

**JUZGADO MERCANTIL Nº 1**

Av. Pedro San Martín S/N  
Santander  
Teléfono:  
Fax.: 942-357037  
Modelo: TX004

Proc.: **CONCURSO ORDINARIO**Nº: **0000279/2011**

Pieza: Pz Incidente concursal oposición  
calificación (Art 171) - 28  
NIG: 3907547120110000371  
Materia: Derecho mercantil  
Resolución: Sentencia 000077/2016

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	REAL RACING CLUB DE SANTANDER SAD	CRISTINA DAPENA FERNANDEZ
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

**SENTENCIA nº 77/2016**

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE CANTABRIA

Concurso 279/2011.

Sección 6ª- Pieza Incidente oposición calificación-279/2011-28

En Santander, a 26 de febrero de 2016.

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante sentencia de 29 de junio de 2012 sea aprobó la propuesta convenio formándose la sección 6ª de calificación del concurso.

**SEGUNDO.-** 1. La administración concursal (AC en adelante) presentó el 19 de noviembre de 2012 informe de calificación solicitando:

- 1º) Se declarase culpable el concurso de la entidad Real Racing Club de Santander SAD.
- 2º) Se declarase personas afectadas por la calificación a don José Francisco Pernía Calvo, la entidad Western Gulf Advisory Sports Holding, BV (WGA en adelante), y a don Ahsan Ali Syed.
- 3º) Se acordase la inhabilitación de todos los afectados para administrar bienes y para representar o administrar a cualquier otra persona por un plazo de 5 años.
- 4º) Se acordase la pérdida de todo derecho que como acreedores concursales o contra la masa pudieran tener las personas afectadas.
- 5º) Se condenase a don Francisco Pernía Calvo a satisfacer en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 4.938.924,58 €.

2. Dado traslado al Ministerio Fiscal (MF en adelante) realiza, con fecha 18 de diciembre de 2012, solicitud de declaración culpable en los mismos términos.

**TERCERO.-** 1. El 20 de marzo de 2013 la concursada, Real Racing Club de Santander SAD presentó escrito oponiéndose a la calificación culpable.

2. El 3 de mayo de 2013, Francisco Pernía presenta escrito de oposición a la calificación.

3. Mediante diligencia de ordenación la Sra. Secretario Judicial de fecha 31 de marzo de 2014 se declaró a WGA en situación de rebeldía procesal, y mediante diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2015 se declaró en rebeldía procesal a WGA ante la renuncia de su letrado y procurador sin realizar nueva designa en el plazo concedido al efecto.

**CUARTO.-** Presentado el dictamen pericial interesado por el MF, se citó a las partes a la vista que tuvo lugar el día 30 de julio de 2015, quedando los autos pendientes de sentencia tras la práctica de la prueba y formulación de conclusiones por las partes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Posición procesal de la TGSS.**

1. Como indica la STS de 3-2-2015, “[s]olo la administración concursal y, en su caso, el ministerio fiscal pueden formular “propuestas de resolución”, mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, la explicación de las causas con arreglo a las cuales procede calificar, en su caso, culpable el concurso y, también en su caso, las concretas consecuencias de la calificación culpable (art. 169.1 y 3 LC). En consecuencia, la sentencia que se dicte en la sección de calificación, no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros, sino que deberá ajustarse a los hechos y las concretas pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal”.

2. La legitimación de los acreedores y demás interesados a los que se refiere el artículo 168.1 LC es “limitada y condicionada”, no pudiendo interesar una determinada calificación, pero sí intervenir como coadyuvantes (como una intervención adhesiva simple del art 13.1 LEC) de la concreta petición de calificación formulada por la AC y/o el MF.

3. Si bien en el curso de la presente sección sexta se admitió inicialmente una legitimación plena como parte de la TGSS, la referida STS ha resuelto claramente las diversas interpretaciones que al respecto se venían manteniendo. Debe por lo tanto sujetarse la presente sentencia a las pretensiones de la AC y el MF.

