercantil justifica la calificación culpable del concurso apreciando que concurre la única causa de culpabilidad en la que funda la AC su

propuesta de calificación culpable, esto es, la demora en la solicitud del concurso. Concretamente, considera la resolución recurrida que la concursada ya se encontraba en insolvencia en 30 de junio de 2011 (e incluso antes, según el propio Consejo de Administración de la concursada reconocía en sus reuniones de 26 de mayo de 2011 y siguientes). Y a continuación pasa a analizar si existe dolo o culpa de los administradores por no haber solicitado de inmediato (en los dos meses siguientes) la declaración del concurso y haber esperado para ello cinco meses más de los legalmente exigidos, concluyendo que también concurre este presupuesto, si bien exclusivamente por la demora posterior a 31 de diciembre de 2011, esto es, el momento en el que la Comisión Europea pone en cuestión la conformidad con el derecho comunitario de las ayudas públicas que estaba recibiendo la concursada a través de la Generalitat de Catalunya, lo que de hecho supuso la finalización de las negociaciones que hasta ese momento estaba manteniendo la concursada con Qatar Airways, dirigidas a permitir la entrada de esta compañía en el capital de la concursada. Estima la resolución recurrida que aunque aún existiera un posterior préstamo por importe de 10 millones de euros, concedido por los socios el 4 de enero de 2012, la actuación de los administradores debe reputarse culpable desde ese momento porque supuso una "huida hacia adelante", ya que la compañía continuó vendiendo billetes y esa cantidad aportada por uno de los administradores solo sirvió para atender el pago de nóminas y cuotas de *leasing* de los aviones y el precio del combustible.

SEGUNDO. **Sobre los recursos**

4. El recurso de Spanair, S.A. se funda en los siguientes motivos:

a) Discrepa de que todos los hechos que la resolución recurrida considera como no controvertidos tengan realmente ese carácter. Particularmente, niega que sea cierto que la concursada adeudara a AENA 50 millones de euros desde agosto de 2010 y que el importe de esa deuda fuera de 59.593.303,20 euros a 30 de junio de 2011. También afirma que en diciembre de 2011 lo que AENA dejó sin efecto no fueron solo los recargos de apremio relativos a las tasas aeroportuarias sino que acordó anular las providencias de apremio (no solo los recargos).

b) También estima que la resolución recurrida no ha tomado en consideración hechos relevantes acontecidos durante el mes de enero de 2012 y relativos a las reuniones que se siguieron produciendo con Qatar Airways para encontrar una solución de continuidad, así como al hecho de que la Generalitat se había comprometido a garantizar la solvencia y liquidez de la compañía hasta la firma de un acuerdo con un socio industrial que se hiciera cargo de la misma.

c) Error en la valoración de la prueba al considerar la resolución recurrida que la deuda con AENA correspondiente al cuarto paquete (tasas liquidadas en los meses mayo-junio de 2011) se encontraba vencida, lo que no se corresponde con la realidad,

y tampoco considera que fuera exigible. Estima la concursada que el vencimiento se produjo el 5 de julio respecto de las tasas de mayo y el 1 de agosto respecto de las de junio. También discrepa del importe de la deuda de AENA, que afirma que no son los 59.593.303,20 euros que dice el juzgado sino 50.163.188,79 euros, según la segunda comunicación del crédito de la propia AENA. Y más tarde esa deuda quedó disminuida como consecuencia de la imputación a ella del aval prestado por SAS AB por importe de 12 millones de euros.

d) Discrepa de que pueda fijarse en 30 de junio de 2011 el momento de la insolvencia porque la AC no ha tomado en cuenta la capacidad de pago que tenía la concursada y se limitó a tomar en cuenta las ratios de solvencia. La concursada tuvo financiación durante ese periodo, procedente, de forma mayoritaria, de préstamos participativos de los propios socios. También discrepa de que pueda sostenerse la conclusión de que existía insolvencia a partir de las ratios que ha tomado en cuenta la resolución recurrida y afirma que los créditos supuestamente vencidos a 30 de junio de 2011, sin tomar en consideración el crédito de AENA, suponen únicamente un 10 % de la deuda vencida a 30 de junio de 2011.

e) Ausencia de culpa grave o dolo en la agravación de la insolvencia. La resolución recurrida no ha justificado que concurra este requisito a pesar de que ha sido el que de forma esencial ha merecido la atención de todas las oposiciones. No ha existido agravación de la insolvencia.

f) De forma subsidiara alega que el importe de la condena dineraria debería reducirse por cuanto se deben excluir de la misma determinados grupos de acreedores.

