

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357137
Fax.: 942357143
Modelo: TX118

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **000258/2016**
NIG: 3907547120110000371

Pieza: Pz Incidente concursal oposición calificación
(Art 171) - 00

Concurso ordinario 0000279/2011 - 28
JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	CORELIA	JESÚS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Demandante	WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING B.V.	MARÍA DOLORES CICERO BRA
Demandante	REAL RACING CLUB DE SANTANDER,S.A.D.	CRISTINA DAPENA FERNANDEZ
Demandado	JOSE FRANCISCO PERNIA CALVO	MARÍA DEL CARMEN DONIS GARCÍA
Apelado	REAL RACING CLUB DE SANTANDER SAD	CRISTINA DAPENA FERNANDEZ
Apelado	JOSE FRANCISCO PERNIA CALVO	MARÍA DEL CARMEN DONIS GARCÍA

DON/DOÑA Maria Cristina Ruigomez Gomez, Letrado/a de la
Administración de Justicia de la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION 4 de Santander

DOY FE: Que el procedimiento de referencia seguido en este
Órgano, se ha dictado por el Tribunal la (Sentencia) del tenor literal
siguiente:

SENTENCIA nº 000407/2016

Presidente

D./D^a. Maria Jose Arroyo Garcia

Magistrados

D./D^a. Marcial Helguera Martínez

D./D^a. Maria del Mar Hernandez Rodriguez (Ponente)

En Santander, a 14 de octubre del 2016.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Concurso ordinario, Rollo
de Sala nº 0000258/2016, procedentes del JUZGADO MERCANTIL Nº 1
de Santander,

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, EL MINISTERIO
FISCAL y parte apelada REAL RACING CLUB DE SANTANDER SAD y
JOSE FRANCISCO PERNIA CALVO, representados por los Procuradores
Sr/a. CRISTINA DAPENA FERNANDEZ y MARÍA DEL CARMEN DONIS
GARCÍA, respectivamente y asistido el Sr. Pernia Calvo del Letrado Sr/a.
RODOLFO VICENTE ROMERO RUIZ.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D/Dña. Maria del Mar Hernandez Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 26 de febrero del 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: DECLARO el concurso de REAL RACING CLUB DE SANTANDER S.A.D. como FORTUITO, sin imposición de costas procesales.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia que calificó el concurso de la sociedad REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D. como fortuito, al entender que el mismo debe ser calificado como culpable por concurrir tres causas para ello.

Como antecedente para la resolución del recurso han de recordarse las alegaciones de los legitimados para sostener la calificación culpable. En el informe de la administración concursal se identificaron cuatro causas de la situación de insolvencia de la concursada: presupuestos de explotación deficitarios, carencia de accionistas de referencia para soportar las pérdidas, reducción de ingresos por ventas de jugadores y estructura de la deuda a corto plazo con paralela dificultad de acceder a la financiación bancaria. A continuación se aludía al retraso en la solicitud de concurso, realización de actos perjudiciales e incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal. Como causas de la calificación culpable se concretaban la realización de actuaciones claramente perjudiciales que agravaron la situación de insolvencia y supusieron la salida injustificada de casi 5.000.000 euros incluyéndolo dentro de la cláusula general del art. 164.1 y en el art. 164.2.4º LC; el retraso en la solicitud de concurso; y el incumplimiento de deber de

colaboración con la administración concursal. En el acto de la vista la administración concursal aclaró que las dos últimas conductas se imputaban a WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV (en adelante WGA) y a D. AHSAN ALI SYED, mientras que la primera se atribuía a D. JOSE FRANCISCO PERNIA CALVO.

El Ministerio Fiscal en su dictamen asumía el contenido del informe de la administración concursal. Sin embargo, en su recurso de apelación, aunque en principio se insistía en la calificación culpable del concurso por esas tres causas, se ampliaban los motivos para ello en relación a los hechos que encuadraba dentro de la cláusula general. En primer lugar se refería a lo que se denominaba “existencia de insolvencia concursal culpable”, en segundo término a la “demora en la solicitud de concurso” y en tercer lugar al “incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal” por parte de WGA y del Sr. ALI.