### **SEGUNDO.- Posición procesal de la concursada.**

1. En el acto de la vista el Real Racing Club interesa, conforme al acuerdo tercero de la reunión de su consejo de administración de fecha 24 de julio de 2015, se le tenga por desistido de su escrito de oposición a la calificación culpable y por adherido al escrito de calificación presentado por el MF, considerando el concurso como culpable y la condena de las personas y en los términos interesadas por el Ministerio Público. En el propio acto se indicó que la cuestión se resolvería en sentencia, sin perjuicio de adelantar que no cabía en ese momento alterar la litis constituida ni la pretensión ejercitada

2. Entiendo que no le cabe a ninguna de las partes, una vez constituida la litis mediante la demanda y contestación, alterar su pretensión ni el objeto del proceso, por aplicación de las normas procesales generales de la LEC (art. 412) aplicables supletoriamente conforme a la DF 5ª de la LC.

3. En realidad lo pretendido por la concursada no sería un *desistimiento* (que corresponde al actor -art 20 LEC-), sino más bien un *allanamiento*, adecuado a su posición procesal pasiva (art. 21 LEC). Atendiendo a la específica regulación de la LC, ya hemos indicado que la legitimación activa en la sección de calificación corresponde exclusivamente a la AC y MF, de modo que si ambos calificaran el concurso como fortuito (art 170 LC) se ordenaría sin más trámites el archivo de la actuaciones, limitando la LC (art 171) la intervención del deudor, caso de que alguno de los antedichos hubiera calificado como culpable el concurso, a oponerse (en cuyo caso se sustanciaría por los trámites del incidente concursal) o no oponerse (en cuyo caso se dictaría sentencia), pero sin legitimar al deudor para ejercer pretensiones de declaración de culpabilidad, personas afectadas ni condena.

4. De modo que si bien se admite este “desistimiento” (“allanamiento” en realidad), no cabe tener al concursado por “adherido” a la pretensión del AC o MF, cuestión por otro lado estéril

excepto en materia de costas, ya que nada añade tal adhesión a la pretensión ejercitada por los activamente legitimados.

**TERCERO.- Ámbito temporal objetivo y subjetivo del enjuiciamiento de la culpabilidad, el “problema temporal de la calificación”.**

1. Se discute por las partes si el enjuiciamiento de los hechos relevantes para la calificación del concurso ha de limitarse a los acaecidos en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

2. El art 164.1 LC, antes de la reforma operada por ley 38/2011 (redacción ésta última conforme a la cual habrá de resolverse el presente incidente, atendiendo a la legislación vigente a la fecha de apertura de la sección 6ª -STS 22.7.2015-), vincula la calificación del concurso como culpable con la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor, sus representantes o en caso de ser persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, apoderados generales *y de quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.*

2. La LC no prevé en sede de calificación culpable (salvo la referencia del art 164.1 y 164.2.5º) un límite temporal para que un determinado acto pueda ser revelador o determinante de tal calificación, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de rescisión de actos perjudiciales, donde el art 71.1 LC solo permite tal rescisión de actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, o con la subordinación de créditos por especial vinculación de parejas del concursado persona física (art 93.1 LC), administradores, liquidadores y apoderados con poderes generales del concursado persona jurídica (art 93.2 LC), y cesionarios o adjudicatarios de créditos del concursado o personas especialmente relacionadas, cuando la adquisición se hubiera producido en esos dos años anteriores a la declaración del concurso.