5. El recurso del Sr. Z. también niega que la concursada se encontrara en insolvencia el 30 de junio de 2011 y a ello añade que, aunque se encontrara en situación de insolvencia, la decisión de los administradores de no solicitar el concurso había sido diligente y no había agravado la insolvencia. Sostiene esas afirmaciones alegando que la sociedad contaba entonces con el apoyo financiero de la Generalitat de Catalunya y existía la posibilidad de llegar a un acuerdo con potenciales inversores, lo que habría permitido dar viabilidad a la compañía.

También afirma el recurso que la resolución recurrida ha incurrido en multitud de errores, entre ellos partir de un concepto de insolvencia equivocado, y ha valorado de forma incorrecta la prueba practicada, particularmente al analizar el agravamiento de la insolvencia, y hace un examen de la controversia sesgado. También imputa a la resolución recurrida no haber examinado de forma particularizada la imputación a cada uno de los afectados en relación con los concretos hechos que fundan la calificación culpable.

Los concretos motivos que articulan este recurso son los siguientes:

a) Spanair no estaba en insolvencia en 30 de junio de 2011 porque fue atendiendo sus obligaciones exigibles durante todo el segundo semestre de 2011.

a) Inexistencia de dolo o culpa grave en la actuación de los administradores.

b) Inexistencia de dolo o culpa grave en la actuación personal del recurrente.
c) Inexistencia de agravación de la insolvencia e incongruencia al apreciar la concurrencia de este requisito.
d) Incorrecta cuantificación del déficit.

6. El recurso del Sr. L. también cuestiona que la concursada hubiera incumplido el deber de solicitar el concurso en el plazo legalmente establecido negando que Spanair se encontrara en insolvencia en fecha 30 de junio de 2011. Asimismo niega que haya existido dolo o culpa grave en la actuación de los consejeros y particularmente del Sr. L..

7. El recurso de Inversions Turistiques i Comercials 2009, S.A. (ITICSA), M. M. E., J. R. B. M. y J. M. B. F. niega que Spanair estuviera en insolvencia el 30 de junio de 2011 y también niega que concurra el requisito de dolo o culpa grave en el retraso para solicitar el concurso y que haya existido agravación de la insolvencia. También niega que existan motivos para imputar personalmente a los recurrentes por su conducta como miembros del consejo de administración.

8. El recurso de Catalana d'Iniciatives, S.A., en liquidación, niega que fuera exigible el crédito de AENA a 30 de junio de 2011 y alega que se ha producido un error en la valoración de la prueba al fijar en ese momento la fecha de la insolvencia. También alega que no existe dolo o culpa grave que le pueda ser imputada a los integrantes del consejo de administración ya que la compañía se mantuvo financiada durante todo el segundo semestre de 2011 y estuvo negociando en todo momento la entrada de un socio industrial que le diera viabilidad.

9. El recurso de Fira Internacional de Barcelona (Fira), además de adherirse a los concretos motivos expuestos en el recurso de los Sres. M., B. y B., cuestiona de forma particular los efectos de la inhabilitación en relación con la recurrente y estima que no es aplicable esa sanción a las personas jurídicas.

10. El recurso de los Sres. S. y B. reprocha a la resolución recurrida que es incorrecta la fecha de la insolvencia, que no realiza un análisis detallado de la existencia/inexistencia de dolo o culpa grave ni se detiene a examinar si existen elementos para destruir la presunción de culpabilidad que contiene el art. 165.1.º LC y que yerra en el análisis del déficit imputable a los consejeros.

11. El recurso de Empresa de Promoció i Localització Industrial de Catalunya, S.A. (AVANÇSA) también cuestiona que Spanair estuviera en insolvencia en 30 de junio de 2011 y que existan motivos para apreciar que la insolvencia hubiera resultado agravada como consecuencia de la demora en la solicitud del concurso y que el

incumplimiento del deber legal de instar el concurso fuera doloso o constitutivo de culpa grave.

12. El recurso del Sr. J. M. N. también cuestiona que existiera retraso en la solicitud y, caso de existir, que el mismo fuera doloso o imputable a culpa grave, cuestionando asimismo que se hubiera agravado la insolvencia y que, caso de existir, el mismo sea imputable al consejo de administración.

13. El Ministerio Fiscal y la AC no se limitaron a contestar a los recursos pidiendo su desestimación íntegra sino que a su vez impugnaron la sentencia, esto es, presentaron sendos recursos de apelación por el cauce de la adhesión que establece el art. 461 LEC. En ambos casos el recurso se limita a interesar la ampliación de la condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal.

El Ministerio Fiscal interesa que la condena se extienda a la cantidad de 47.184.107,63 euros, importe de las pérdidas de explotación entre 1 de septiembre de 2011 y 30 de enero de 2012, menos el importe de los préstamos concedidos en dicho periodo por los consejeros AVANÇSA y Fira. Y subsidiariamente, caso de que la Sala considerase justificada la limitación del alcance de la condena por las negociaciones entabladas, interesa que se fije el importe de la condena teniendo en cuenta las pérdidas de la explotación entre el periodo que va desde el 31 de diciembre de 2011 y el 30 de enero de 2012.