A su vez, con carácter previo a resolver el recurso debemos realizar unas precisiones preliminares que permitirán otorgar una rápida respuesta a la calificación del concurso por la demora en la solicitud y el incumplimiento del deber de colaboración. En primer lugar, un bloque de consideraciones vinculadas con el iter procesal seguido en la sección sexta y con la posición de las partes. En segundo término, otras relativas a las consecuencias jurídicas de estas actuaciones procesales. Las terceras, vinculadas con la legitimación para formular oposición a la calificación.

SEGUNDO.- ITER PROCESAL SEGUIDO

En relación al iter procesal seguido en la sección de calificación y en este incidente, la administración concursal presentó un escrito de calificación en el que, como precisó en la vista, identificaba tres causas de calificación del concurso como culpable, dos de las cuales (retraso en la solicitud de concurso e incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal) imputaba a la sociedad WGA, como administrador de derecho, y al Sr. ALI, como administrador de hecho. La tercera, consistente en unos actos que calificaba bien dentro de la causa general bien como salida fraudulenta de bienes de la concursada, se imputaba al Sr. PERNIA.

El Ministerio Fiscal aceptó esta calificación interesada e hizo propios los argumentos de la administración concursal.

La sociedad WGA y el Sr. ALI no se personaron en las actuaciones oponiéndose a la calificación interesada, su consideración como personas afectadas y las consecuencias jurídicas de ello. A su vez, no han comparecido a lo largo de la sección sexta ni en el incidente concursal en el que se sustancia la oposición a la calificación, incluyendo el trámite de segunda instancia.

La concursada, REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D., inicialmente presentó escrito oponiéndose a la calificación culpable. Ulteriormente, en el acto de la vista, desistió de la oposición, interesando que se la tuviera por allanada. Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia que declaró el concurso como fortuito, la concursada no se ha opuesto al recurso.

El Sr. PERNIA, se opuso a la calificación. A su vez, en esta segunda instancia, se ha opuesto al recurso de apelación.

TERCERO.- CONSIDERACIONES JURIDICO-PROCESALES

Respecto a las consideraciones jurídico-procesales, los arts. 170 y 171 LC se ocupan de las reglas procesales sobre la tramitación de la sección 6ª y, en concreto, el segundo de ellos, de la oposición a la calificación, estableciendo “1. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.

2. Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días”.

Las personas que pueden comparecer son, según se extrae del art. 170 LC, las que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices. En consecuencia, dos son las posibles posturas que pueden adoptar el concursado y las personas que pudieran ser afectadas por la calificación o declaradas cómplices. Formular oposición o no formularla. El primero de los casos es claro: oposición a la pretensión de calificación culpable, a la afectación o a la complicidad. La segunda engloba distintas actuaciones procesales. No comparecer tras el trámite de audiencia dado al amparo del art. 170.2 LC (“En otro caso, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad”) o comparecer pero no oponerse a la calificación, lo que a su vez podría incluir varias actuaciones (falta de presentación de escrito de oposición o la presentación de escrito aceptando la calificación interesada).

En el primero de los casos, esto es, cuando se formula oposición, deben seguirse los trámites del incidente concursal. En cambio, cuando no se formula oposición, se dictará sentencia sin más trámites. Ha de entenderse que dicha sentencia calificará el concurso como culpable. Solo así se justifica que se dicte sentencia sin fase probatoria en la que la administración concursal y el Ministerio Fiscal puedan acreditar los hechos en los que basan la calificación pretendida así como las consecuencias jurídicas derivadas de ello. Únicamente, en pura hipótesis, cabría entender que hay un supuesto en el que es posible la calificación fortuita a pesar de esa falta de oposición. Coincidiría con aquél en el que en el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal se interese la calificación culpable pero no se impute ninguna conducta subsumible en los causas de calificación incluidas en los art. 164 y 165 LC, lo que es una posibilidad altamente improbable. Fuera de este caso realmente hipotético, la solución ha de ser automática, calificando el concurso como culpable.

A su vez, trasladando el precepto examinado a los diferentes supuestos que pueden plantearse, ha de darse una solución a cada uno de ellos. En concreto, la consecuencia prevista en el art. 171.2 LC (sentencia culpable) es clara y no ofrece ninguna duda cuando ni el concursado ni las personas afectadas y los cómplices se hubieran opuesto a la calificación. En cambio,

pueden plantearse situaciones en las que mantengan distintas posiciones procesales. Un primera hipótesis es aquella en la que se opone exclusivamente el concursado o la persona afectada por la calificación. Ello es suficiente para que deba abrirse un incidente concursal y discutirse si procede o no la calificación culpable.