3. La jurisprudencia mayoritaria en las Audiencias sostiene que el art 164.1 LC únicamente establece ese límite temporal de dos años respecto de la determinación de las personas que podrán ser declaradas afectadas por la declaración de culpabilidad (art 172.2.1º LC), es decir que se refiere a legitimación pasiva respecto de la responsabilidad concursal, no a la calificación del concurso en su caso como culpable, conclusión que resultaría forzosa a la luz de las presunciones de culpabilidad del art 164.2.5º LC (que únicamente establece de forma expresa un límite de dos años para que la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor no para el resto de presunciones del mismo precepto) y 165.3º LC (hoy 165.1.3º), que se basa en la falta de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales de alguno de los *tres* últimos ejercicios anteriores a la declaración. En este sentido las SSAP Madrid secc, 28 de 8-1-2015, Coruña secc. 4ª de 26-1-2015, Zaragoza sección 5ª de 25-2-2015, León sección 1ª de 25-4-2014.

4. Obviamente la imputabilidad de la conducta a quien se pretenda afectar por la declaración sí exige que concurra en él la condición de administrador, liquidador, o apoderado en el momento en que la conducta se lleva a cabo (SAP Madrid, secc 28º, de 8-5-2015).

5. No obstante lo anterior, me inclino por entender que el plazo estudiado supone un límite no solo subjetivo sino también objetivo de enjuiciamiento de conductas, tesis mantenida por el Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo (Muñoz Paredes) y el nº 3 de Pontevedra (Blanco Saralegui). Como expone el primero de los citados (Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2015) se ligan así conductas y autoría e imputabilidad, y se fija un límite temporal objetivo dada la ausencia de regla prescriptiva ni periodo sospechoso en la responsabilidad concursal, evitando los resultados paradójicos que produce seguir la tesis mayoritaria que conduce a poner el acento en la permanencia en el cargo, no en la comisión del hecho, lo que no solo resulta extraño a cualquier sistema de responsabilidad, sino que convierte al cese en el cargo de administrador en causa de exclusión

de la responsabilidad que podrá llevar a la declaración de concurso culpable sin persona responsable, o incluso a que, siendo el sistema de administración colegiado o solidario, respondan únicamente quienes se mantengan en el cargo, e incluso los cómplices, penalizando la permanencia en el cargo de administrador frente al abandono del mismo.

6. La mención de un plazo de dos años en la presunción del art 162.5º, no añade nada, pero sí subsiste la dificultad derivada de la falta de formulación o depósito contable en el tercer ejercicio anterior a la declaración del concurso, que en todo caso, teniendo presentes los plazos de formulación y depósito no abarcaría todo el periodo de ese tercer año y que difícilmente superaría el test de relación de causalidad con la generación/agravación de insolvencia.

7. La tesis mayoritaria plantearía también la necesidad de excluir del encaje en la cláusula general de cualquier conducta que fuera subsumible en la salida fraudulenta de bienes (de modo similar a lo que ocurre con la cláusula del art 4 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en relación con los concretos actos tipificados en los arts 5 y ss), por más que las presunciones del art 164.2 y 165 no sean sino concreciones de la conducta del art 164.1, ya que de otro modo se burlaría el límite de los dos años que expresamente se señala en el art 164.2.5º LC para la realización de la conducta, mientras que sin embargo, una irregularidad relevante en la contabilidad, o la realización de un acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia generarían “en todo caso” la calificación culpable sin limitación temporal.

8. En todo caso, como se verá, la postura adoptada no afecta al sentido de la presente sentencia.

#### **CUARTO.- Causas de calificación culpable y personas afectadas según el informe de la AC. Ausencia de cosa juzgada respecto de las opiniones incluidas en el informe del art 75 LC.**

1. El escrito del MF no aporta argumentos o elementos novedosos respecto de los introducidos por la AC. Es por lo tanto sobre la base de los datos fácticos y perspectiva jurídica expuestos en el “informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso” del artículo 169.1 LC sobre el que se inicia la constitución de la litis y se conforma el objeto de enjuiciamiento en un proceso en el que no constando hechos nuevos o aportaciones documentales posteriores conforme a las normas de la LEC, queda aquel objeto “perpetuamente determinado” (arts 410 a 413 LEC) dibujando así los límites de congruencia de la sentencia.