La AC se limitó a interesar que la condena se fijara en la cantidad de 10.949.921,48 euros.

TERCERO. Sobre la causa de culpabilidad de demora en la solicitud del concurso

14. El art. 164.1 LC dispone que el concurso se califique culpable cuando en la generación o agravamiento del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales. Por consiguiente, los requisitos que se derivan de ese precepto son los siguientes:

a) Una situación o estado de insolvencia en el que se encuentra el deudor y que ha determinado la declaración del concurso.

b) Que el mismo, o su agravamiento, obedezcan a dolo o culpa grave del propio deudor o de sus representantes legales.

15. El propio legislador determina en qué casos debe entenderse que concurren ese dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento de la insolvencia y lo hace a través de un sistema de presunciones. De una parte, en el art. 164.2 LC, por medio de presunciones *iuris et de iure* de dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento

de insolvencia, esto es, a través de un sistema de infracciones que en el caso de que se constate que se han producido llevarán consigo, en todo caso, que se declare el concurso culpable, dando por supuesto que concurre el presupuesto de dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento de la insolvencia. De otra, en el art. 165 LC, por medio de un sistema de presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento de la insolvencia; por tanto, presunciones que admiten la prueba en contrario.

16. El artículo 165.1.1.º de la Ley Concursal 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, "hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso".

La norma remite al artículo 5 LC, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

17. De acuerdo con lo que resulta de ese precepto, el concurso se debe declarar culpable siempre que el deudor no haya instado el concurso dentro del plazo de los dos meses siguientes a que conoció o debió haber conocido la situación de insolvencia en la que se encontraba, salvo que se acredite que esa demora no obedece a dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales o que no concurre dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento de la insolvencia que se hubiera producido como consecuencia de esa demora.

Expresado en otros términos, acreditada la demora en la solicitud el concurso se debe declarar culpable salvo que se acredite que la demora no es reprochable al deudor o a su órgano de administración a título de dolo o culpa o bien que como consecuencia de ella no se agravó la insolvencia. Por tanto, el precepto contiene una doble presunción: a) de una parte, una presunción de culpabilidad (dolo o culpa grave); y b) de otra, una presunción de nexo causal, relativa al agravamiento de la insolvencia como consecuencia de la demora.

18. La STS de 1 de abril de 2014 (ROJ: STS 1368/2014) se refiere a esa norma (el art. 165.1.1.º LC) con los siguientes términos: «*... esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre , 994/2011, de 16 de enero de 2012 , y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o*

culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala núm. 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril , 298/2012, de 21 de mayo, 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio)».

19. Por tanto, si la presunción tiene un doble contenido (el dolo o culpa grave, por un lado, y su incidencia causal, por otro), también es posible enervarla en ese doble sentido, esto es, probando la concurrencia de hechos que permitan excluir la existencia de dolo o culpa grave o bien probando hechos que permitan excluir la existencia de nexo causal. Y tanto en uno como en el otro sentido no podemos ignorar que una presunción *iuris tantum* constituye un simple expediente procesal que permite o facilita la prueba de hechos que determinan la concurrencia de un presupuesto legal, en nuestro caso la culpabilidad del concurso. Lo presumido no son hechos sino juicios de inferencia: (i) que concurre dolo o culpa grave y (ii) que existe nexo causal en la generación o el agravamiento de la insolvencia. Por tanto, a partir de los hechos acreditados en el proceso de oposición a la calificación culpable es necesario rehacer el juicio de inferencia y determinar si puede mantenerse o no el presumido. Para ello será preciso que los hechos permitan hacer juicios de inferencia alternativos que tengan virtualidad suficiente para enervar el previamente presumido.

20. Los diversos recursos que se han planteado frente a la resolución recurrida por parte de la concursada y de los integrantes del órgano de administración niegan que existiera una situación de insolvencia con una antelación mayor a los dos meses previos al momento de la solicitud y, para el caso de que pudiera entenderse que existiera insolvencia con anterioridad a ese periodo, afirman que no existía dolo o culpa grave por la demora, atendido que consideran que la demora estaba justificada por la voluntad de dar una salida viable a la sociedad, y también niegan que de la eventual demora se haya derivado un agravamiento de la insolvencia.

Por tanto, debemos analizar de forma separada cada una de esas tres cuestiones.