Una segunda sería aquella en la que imputándose una o varias conductas de manera conjunta a varias personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación en virtud de la misma causa, una cualquiera de ellas se opone. En este caso, necesariamente ha de abrirse incidente concursal y resolverse si procede la calificación culpable. La situación que se produjo en el presente concurso fue parcialmente diferente aunque la solución deba ser la misma. Dos de las conductas se imputaban a dos personas que no se personaron ni opusieron (WGA y Sr. ALI) y otra conducta a un tercero que sí se opuso (Sr. PERNIA). A su vez, la concursada, si bien inicialmente formuló oposición, en el acto de la vista desistió de ella por lo que debe tenérsela por no opuesta. Claramente en estos casos debe abrirse un incidente concursal. Sin embargo, su objeto y prueba debe ser limitado de manera exclusiva a los hechos sobre los que se formulan oposición por el legitimado para ello. Esto es, únicamente puede ser objeto de discusión en dicho incidente así como de la prueba que en él se practique, los hechos que se imputan a aquél que se opone a la calificación. Respecto a los no opuestos, cuando tampoco se opone la concursada, no es posible discusión y la consecuencia debe ser que la sentencia declare el concurso como culpable por las causas y hechos que se imputen al concursado y a los no opuestos. Respecto a las casusas que se imputen a quien se opuso, deberá resolverse en virtud de las alegaciones de las partes y la prueba practicada, examinándose si los hechos son subsumibles en alguna de las causas contenidas en el art. 164.2 y 165 LC o en la cláusula general del art. 164.1 LC, si han resultado acreditados los mismos y sus consecuencias jurídicas.

CUARTO.- LEGITIMACION PARA FORMULAR OPOSICIÓN

A su vez, enlazado con la cuestión anterior se sitúa la relativa a la legitimación para oponerse a la pretensión de calificación. Según se extrae del art. 170 LC, dicha legitimación la ostentan la concursada y las personas que a la vista de las actuaciones puedan ser consideradas como cómplices o afectadas por la calificación. Estas últimas, esto es, los posibles cómplices o afectados, pueden oponerse únicamente a aquello que se les imputa. En concreto, a los hechos que se les atribuyan y en los que se fundamenta la pretensión de calificación del concurso así como a sus consecuencias jurídicas, exclusivamente en lo que les afecten.

De esta manera, cuando se fundamente la calificación culpable en distintas causas y éstas se imputen a diferentes personas, cada una de estas podrá oponerse exclusivamente a las que a ella se refieran pero no las que se imputen a los demás.

QUINTO.- RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO

Partiendo de las premisas anteriores y entrando en las causas de calificación culpable, la solución del recurso resulta clara en cuanto a las

relativas a los incumplimientos del deber de solicitar el concurso y del deber de colaboración con la administración concursal.

En concreto, respecto a la primera, esto es, el retraso en la solicitud de concurso, se imputó de manera exclusiva a WGA y al Sr. ALI y no al Sr. PERNIA, tal y como se indica en la resolución recurrida. Por ello, la legitimación para oponerse a la calificación del concurso por dicha causa la ostentaba de manera exclusiva la concursada, WGA y al Sr. ALI. En cambio, el Sr. PERNIA no ostentaba dicha legitimación puesto que no se le imputa el retraso e incumplimiento del deber de solicitar el concurso. A su vez, tampoco ostenta legitimación para oponerse al recurso de apelación en lo relativo a la calificación culpable por dicho retraso ni a la consideración de WG y el Sr. ALI como personas afectadas. Ni siquiera una supuesta “solidaridad” procesal o “ánimo colaborador” con terceros pueden amparar y justificar esa posible oposición.

Como se ha dicho, WGA y el Sr. ALI no se opusieron a la calificación. A su vez, la concursada inicialmente se opuso pero desistió de su oposición posteriormente en el acto del juicio. En dicho momento, esto es, cuando la concursada desistió de su oposición, debió concluir todo el debate en relación al retraso en la solicitud de concurso y rechazarse la práctica de cualquier prueba relativa al mismo puesto que la ausencia de oposición debió tener como inmediata consecuencia que el concurso fuera declarado culpable por esa causa y que se considerase como personas afectadas por la calificación al Sr. ALI y a WGA.

En consecuencia, sin necesidad de mayores consideraciones, debe estimarse el recurso de apelación en relación al retraso en la solicitud de concurso, por no haberse opuesto a ello los únicos legitimados.