2. Debe igualmente rechazarse la eventualidad de que el informe pericial modifique el objeto de la litis así configurado, ya que como medio de prueba ha de versar sobre los hechos discutidos ya introducidos en el debate por las partes.

3. En este sentido deben decaer los argumentos de la oposición relativos al cambio de criterio de la AC en sede de calificación respecto de los mantenidos en su día en el informe del art 75 LC ya que carecen de efectos vinculantes para la calificación culpable las manifestaciones y valoraciones vertidas en éste por la AC, sin perjuicio de las remisiones que al mismo se puedan realizar y de la incidencia en la valoración probatoria que junto al resto de medios aportados puedan merecer. Así recuerda la SAP Madrid, secc, 28º de 2-10-2015, que esa clase de efectos jurídicos ad extra del informe del art 75 LC sólo es predicable del reconocimiento y clasificación de créditos, no siendo las opiniones sobre las causas de la insolvencia o el estado de la contabilidad [o el momento de aparición de la insolvencia] ni siquiera revisables judicialmente ex art. 96 LC.

4. El informe de la AC se estructura en “HECHOS” y “FUNDAMENTOS DE DERECHO” (causas de calificación, actos con incidencia en la calificación del concurso, personas afectadas, inhabilitación de las personas afectadas, pérdida de derechos, indemnización de

daños y perjuicios y conclusiones), y basa la pretensión de calificación culpable, una vez descartada expresamente la incidencia que las posibles irregularidades contables hubieran podido tener, en las siguientes causas que sintetiza en las páginas 27 y 28 de su informe:

a. Demora en la solicitud del concurso, como se indica en los hechos 5º y 7º, conforme al “art. 165.1 en relación con el art. 5 de la Ley Concursal y del art. 367 de la vigente Ley de Sociedades de Capital”, de lo que sería responsable WGA (vocal) y a su representante persona física que además habría actuado como administrador de hecho desde enero de 2011 tras la adquisición de la participación mayoritaria en el Racing.

b. Incumplimiento de modo reiterado y sistemático del deber de colaboración con la AC conforme al art 165.2 LC. El informe no deja claro si esta conducta se imputa solo a WGA y su representante Sr. Ahsan Ali, o también al Sr. Pernía, toda vez que la descripción de la conducta y su encaje jurídico en la presunción del art 165.2 LC (pág 32) se remite a la exposición del hecho 10º (pág. 23) donde únicamente se menciona a los dos primeros, del mismo modo que en el hecho 1º, sobre la “actuación de los administradores sociales” (pág. 24) imputa al Sr. Pernía las actuaciones descritas en el hecho 9º y a WGA y su representante las de los hechos 8º y 10º, pero a la vez, se apunta a una “colaboración” en estas actuaciones del Sr. Pernía (páginas 28 y 34). La cuestión se aclara al comienzo de la vista por la propia AC: la falta de colaboración descrita en el hecho 10º no se imputa al Sr. Pernía.

c. Actuaciones que supusieron la salida injustificada de 4.938.924,58 €, descritas en el hecho 9º, que supondrían gastos excesivos e injustificados que agravaron la situación de insolvencia, y que la AC encaja en la cláusula del art 164.1 LC, o “incluso podrían calificarse de salida fraudulenta de bienes” del art 164.2.5 LC. Dado que en el presente concurso se aprobó un convenio y no se abrió liquidación, no cabe la exigencia de responsabilidad concursal de cobertura del déficit ex art 172 bis (motivo por el que se casó en la STS de 11-3-2015 la sentencia de la Audiencia en la calificación del concurso de otro club de fútbol, el Deportivo Alavés), y por ello la AC solo fundamenta la petición de condena dineraria por la vía de la indemnización de daños y perjuicios causados por estas actuaciones descritas en el hecho noveno de su informe, ex artículo 172.2.3º LC.