CUARTO. Sobre el momento en el que la concursada entró en situación de insolvencia

21. La norma del art. 5 LC, que establece la obligación legal de instar el concurso, toma como punto de partida el concepto de insolvencia que establece el art. 2.2 LC, de acuerdo con el cual se encuentra en situación de insolvencia el deudor que «*no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*». Y se concreta con las presunciones (*iuris tantum)* de insolvencia que establece el art. 2.4 LC. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los

hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2.

22. En nuestra Sentencia de 21 de mayo de 2013 (ROJ: SAP B 9349/2013), y con referencia a lo que antes habíamos dicho en la sentencia de 11 de marzo de 2009, decíamos que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", entendiéndose por tanto la expresión "estado de insolvencia" en un sentido flexible y no absoluto, no identificado necesariamente con la definitiva e irreversible impotencia patrimonial, sino con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible (que se refleja contablemente por unos fondos propios expresados con signo positivo)".

23. El concepto de insolvencia, que constituye el presupuesto objetivo del concurso, es un concepto jurídico aunque con una importante base económica. En sentido negativo podemos decir que es un concepto que no se identifica con el desbalance ni tampoco con una iliquidez transitoria sino que equivale a una verdadera incapacidad para cumplir de forma regular con las obligaciones exigibles. Los concretos requisitos en los que se puede descomponer ese concepto son los siguientes:

a) Imposibilidad o incapacidad para cumplir con las obligaciones, aun cuando la voluntad no sea contraria al cumplimiento, como consecuencia de la carencia de recursos económicos con los que hacer frente a las mismas.

b) Exigibilidad de las obligaciones incumplidas.

c) Que esa imposibilidad o incapacidad de cumplimiento esté referida a los medios regulares de pago, esto es, a medios usuales en el mercado.

24. La determinación de cuándo concurre la insolvencia que pone en marcha la obligación legal de instar el concurso puede hacerse de diversas maneras:

a) A través de la constatación de que concurre alguna de las causas que determinan la presunción de insolvencia del art. 2.4 LC. La constatación de que el deudor está incurso en una de ellas determina que deba ser el deudor quien acredite lo contrario, esto es, que a pesar de ello podía cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

b) A través de otros parámetros indicativos de la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles, parámetros que si bien no constituyen una prueba directa de la insolvencia y tampoco un indicio legal de la misma, cumplen una función accesoria pero de gran utilidad.

c) El examen de la propia lista de acreedores confeccionada por los órganos del concurso para constatar, a partir de la misma, cuándo se ha producido la imposibilidad continuada de pago.

25. En el supuesto que enjuiciamos, la AC consideró que la concursada se encontraba incursa en situación de insolvencia en fecha 30 de junio de 2011, aproximadamente siete meses antes de instar la declaración del concurso, por las siguientes razones:

a) El impago de las liquidaciones correspondientes a tasas aeroportuarias, que tienen el carácter de crédito público y que integran el indicio de insolvencia previsto en el art. 2.4.4.º LC. Concretamente, la AC afirmaba en su informe que desde mediados de 2010 la concursada no había cumplido regularmente con sus obligaciones tributarias correspondientes al pago de las referidas tasas y expresa que las liquidaciones de julio y agosto de 2010 no fueron pagadas a sus vencimientos y que había solicitado aplazamiento que fue concedido el 23 de noviembre de 2011 si bien condicionado a la constitución de una hipoteca sobre la marca que no se llegó a constituir. Y del resto de liquidaciones afirma que, si bien solicitó aplazamiento, el mismo fue desestimado.

b) El uso de determinadas ratios, tales como:

i) la relación que se produce entre la deuda concursal y el pasivo concursal total, de acuerdo con la cual un 10 % de la total deuda concursal ya era exigible el 30 de junio de 2011.

ii) La relación existente entre la deuda concursal y el pasivo concursal no subordinado (un 11 % en octubre de 2010 y un 22 % en junio de 2011).

iii) Relación entre la deuda concursal y el pasivo exigible, no necesariamente vencido (9 % en junio y 10 % en julio).

iv) Relación entre la deuda concursal y el pasivo exigible y vencido (en junio de 2011 Spanair solo era capaz de pagar el 24 % de sus obligaciones de pago para ese mes).

v) Relación entre el pasivo exigible más las pérdidas y pasivo concursal (97% en enero de 2011 y aumentó en los meses siguientes).

c) La cuenta de resultados, que evidenciaba unas elevadísimas pérdidas durante los ejercicios 2009 (185,4 millones €), 2010 (136,9 mill.) y 2011 (136,3 mill.).

d) Activo circulante y fondo de maniobra. El fondo de maniobra (activo circulante menos pasivo circulante o exigible a corto plazo) era de -400,7 mill. € en 2008, 11,7 mill. € en 2009, -9,3 mill. € en 2010 y -163,2 mill. € en 2011.

e) Fondos propios y patrimonio neto. La deuda vencida y exigible y que terminó por convertirse en pasivo concursal en enero de 2011 representaba el 49 % del gasto mensual y fue creciendo hasta representar el 76 % en junio de 2011, lo que era grave en un contexto de fuertes pérdidas cada ejercicio, de disminución del activo circulante ejercicio a ejercicio y con un fondo de maniobra negativo.