SEXTO.- INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACION CON LA ADMINISRACION CONCURSAL

Idéntica respuesta ha de darse en relación al incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal. Deben añadirse únicamente una consideración. Si bien inicialmente la conducta parecía imputarse también al Sr. PERNIA, posteriormente se aclaró en la vista que ello no era así por lo que a partir de dicho momento resultaba clara su falta de legitimación para oponerse.

Por las consideraciones anteriores, debe calificarse el concurso como culpable por el incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal por parte de WGA y el Sr. ALI al no haberse opuesto estos dos y haber desistido de la oposición la concursada.

SÉPTIMO.- PLANTEAMIENTO DE LA CONDUCTA INCLUIDA EN LA CLÁUSULA GENERAL. ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA

Resuelto lo anterior, resta examinar si, además, puede calificarse el concurso como culpable por los actos perjudiciales para la masa que se imputaban por el Ministerio Fiscal y la administración concursal al Sr. PERNIA, puesto que al haber formulado oposición debe ser objeto de enjuiciamiento.

De nuevo, con anterioridad han de realizarse unas precisiones relativas a la vinculación con las alegaciones previas y el ámbito temporal de enjuiciamiento.

En el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal deben incluirse todos los argumentos justificativos de la calificación del concurso como culpable sin que puedan ser tomadas en consideración las alegaciones no incluidas en dichos documentos e introducidas en la segunda instancia.

A su vez, debe precisarse la incardinación de las conductas imputadas en las causas de calificación del concurso como culpable previstas en los arts. 164 y 165 LC. Esto es, no basta con la descripción de unas conductas sino que deben subsumirse en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable.

OCTAVO.- ÁMBITO TEMPORAL DE ENJUICIAMIENTO

En relación al ámbito temporal susceptible de enjuiciamiento, el art. 164.1 LC, según la redacción dada por la Ley 38/2011, establece que “1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso”. De conformidad con la disposición transitoria undécima, dicha norma se aplica de manera exclusiva a los concursos en los que a su entrada en vigor no hubiera sido abierta la sección de calificación lo que sucede en el presente caso, resultando aplicable, por ello, la redacción fruto de dicha reforma.

Resulta polémico si dicha limitación temporal relativa a los dos años previos a la declaración de concurso se refiere de manera exclusiva a la vigencia del cargo de las posibles personas afectadas por la calificación o si, por el contrario, viene referida de igual manera a las conductas que puedan dar lugar a la calificación del concurso como culpable de forma que únicamente pueden enjuiciarse las actuaciones realizadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La cuestión es sumamente discutida siendo ejemplo de ello la imposibilidad de alcanzar un acuerdo al respecto en el Encuentro de Magistrados de lo Mercantil celebrado en Granada en noviembre de 2014. No obstante, esta Sala mantiene el criterio que restringe la limitación temporal de los dos años de manera exclusiva a la consideración de las posibles personas afectadas por la calificación del concurso pero no a los hechos susceptibles de determinar la calificación culpable, de manera que ésta puede tener como base hechos cometidos en un periodo previo a esos dos años anteriores a la declaración de concurso. Ciertamente es que esto puede suponer, en ocasiones, la aparente disfunción consistente en que existan hechos que hayan generado la calificación del concurso como culpable y que, en cambio, no sea posible condenar a personas como afectadas por la calificación por haber expirado los cargos de las que participaron en esos hechos anteriores. Sin embargo, entendemos que ello no puede suponer un obstáculo y que lo que la norma establece es, exclusivamente, la delimitación temporal aplicable en relación a la vigencia en el cargo de

las personas afectadas por la calificación pero no sana a efectos concursales las conductas cometidas más allá de los dos años anteriores a la declaración de concurso que hayan tenido incidencia en la generación o la agravación de la situación de insolvencia.

Entendemos que si el legislador, con la nueva redacción dada al art. 164.1 LC por la Ley 38/2011, hubiera querido limitar el ámbito de posible enjuiciamiento en sede de calificación a las conductas cometidas dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, hubiera dado al precepto una redacción similar a la del art. 71 LC que se ocupa del régimen de reintegración, donde la referencia temporal se anuda a la realización de los actos perjudiciales para la masa, estableciendo el apartado 1 que “Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. En cambio, en el art. 164.1 LC no se refiere a las conductas que hayan generado o agravado la situación de insolvencia ejecutadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso sino a la vigencia del cargo de los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o apoderados generales del deudor.