5. De este modo queda excluido del enjuiciamiento, la posible afectación por la condena de personas no demandadas, pese a la insistencia de la representación del Sr. Pernía en que Dumviro Ventures SL ostentaba la mayoría del capital social hasta su transmisión a WGA y que no podía estar al margen de la gestión y administración, y en la existencia de otros miembros del consejo de administración no demandados, sin perder de vista que la responsabilidad por actos lesivos es solidaria para los miembros del consejo con las excepciones previstas en el art 237 LSC, que justificarían la falta de imputación del resto de miembros, pero no haría desaparecer la responsabilidad solidaria del aquí demandado.

6. Por el mismo motivo no podrán basar la condena las eventuales irregularidades contables, y los hechos descritos en el apartado 8º (pág. 13 del informe), que no se incluyen entre los actos con incidencia en la calificación del concurso (pág. 27). En este sentido, como recuerda la STS de 1-4-2014 (asunto Casero Hermanos), “[h]a de considerarse que la pretensión formulada en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal no consiste solamente en que se declare culpable el concurso, sino en que se declare culpable por determinadas causas. Dependiendo de que el concurso se declare culpable por unas u otras causas, las personas afectadas por la calificación y los cómplices pueden variar, y también pueden ser diferentes las consecuencias de la calificación del concurso como culpable (duración de la inhabilitación, alcance de las condenas a la pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa, a la devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a la cobertura del déficit concursal) y afectar a distintas personas”.

7. En cualquier caso, conviene apuntar que el indicado hecho octavo se dedica a la actuación de la entidad WGA, como socio mayoritario tras la adquisición de del 98 % de las acciones a Dumviro Ventures SL (el 29-1-2011) y como consejero (nombrado en reunión del consejo de administración de 11-5-2011), siendo el Sr. Ahsan Ali su administrador y representante único. Se indica que a consecuencia de las promesas de aportaciones incumplidas por la indicada entidad, la concursada actuó “como si su situación financiera hubiera sido resuelta”. Se adjunta copia del acta de la sesión del consejo de 15-6-2011, donde se manifiesta que a instancias de WGA se planificó la gestión de la tesorería de la SA, sobre la base de la asunción no solo del aumento de capital aprobado en junta de 19-12-2010, sino hasta 50 millones de euros, comprometiéndose WGA al pago de la deuda con AEAT, la plantilla, parte de deuda con la TGSS, y los costes derivados de determinados ceses y nuevas contrataciones, dedicando la concursada los ingresos ordinarios al pago de impuesto ordinarios, Seguridad Social, proveedores, y obligaciones con otros clubes y jugadores ya comprometidas.

8. Considera la AC que la anterior situación motivó la contratación de un préstamo con la entidad INMOARRABI en gravosas condiciones, por importe de 2,5 millones de euros (con un descuento de concepto desconocido de unos 80.000 €), y que la actuación del club provocada por las promesas del nuevo accionista incrementaron la situación de insolvencia (conforme a los estados intermedios cerrados a 31-12-2010 y 30-6-2011).

9. Pues bien, además de que no se incluye esta causa como una de las que tienen incidencia en la calificación del concurso, ni se justifica su incardinación bien en la cláusula general del art. 164.1 LC, bien en alguna de las presunciones del art 164.2 ó 165 LC, lo que de por sí, como hemos visto, excluye su enjuiciamiento como causa determinante de la calificación culpable, no se justifica ni prueba que con carácter previo al nombramiento como consejero (el 11-5-2011 según la propia demanda) tuviera el nuevo accionista ninguna responsabilidad en la gestión, ni impusiera directrices sobre la gestión económica al consejo, como se asevera sin mayor precisión, al mismo tiempo que sin embargo se afirma que su completa desvinculación de los asuntos del club. Por otro lado, no se explican las condiciones y circunstancias de las promesas que se dicen incumplidas, y en todo caso la gestión es responsabilidad de los administradores, sin prueba de una administración de hecho (solo se afirma, insisto, a la vez que también se afirma su desaparición y desentendimiento de los asuntos sociales), y por último, todas las deudas que supuestamente asumía WGA eran preexistentes a su llegada (salvo el cese de un entrenador y la contratación de otro nuevo y de un jugador).