26. La resolución recurrida considera que concurre este indicio de insolvencia al apreciar que se había acumulado una importante deuda pública impagada correspondiente a las tasas aeroportuarias (AENA/AEAT), que cifra en 59.593.303,20 euros, deuda que considera vencida y exigible, dando respuesta a las diversas oposiciones que no consideraron exigible esa deuda.

27. Los recursos cuestionan que el importe de la deuda con AENA/AEAT fuera tan elevado, si bien admiten que ascendía a 50.163.188,79 euros y que parte de ella corresponde a las liquidaciones de los meses de julio a noviembre de 2010 y otra parte a varias mensualidades de 2011. Y para el periodo de julio de 2010 a mayo de 2011 la concursada admite una deuda de 41.756.283,04 euros. Pero los recursos discuten que esa deuda fuera exigible, atendido que se había solicitado el aplazamiento y el fraccionamiento del pago y argumentan que la mera solicitud del aplazamiento determina que la deuda no sea inmediatamente exigible sino que prolonga el periodo voluntario de pago.

28. No ha sido controvertido que la deuda que Spanair tenía con AENA, que suponía un 90 % de la total deuda vencida a 30 de junio de 2011, se puede estructurar en cuatro apartados distintos, cuyas circunstancias difieren entre sí:

a) El "primer paquete" corresponde a las liquidaciones de julio y agosto de 2010, que la concursada no satisfizo ni tampoco solicitó su aplazamiento dentro del periodo voluntario de cumplimiento sino una vez iniciada la vía ejecutiva. En este caso, si bien finalmente se concedió el aplazamiento (en 23 de noviembre de 2011), no se llegaron a cumplir las condiciones, al no prestarse las garantías.

b) El "segundo paquete" está referido a las liquidaciones de 10 de septiembre de 2010 y 11 de octubre de 2010, respecto de las cuales la concursada solicitó el aplazamiento en período voluntario y le fue denegado, si bien Spanair recurrió frente a tal acto administrativo.

c) El "tercer paquete" está integrado por las liquidaciones de 10 de diciembre de 2010 y de 11 de enero de 2011. También en este caso se solicitó el aplazamiento en periodo voluntario y fue denegado por resolución de 11 de marzo de 2011, luego recurrida.

d) El "cuarto paquete" está referido a las liquidaciones de 11 de mayo de 2011 y 13 de junio de 2011 cuyo aplazamiento solicitó la concursada en periodo voluntario de cumplimiento.

29. Lo que afirman los recurrentes es que esas liquidaciones impagadas no eran exigibles en 30 de junio de 2011 porque no se había iniciado respecto de ellas la vía ejecutiva y que las solicitudes de aplazamiento postergan la exigibilidad hasta que no

hubiera alcanzado firmeza la resolución denegatoria del aplazamiento, lo que sitúa la exigibilidad en un momento posterior a 30 de enero de 2012.

30. El Ministerio Fiscal y la AC consideran, en cambio, como la resolución recurrida, que no cabe confundir exigibilidad con ejecutividad y que la exigibilidad hace referencia al momento en el que se ha liquidado (o debe autoliquidarse) la obligación tributaria y debe realizarse el pago de la deuda (art. 62.2 Ley General Tributaria). De manera que la solicitud de aplazamiento del pago, si bien condiciona la ejecutividad de la deuda, no afecta a la exigibilidad.

31. Compartimos en este punto el parecer de la resolución recurrida, de la AC y del Ministerio Fiscal. La exigibilidad es un presupuesto de la ejecución pero no cabe confundirlo con la ejecutividad. En el ámbito de las obligaciones civiles la exigibilidad constituye un presupuesto de la mora y se produce una vez llegado el vencimiento, si se trata de una obligación a término, o bien cumplida la condición, en el caso de una obligación condicional. Por tanto, que una obligación sea ejecutiva presupone que sea exigible y que no se haya cumplido voluntariamente por el deudor. Ahora bien, no toda obligación exigible ha de tener fuerza ejecutiva. Por tanto, la exigibilidad no se identifica con la fuerza ejecutiva y es previa a la misma, al menos conceptualmente. El deudor está obligado al pago porque la obligación es exigible; y el acreedor puede acudir a la vía ejecutiva no solo porque la obligación sea exigible sino porque el deudor no ha cumplido voluntariamente y se ha constituido en mora y le ha forzado a exigir el cumplimiento forzoso.