No obstante, un argumento superior al derivado del propio tenor literal del art. 164.1 LC a favor de la tesis que aquí se sostiene, se encuentra en el apartado 2 de dicho precepto así como en el art. 165 LC. En ellos, al tipificar distintas conductas que conllevan la calificación del concurso como culpable, en dos ocasiones fija el periodo temporal en el que deben haber sido cometidas. En concreto, el art. 164.2.5º LC refiere que “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”. A su vez, según el art. 165.3º “Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y 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, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso”. En cambio, en el resto de los supuestos no realiza ninguna delimitación temporal del periodo dentro del cual han tenido que realizarse. Si entendiésemos que el legislador ha limitado en el art. 164.1 LC el enjuiciamiento de los hechos generadores de la calificación del concurso como culpable a los cometidos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, resultaría innecesaria la delimitación temporal del art. 164.2.5º LC en relación a la salida fraudulenta de bienes puesto que en todo caso se incluirían únicamente las realizadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. A su vez, entraría en contradicción el art. 165.3º LC con dicha delimitación temporal puesto que podría fundarse la calificación culpable en hechos cometidos más allá de los dos años anteriores a la declaración de concurso. En concreto, en un concurso declarado en diciembre de 2015, los tres ejercicios anteriores, de coincidir con el año natural, se corresponderían con los de los años 2012, 2013 y 2014, por lo que el incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales correspondientes al más lejano, 2012, se produciría a partir del 30 de junio de 2013, más allá de los dos años previos a la declaración de concurso, lo que tiene especial trascendencia puesto que como ha reiterado el Tribunal

Supremo, el art. 165 LC es un desarrollo de la cláusula general del art. 164.1 LC.

NOVENO.- REQUISITOS PARA LA APRECIACION DE LA CLÁUSULA GENERAL DEL ART. 164.1 LC

De conformidad con el art. 164.1 de la Ley Concursal será calificado el concurso como culpable cuando hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (en la redacción dada tras la reforma operada por la Ley 38/2011). Esta norma comprende la cláusula general para la calificación del concurso como culpable, funcionando a modo de cláusula de cierre que evita que conductas que merezcan el reproche de culpabilidad resulten impunes por no encajar en ninguno de los supuestos típicos contemplados en los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal. Su apreciación requiere la concreción de una o varias conductas dolosas o gravemente culpables que hayan supuesto la generación o agravación de la situación de insolvencia. En consecuencia, en primer lugar han de fijarse y concretarse los actos imputados al deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o apoderados generales. En segundo lugar, resultará precisó que se aprecie una relación de causalidad entre dicha conducta y la causación o agravación de la situación de insolvencia, entendida en los términos incluidos en el artículo 2 de la Ley Concursal. En último lugar, que se concrete y acredite el dolo o culpa grave, entendiendo el primero como equivalente a mala fe, lo que exige que el sujeto sea consciente de la causación o agravación de la situación de insolvencia con su conducta y que tenga voluntad de ello. En cuanto a la culpa grave, supondrá la infracción de las más elementales normas relativas a la diligencia exigible, que en el caso de personas jurídicas supondrán la falta de actuación conforme a la diligencia propia de un ordenado empresario y representante legal en los términos contenidos en la Ley de Sociedades de Capital (antes Ley de Sociedades Anónimas al que igualmente se remitía la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), no bastando con cualquier grado de negligencia sino que éste debe ser calificada como grave. Faltando cualquiera de los requisitos anteriores la calificación culpable del concurso no podrá sustentarse en la cláusula general. La simple relación de requisitos anterior refleja la gran dificultad para encajar unos hechos en la cláusula general y la necesidad de una completa fundamentación que concrete la concurrencia de cada uno de ellos.