10. En el mismo sentido en cuanto a la obligación de congruencia con las alegaciones fácticas y jurídicas de la AC y MF, SJM Alicante 1 de 22-1-2014 (Lucentum Baloncesto SAD) confirmada por la Audiencia Provincial, recuerda que *“las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes delimitan el alcance del pronunciamiento judicial, que debe limitarse a su encuadre en los preceptos legales correspondientes, sin que pueda el Juzgador apreciar ex officio supuestos de culpabilidad cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido, o fijar consecuencias jurídicas no invocados ni para sujetos distintos a los solicitados en el momento procesal oportuno, por exigencia del principio de defensa y de un proceso con todas las garantías (art 24CE), entre los que se encuentran el de alegación y prueba, precisando la sentencia de calificación una previa petición fundada, pues no hay que perder de vista que la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación supletoria en el proceso concursal, y por tanto, el principio esencial de rogación y dispositivo (art 218 LEC), siendo la subsunción de los hechos en la norma correspondiente función judicial no vinculada a la que realicen las partes (iura novit curia)”*. El voto particular de la magistrada Ortiz González, en la SAP Mallorca, sección 5ª de 17-9-2014 (concurso del Real Club Deportivo Mallorca) incide también en la obligación de la AC de aportar tanto el material probatorio como la argumentación jurídica que sustente la condena interesada.

#### **QUINTO.- La demora en la solicitud del concurso.**

1. Su valoración como causa de culpabilidad se expone en las páginas 29 a 31 del informe de la AC en relación con lo expuesto en los hechos 7º (*“Sobre la demora en la solicitud del*

concurso” y 5º (“Estado de la contabilidad del deudor”). Destaca que funde en derecho en el art 165.1 en relación con el 5 de la LC, pero también en el 367 LSC. El concurso fue solicitado el día 7 de julio de 2011. La exposición de la AC se centra en la situación patrimonial de la deudora, resaltando sus fondos propios negativos en las cuentas cerradas a 30-6-2010, que fue atendida por los administradores (en esencia mediante una operación acordeón), para a continuación manifestar que en una segunda etapa “desde enero de 2011 a julio de 2011” es cuando se aprecia la infracción del deber de solicitar el concurso, indicando que al importante neto patrimonial negativo se añadía la situación de “no encontrarse al corriente en su pagos, como acreditan los incumplimientos frente a los trabajadores, acreedores comerciales, entidades de créditos, TGSS y AEAT, lo que añade más gravedad a la demora en la solicitud del concurso”.

2. Es decir que al menos en este apartado de su informe la AC no indica una fecha concreta en que se hubiera conocido o debido conocer la insolvencia, ni tampoco del afloramiento de ésta, ni se precisa qué créditos estaban vencidos y no atendidos, ya que no pasa de afirmar una situación de desbalance patrimonial (contable) y no estar al corriente en una serie de pagos que no concreta (sin incardinar ni en el supuesto del art 2.4.1º -que en todo caso no equivale automáticamente a una situación de insolvencia-, o en el 2.4.4º LC), limitándose a su afirmación genérica, sin especificar de qué créditos se trataba, cuándo estaban vencidos y no fueron atendidos, cuál era su relación con el pasivo total, y en suma, si ello suponía conforme a los criterios del artículo 2 LC, la existencia de una situación de insolvencia actual que hubiera obligado a solicitar el concurso en un concreto momento, o al menos en un espacio de tiempo que claramente estuviera más allá del plazo de dos meses otorgado por el art 5 LC, dado que la insolvencia inminente a la que se refiere el art 2.2 como presupuesto objetivo de la declaración de concurso, *faculta* al deudor para solicitar su concurso, pero *no le obliga* conforme al art 5 LC, que fija como término inicial del plazo de 2 meses para la obligación de solicitar su concurso al deudores aquel en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, refiriéndose por lo tanto a la actual no a la inminente.