32. Y, ni siquiera respecto de las obligaciones que surgen en el ámbito del derecho público es posible hacer esa identificación entre exigibilidad y ejecutividad, por más que la Administración disponga del privilegio de la autotutela. La *vis compulsiva,* la autotutela, comienza a partir del momento en el que el administrado cae en mora; pero la exigibilidad se encuentra un paso antes, ya que es un presupuesto de la mora. Por consiguiente, debemos compartir con la resolución recurrida que ya en 30 de junio de 2011 eran exigibles los cuatro paquetes de créditos de AENA a los que antes hemos hecho referencia.

33. Así creemos que resulta también de lo previsto en los arts. 62 y 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). El art. 62. 2. dispone que «(e)*n el caso de deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración, el pago en período voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos:*

a) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

b) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente».

Y a ello debe añadirse que el art. 65. 5 LGT dispone que *la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora*. Por consiguiente, lo único afectado en el caso de las deudas de Spanair con AENA era la ejecutividad, no así la exigibilidad. Creemos que la claridad de esos preceptos no deja lugar para interpretaciones.

34. A ello debemos añadir que no se cuestiona que Spanair no tenía capacidad para pagar de forma regular (lo que incluye tanto el elemento temporal como la forma de hacerlo, esto es, con fondos propios) las diversas liquidaciones que se le iban practicando por AENA en concepto de tasas aeroportuarias. Aunque hubiera solicitado el aplazamiento del pago, en algunos casos dentro del periodo voluntario de cumplimiento y en otros fuera del mismo, creemos que lo relevante, desde la perspectiva del concepto de insolvencia del art. 2.2 LC, es el propio hecho de que la concursada carecía de recursos propios para atender el pago en el momento oportuno, esto es, dentro del periodo voluntario de cumplimiento. Y también creemos que es un dato muy relevante para juzgar que la concursada se encontraba en una situación de insolvencia como consecuencia de la falta de pago de esos créditos, su propia importancia intrínseca, en la medida en que se trata de gastos ordinarios de explotación y que la falta de pago de los mismos podía comprometer la propia viabilidad de la compañía. Por consiguiente, la falta de pago de esos créditos creemos que es reveladora de una verdadera incapacidad en la que la concursada se encontraba, al menos ya en 30 de junio de 2011, para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

Las demás ratios no hacen más que justificar de forma adicional esa idea. Creemos que ni siquiera es preciso entrar en ellos para concluir que en nuestro caso existía insolvencia en la fecha indicada, aunque debemos decir que creemos que realmente confirman esa idea.

35. No creemos que tenga relevancia a estos efectos la circunstancia que al menos una parte de ese crédito con AENA estuviera avalado por medio de una fianza prestada por uno de los socios de Spanair, la compañía SAS. Lo relevante es la propia existencia de la deuda y su importancia, tanto cuantitativa como cualitativa, así como la imposibilidad en la que se encontraba la concursada para hacerle frente en esa fecha de forma regular, esto es, con sus propios recursos (lo que no creemos que incluya la ejecución de la fianza).

36. Por otra parte, no queremos extendernos en exceso en esta cuestión porque, como veremos en los fundamentos siguientes, la misma no tiene la relevancia que se le atribuye, ya que existen otras circunstancias que impiden que se pueda apreciar que concurre la causa de culpabilidad en examen. Por tanto, una extensión desmesurada en este punto, para dar respuesta a la multitud de cuestiones concretas que plantean los diferentes recursos, no creemos que tenga un verdadero interés práctico.

QUINTO. Sobre la existencia de dolo o culpa grave en la generación o el agravamiento de la insolvencia

37. Ya hemos anticipado que el incumplimiento del plazo legal para instar el concurso permite presumir el dolo o culpa grave, pero que esa presunción admite prueba en contrario. Los recursos insisten en que en el caso enjuiciado el retraso en la solicitud, caso de existir, no puede ser reprochado a los integrantes del órgano de administración a título de dolo o culpa grave porque durante ese lapso temporal durante el que se prolongó la demora no se mantuvieron inactivos sino que en todo momento estuvieron buscando encontrar una alianza con un socio industrial que diera viabilidad a la compañía y que le permitiera superar la situación en la que se encontraba.

38. La resolución recurrida ha aceptado en parte el argumento pues aprecia justificada la demora respecto al periodo anterior a 31 de diciembre de 2011, momento en el que vencía el acuerdo de confidencialidad y exclusividad que la concursada había suscrito con Qatar Airways y cuando se evidencian las dudas e incertidumbres que frustraron la negociación con ese socio, con la entrada en escena de la línea aérea china HNA.