Por su parte, la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados prevista en el art. 172.2.3º LC se sitúa en un estadio posterior. Esto es, para poder entrar en el examen relativo a la causación de daños y perjuicios, es preciso que previamente el concurso se haya calificado como culpable por unos hechos en los que se base la causación de los daños y perjuicios reclamados. En cambio, cuando falta la fase previa, esto es, cuando el concurso no se califica como culpable por dichos hechos, no procede examinar la causación de daños y perjuicios. Traslado al supuesto que nos ocupa, para poder enjuiciar si los actos imputados a PERNIA han causado daños y perjuicios, resulta preciso que los mismos den lugar a la

calificación del concurso como culpable y que se considere como persona afectada por la calificación o cómplice a aquél cuya condena a indemnizar se interesa.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN DEL MOTIVO RELATIVO A LA DENOMINADA EXISTENCIA DE INSOLVENCIA CONCURSAL CULPABLE EN RELACION CON LA CLÁUSULA GENERAL (ART. 164.1 LC)

En el informe de la administración concursal se hacía referencia a una “práctica excesivamente frecuente de gastos excesivos e injustificados” desde 2007 que “sin duda han causado perjuicio patrimonial” a la concursada vinculándolo con la petición de condena a indemnizar daños y perjuicios. La fundamentación jurídica se refería a la realización de operaciones que supusieron la salida injustificada de casi 5.000.000 desde 2007, que no deberían haberse producido, claramente perjudiciales, que agravaron la situación de insolvencia, lo que subsumieron dentro de la cláusula general y en la salida fraudulenta de bienes del art. 164.2.4º LC. Ninguna referencia más se realizaba, salvo la relativa a las diez actuaciones concretas que se imputan al Sr PERNIA. Por su parte, el informe del Ministerio Fiscal nada añadía al respecto.

En cambio, el recurso de apelación es más amplio al describir la que califican como “existencia de insolvencia concursal culpable” refiriéndose a que concurrió, por una parte, por la aceptación culposa de unos presupuestos de explotación deficitaria y, por otra, por la realización de operaciones que supusieron la salida fraudulenta de casi 5.000.000 euros, lo que se califica como despilfarros que contribuyeron a aumentar la situación de desequilibrio patrimonial y a crear la situación de insolvencia. Igualmente se sostiene que a la vista de la situación patrimonial, la decisión de aceptar un nuevo presupuesto de explotación deficitario después de la temporada 2009/2010 ante la clara situación de insolvencia, sin adoptar ninguna medida para acomodar los gastos a los ingresos corrientes, adolece de culpabilidad. A continuación, de manera detallada se refieren los diez actos concretos en los que se basa la petición de condena a indemnizar daños y perjuicios.

Examinando comparativamente el informe de la administración concursal, el dictamen del Ministerio Fiscal y el recurso de apelación, se aprecia una clara modificación de la causa de pedir. Inicialmente ninguna referencia a culpabilidad alguna se realizaba en relación a los presupuestos de la concursada. No se vinculó la pretensión de calificación culpable con estos presupuestos ni con otros actos diferentes a los diez concretos expuestos aisladamente e imputados al Sr. PERNIA que se consideraban causantes de daños y perjuicios. Tampoco se justificó la agravación de la situación de insolvencia por la realización de esos diez actos u operaciones ya que únicamente se hablaba de su carácter perjudicial. En este sentido, debe recordarse que para considerar que unos actos agravan la situación de insolvencia no resulta suficiente que el saldo de una mera operación matemática suponga un aumento del pasivo. Frente a ello, resulta preciso que la conducta conlleve la agravación de la insolvencia entendida como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles (art. 2 LC). Sin perjuicio de que esto no se fundamenta en el informe de la

administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, difícilmente pueden suponer la agravación de la situación de insolvencia, que era lo que se sostenía, cuando los actos que se consideran perjudiciales se realizaron a partir de 2007 y la insolvencia se sitúa por la administración concursal, como pronto, a partir de junio de 2010. Por otro lado, las cantidades objeto de las operaciones posteriores a dicho momento, por su escasa cuantía, no pueden suponer una agravación de la insolvencia.

No obstante, aun cuando considerásemos que a pesar de hacerse referencia a una agravación de la situación de insolvencia, en realidad se estaban vinculando esos actos con la generación de la insolvencia, tampoco sería posible subsumirlos en la cláusula general puesto que, como se ha dicho, no se argumentó de manera justificada su vinculación con la generación de la situación de insolvencia ni se incluyó como una de sus concausas ya que como tales de manera exclusiva se identificaron la aprobación presupuestos de explotación deficitarios, carencia de accionistas de referencia para soportar las pérdidas, reducción de ingresos por ventas de jugadores y estructura de la deuda a corto plazo con paralela dificultad de acceder a la financiación bancaria.