3. Como hemos visto, la valoración de la conducta con incidencia en la calificación se remite a los hechos 5º y 7º del informe de la AC. Si acudimos la hecho 5º, dedicado al “estado de la contabilidad del deudor” (nuevamente una perspectiva contable), a propósito de la “situación financiero patrimonial del RACING a la fecha de solicitud de concurso”, se indica en primer lugar (pág. 7) con expresa remisión a las páginas 23 y 24 del informe definitivo, que “la Sociedad incumplía de forma generalizada el pago a sus acreedores, situación que se puso especialmente de manifiesto en el mes de junio de 2011”, con unas necesidades de tesorería para el pago de los salarios de la plantilla de jugadores por importe de 11,5 millones de euros de los que se carecía por completo, habiendo podido sobrevivir hasta entonces con los aplazamientos de las deudas de la AEAT y TGSS, puntuales créditos puentes y renegociaciones con los proveedores, “pero en el mes de julio la situación fue imposible de superar”, concluyendo que “[l]a solicitud del concurso fue, por tanto, una decisión oportuna e imprescindible”. Es decir, que está calificando la solicitud de oportuna y no se concreta insolvencia hasta julio de 2011.

4. A continuación y dentro del mismo apartado desarrolla la AC un examen del déficit patrimonial, los precarios fondos propios y el desequilibrio patrimonial a finales de la temporada 2009/2010 (al que se responde con préstamo participativo y reducción y aumento de capital). A este respecto cabe observar que ante un desequilibrio patrimonial, o se atiende en forma legal o, estando incurso en causa de disolución, podría generar responsabilidad de administradores, pero no revela en sí mismo una situación de insolvencia.

5. El hecho 7º del informe, “sobre la demora en la solicitud del concurso”, abunda en la misma confusión. Así en la página 12 se afirma que “[h]asta fechas próximas al momento de solicitar el concurso, el RACING no había incumplido de forma generalizada el cumplimiento de sus obligaciones económicas. Ciertamente, en relación con algunos acreedores, entre los que se encuentran la AEAT y TGSS, se habían formalizado o solicitado aplazamiento, y su concesión implicaba una renegociación de la deuda y que ésta permaneciese al corriente”.

Para a continuación indicar que al finalizar la temporada 2009/2010 concurría una situación de “*desequilibrio patrimonial*” que trató de corregirse mediante la aprobación de una operación acordeón (diciembre de 2010), con búsqueda de un socio de referencia que no se consiguió, por lo que concluye la AC que el concurso se presentó con demora.

6. En suma, debe concluirse que se está justificando desbalance (se esgrime incluso el art 367 LSC), no la insolvencia. No se fija con claridad en qué fecha habría surgido esa pretendida insolvencia antes de junio de 2011 (que es la fecha realmente afirmada en la demanda) y cuándo hubiera sido conocida o hubiera debido conocerse por los administradores comenzando así el plazo para la solicitud del concurso. Estos elementos son imprescindibles para poder determinar la existencia del alegado retraso en la solicitud del concurso, debiendo fijarse el momento de aparición de la insolvencia claramente para poder contraponerlo con la fecha de solicitud del concurso (SAP Madrid secc. 28ª de 2 de octubre de 2015, voto particular de la SAP Mallorca antes citada, en el concurso del club de fútbol de la ciudad).

7. Como hemos indicado no puede descartarse una fijación aproximada de la aparición de la insolvencia, particularmente en aquellos supuestos en que nos moviéramos en una horquilla temporal que a todas luces estuviera fuera del plazo del art 5 LC (haciendo así irrelevante la determinación del “día exacto” -STS 3.7.2014-), pero no es el caso, donde si a efectos dialécticos aceptásemos que se está afirmando y acreditando la insolvencia en una fecha distinta de la de junio de 2011, se propone un periodo “de enero a julio de 2011”, habiéndose solicitado el concurso el 7 de julio, de modo que al menos en parte ese periodo estaría dentro del plazo de solicitud voluntaria.