No obstante lo cual, el juzgado mercantil estima que concurre dolo o culpa grave en la actuación de los administradores de la concursada, si bien que limitada a lo que denomina una "huida hacia adelante". El reproche que hace la resolución recurrida a los integrantes del consejo de administración es no haber instado inmediatamente el concurso a principios de enero de 2012 y, más concretamente, haber continuado "*vendiendo billetes a los usuarios, aun a sabiendas de (...) la posibilidad de solicitar el concurso*".

39. Los recursos reprochan a la resolución recurrida que el argumento que utiliza para justificar la existencia de dolo o culpa grave en la conducta de los integrantes del Consejo de Administración carece de solidez, particularmente si se considera que la negociación con Qatar Airways no se cerró durante el mes de enero sino que aún se produjeron varios reuniones hasta el 26 de enero y no fue hasta el 27

de enero cuando la Generalitat comunicó a los directivos de la compañía que ya no continuaría financiando.

Valoración del tribunal

40. Creemos que en este punto tienen razón los recurrentes. La propia resolución recurrida se hace eco de las diversas negociaciones que aún se encontraban abiertas durante enero de 2012 (con HNA y con la Comisión Europea) y de que no es hasta 27 de enero de 2012 hasta cuando la Generalitat no oficializa su decisión de no invertir más fondos públicos en la sociedad. Y también se hace eco de que la negociación no estaba del todo cerrada con Qatar Airways, al menos hasta el 25 de enero de 2012. Por consiguiente, con esos datos, que la resolución recurrida considera probados y que los recursos no cuestionan, creemos que basta para excluir que se pueda imputar a los integrantes del Consejo de Administración haber actuado con dolo o culpa grave. Más bien nos parece todo lo contrario, que su actuación estuvo orientada en todo momento a encontrar una solución que ofreciera viabilidad a la compañía y que solo cuando parecía razonable que esa posibilidad no existía, hacia finales de enero de 2012, se presentó el concurso.

41. No nos parece razonable que se pueda imputar a los administradores dolo o culpa grave por haber seguido operando en el mercado (vendiendo billetes a los usuarios de la línea aérea). Esa conducta puede ser reprochable desde la perspectiva de la protección de los consumidores pero no así desde la perspectiva que aquí contemplamos ahora, esto es, desde la de la tutela de los derechos de la masa. Entendemos que la mejor protección de los derechos de la masa, contemplada desde la perspectiva de aquel momento, era intentar dar continuidad a la compañía mientras la viabilidad pudiera representarse como posible. Y desde esa perspectiva creemos que no resultaba razonable dejar de operar, esto es, dejar de vender billetes, porque esa actuación sin duda hubiera disipado o disminuido sensiblemente las posibilidades de llegar a cualquier acuerdo con un socio industrial, que era la opción que el órgano de administración estaba intentando sacar adelante.

42. Compartimos con la resolución recurrida que la actuación de los administradores fue diligente durante los meses que van de septiembre a diciembre de 2011 por haber esperado a solicitar el concurso (a pesar de estar ya incursa en situación de insolvencia y cumplido el plazo de 2 meses que señala el art. 5 LC) porque la sociedad tenía ante sí una opción mejor, encontrar un socio industrial que le diera viabilidad. Esa solución, que era la deseada, no solo era la que se representaba como más favorable en ese momento para la propia sociedad sino que también lo era para sus acreedores, porque hubieran podido percibir completamente sus créditos. Y es cierto que en el mes de enero de 2012 se abrieron dudas que permitían cuestionar la

viabilidad de esa solución. No obstante, no creemos que esas dudas equivalgan a negar toda posibilidad de que esa solución se pudiera finalmente encontrar. Los hechos que se consideran probados solo nos permiten pensar que en ese periodo (por otra parte corto, de menos de un mes) se acentuaron la incertezas que permitieran encontrar una solución que diera viabilidad a la sociedad, si bien creemos que aún no se habían perdido todas las esperanzas.

Por tanto, no creemos que merezca reproche alguno la decisión del Consejo de Administración de esperar un poco más y apurar todas las opciones posibles, tanto con Qatar Airways como la de última hora con HNA. Más bien creemos que lo negligente en ese contexto hubiera sido lo contrario, esto es, pecar por precipitación, dado que la sociedad (y por ello sus acreedores) tenía mucho que ganar si se conseguía un acuerdo que diera viabilidad y no demasiado que perder.

43. Por consiguiente, enervada la presunción de dolo o culpa grave, como creemos que debe concluirse que ocurre a partir de los propios hechos que la resolución recurrida ha considerado acreditados, se está en la necesidad de declarar el concurso fortuito, atendido que sin ese requisito no puede prosperar la calificación culpable al amparo de la causa de culpabilidad del art. 165. 1.1.º LC.