Cierto es que el recurso de apelación es mucho más extenso al respecto e incluye como conducta culpable la vinculada con la aprobación de unos presupuestos deficitarios a pesar de la situación patrimonial que vincula con salida fraudulenta de bienes y las actuaciones que se consideraban perjudiciales y que agravaron la situación de insolvencia. Sin embargo, no se puede admitir ni entrar en esos nuevos argumentos. Frente a ello, solo cabe enjuiciar aquello que se incluyó en el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en los que no se hablaba de culpabilidad respecto a los presupuestos ni se construía la afectación de las diez operaciones enjuiciadas con la generación o agravación de la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, esto es, de la insolvencia.

En definitiva, las diez actuaciones imputadas al Sr. Pernía podrían ser fuente de otro tipo de responsabilidad pero no pueden sustentar la calificación culpable tal y como fueron formulados, al faltar la exposición justificada de su vinculación con la insolvencia. Esta justificación sí está presente en el recurso de apelación pero faltó en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Ministerio Fiscal de la primera instancia, donde, de haberse incluido, podría haber supuesto que la solución fuera diferente.

Como consecuencia de lo anterior, no se puede estimar el recurso en relación a los hechos que se consideraban incluidos en la cláusula general imputados a Sr. PERNIA, por estar limitadas las posibilidades de enjuiciamiento de esta Sala a los argumentado en la primera instancia. Todo ello sin entrar en el examen de cada una de esas diez conductas ni hacer propia la fundamentación de la resolución recurrida al respecto. En primer lugar, puesto que para examinarlas habría que cumplirse el previo requisito de que sirvieran para calificar el concurso como culpable, lo que como se ha dicho no es posible por no fundamentarse ello en el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, que se limitaron a indicar que causaron daños y perjuicios a la concursada. En

segundo lugar, por entender que no resulta pertinente su examen a mayor abundamiento, únicamente procedente de resultar indiscutida su realización y efectos. Sin embargo, entendemos que el enjuiciamiento de estas conductas al no poder ser realizada en esta sede de calificación, le corresponde a los procedimientos seguidos o que puedan seguirse por estos mismos hechos ante este u otro orden jurisdiccional.

UNDÉCIMO.- CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y PERSONAS AFECTADAS

Por ello, procede calificar el concurso como culpable al haberse incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso y el deber de colaboración con la administración concursal, en aplicación de el art. 165. 1º y 2º LC.

Como personas afectadas por dicha calificación deben ser declaradas WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV (en adelante WGA) y D. AHSAN ALI SYED, quienes no formularon oposición.

DUODÉCIMO.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN. INHABILITACIÓN Y PÉRDIDA DE DERECHOS

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la calificación, de conformidad con el artículo 172.2.2º LC se inhabilita a WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV y a D. AHSAN ALI SYED para administrar los bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona durante el periodo de cinco años, en los términos en los que fue interesado.

Igualmente, de conformidad con el artículo 172.2.3º LC procede acordar la pérdida de cualquier derecho que como acreedor concursal o contra la masa tengan en el presente concurso WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV y D. AHSAN ALI SYED.

No cabe en cambio estimar la pretensión de condena a indemnizar daños y perjuicios al no haber sido posible calificar el concurso como culpable por los hechos en los que se basaba la petición de condena.

DÉCIMOTERCERO.- COSTAS

En cuanto a las costas de primera instancia, no se realiza condena a su pago al no haberse opuesto a la calificación la concursada, WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV ni el Sr. ALI SYED ni haber impugnado el Sr. PERNIA CALVO la no condena contenida en la resolución recurrida. Respecto a las de esta segunda instancia, no se realiza condena en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, revocando la

misma, y en su lugar, se declara culpable el concurso de REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D.

1. se declaran como personas afectadas por tal calificación a WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV y a D. AHSAN ALI SYED.
2. se inhabilita a WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV y a D. AHSAN ALI SYED para administrar los bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona durante el periodo de cinco años
3. condenamos a WESTERN GULF ADVISORY SPORTS HOLDING, BV y a D. AHSAN ALI SYED a la pérdida de cualquier derecho que como acreedor concursal o contra la masa tengan en el presente concurso.
4. Se desestiman el resto de las pretensiones deducidas.

No se realiza condena al pago de las costas procesales de ninguna de las dos instancias.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuerda bien y fielmente con el original al que me remito y para que conste y surta los efectos oportunos, expido y firma la presente en Santander a 18 de octubre del 2016.