SEXTO. Sobre el agravamiento de la insolvencia

44. Lo que acabamos de decir en el fundamento anterior es suficiente para justificar la suerte de todos los recursos. No obstante, para mayor abundamiento, aún entraremos en una cuestión adicional que creemos que conduce en la misma dirección que la que acabamos de analizar; nos referimos a la cuestión relativa al agravamiento de la insolvencia.

45. Ya hemos anticipado que del art. 165.1.1.º LC resulta una simple presunción que no solo afecta al dolo o culpa grave sino también a la relación causal, esto es, al agravamiento de la insolvencia. Por tanto, de la norma, integrada con el art. 164.1 LC, se deriva que el agravamiento de la insolvencia constituye también un presupuesto para que concurran todos los elementos del tipo en examen.

46. Los integrantes del Consejo de Administración cuestionaron que concurriera este requisito alegando que durante el periodo en el que se le imputaba a la sociedad estar en insolvencia se habían realizado diversas aportaciones por parte de los integrantes del Consejo de Administración (AVANÇSA y La Fira) dirigidas a continuar financiando a la sociedad. Y concretamente, dentro del periodo que la resolución recurrida considera reprochable (enero de 2012) se produjo un préstamo participativo por 10 millones de euros (el 4 de enero de 2012), cantidad un poco

inferior a los 10.801.716,85 euros que la resolución recurrida estima que debe imputarse a los administradores como agravamiento de la insolvencia. Y explícitamente aprecia la resolución recurrida que esos 10 millones del préstamo participativo no pueden deducirse de esos 10.801.716,85 euros por cuanto esa cantidad "solamente sirvió para el pago de las nóminas y de las cuotas de *leasing* y del combustible de los aviones, no atendiendo todo el resto de pagos".

47. No podemos compartir ese argumento de la resolución recurrida. Lo trascendente a estos efectos no es el destino que el órgano de administración diera a la cantidad ingresada en las arcas sociales, ni tampoco su carácter de préstamo, sino que lo importante es que el ingreso de esa cantidad se produjo de forma efectiva y que la misma vino a mitigar de forma sustancial todo el posible agravamiento de la insolvencia que se imputa a los administradores por la demora en la solicitud. Sea cual sea el destino dado a esas cantidades lo único relevante es que mitigaron la insolvencia o déficit concursal.

48. Y tampoco puede desconocerse, como de hecho no desconoce la resolución recurrida, que ese hecho se inserta dentro del total de una aportación de 91 millones de euros que hicieron AVANÇSA y La Fira dentro del período que va desde 1 de julio de 2011 a 2012. Esa cantidad, sea en concepto de crédito participativo o como un simple crédito con derecho al reembolso (pero que no se llegó a producir), debe tomarse en consideración a los efectos de juzgar si hubo o no agravamiento de la insolvencia como consecuencia del retraso en la solicitud, particularmente cuando, el no participativo, se trata de un préstamo hecho por persona vinculada en las puertas del concurso, de forma que su recuperación se podía antojar como poco probable o imposible en un escenario concursal, como consecuencia de su subordinación.

49. Por tanto, tampoco podemos considerar acreditado que la demora en la solicitud fuera acompañada de un efectivo agravamiento de la insolvencia, lo que por sí mismo también impide que el concurso se pueda declarar culpable por la causa en examen.

SÉPTIMO. Costas

50. Aun estimadas las oposiciones a la propuesta de calificación culpable formulada por la AC y el Ministerio Fiscal, estimamos que no procede hacer imposición de las costas de la primera instancia, atendidas las dudas de hecho y derecho que el caso plantea y que han quedado sustancialmente expuestas en el texto de la presente resolución.

51. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas a los apelantes cuyos recursos se han estimado. Y, por la misma razón que hemos visto respecto de las costas de la primera instancia (dudas de hecho y de derecho), no procede hacer imposición tampoco de las costas de los recursos que resultan desestimados.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la Administración concursal y por el Ministerio Fiscal.

Estimamos los recursos de Spanair, S.A., F. S. C., M. B. S., K. M. E. L., Fira Internacional de Barcelona, M. M. E., J. R. B. M., J. M. B. F., Inversions Turistiques i Comercials 2009, S.A., J. M. N., Catalana D'iniciatives, S.A. en liquidacion, B. Z. y Empresa de Promoció i Localització Industrial de Catalunya (AVANÇSA) contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 16 de septiembre de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que dejamos sin efecto.

En su lugar, calificamos el concurso de Spanair, S.A. como fortuito, con todas las consecuencias legales inherentes.

No se hace imposición de las costas de ninguna de las instancias y se ordena la devolución de los depósitos constituidos por los recurrentes cuyos recursos resultan estimados y la pérdida de los constituidos por los demás.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.