8. La AC conoce perfectamente la jurisprudencia del TS al respecto (por todas STS de 1 de abril de 2014) diferenciando la insolvencia del desbalance o de las pérdidas cualificadas, y (además de que no cabe introducir en la fase de informe del art 433 LEC nuevas argumentaciones jurídicas que modifiquen la que fue su inicial pretensión, sin reflejo en la demanda en cuanto a la aparición de la insolvencia), apunta en la vista que la situación patrimonial, de ser especialmente grave, y valorada con otros indicios, sí podría revelar la insolvencia. Ciertamente, pero para llegar a esa conclusión debe razonarse pomenorizadamente la concurrencia de todos esos indicios (por ejemplo la STS de 7 de julio de 2015 destaca junto a los fondos propios negativos muy abultados respecto al capital social y las pérdidas continuadas y progresivas, la necesidad de enajenar activos para atender gastos básicos como los del pago de nóminas -es decir recurriendo a la venta apresurada o a formas irregulares o extraordinarias de financiación-), y en el supuesto enjuiciado no pasa de afirmar genéricamente el impago de créditos, sin especificar cuáles, en qué momento, en qué cuantía ni qué proporción del pasivo suponían, y sin relacionar con alguno de los hechos reveladores del art 2.4 LC.

9. Como expone la SAP Madrid, sección 28ª, de 22-11-2013 la situación de insuficiencia patrimonial no es por sí sola bastante para apreciar insolvencia en el sentido que tiene este término en la LC, y que entraña un doble elemento, (i) la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones, y (ii) que dicha imposibilidad se haya manifestado en incumplimientos reales, valorando la sentencia los créditos vencidos y no atendidos según la lista, en el mismo sentido que la sección 15ª de Barcelona (sentencias de 23 de julio y 28 de mayo de 2015) da relevancia al porcentaje de créditos vencidos y no atendidos según la misma lista a disposición de la AC.

10. En cuanto a los aplazamientos de las deudas con la AEAT o TGSS, el propio aplazamiento excluye la insolvencia respecto del concreto crédito (así lo reconoce la propia AC en la página 12 de su informe, como hemos subrayado en el párrafo 5 del presente fundamento), al hacerlo inexigible (de otro modo facilitaría la acreditación de la insolvencia conforme al art 2.4.4º en relación con el 5.2 LC). La STS de 17 de febrero de 2015 (a propósito de una reintegración –en el concurso de otro club de fútbol, Real Betis Balompié SAD- pero útil a los efectos que aquí nos interesan) excluye la existencia de la “insolvencia” del art 1.292 CC, precisamente como consecuencia del aplazamiento o fraccionamiento de las deudas tributarias con la



AEAT. En el mismo sentido, ya a propósito de la valoración de la demora en la solicitud del concurso, la sección 15ª de la AP de Barcelona también descarta que pueda basarse en el impago de deudas tributarias si posteriormente se obtiene un aplazamiento (sin perjuicio de que se pueda apreciar la insolvencia al entender que el posterior pago de las obligaciones se basaba en una financiación irregular o una venta apresurada de bienes), en sentencia de 16 de febrero de 2015, o en similar sentido las de 26 de noviembre y 22 de octubre de 2014.

11. Son la AC o el MF quienes deben acreditar concurrencia de la falta de capacidad de cumplir con las obligaciones exigibles de forma regular acudiendo a fuentes económico financieras en condiciones normales de mercado en las circunstancias y momentos explicados en los anteriores párrafos, sin que lo hayan logrado, siendo un hecho discutido y negado en la contestación, que insiste en que el propio consejo de administración en la sesión de 15 de junio de 2011 citada en la demanda adoptó la decisión de solicitar concurso ante una “eventual” no actual imposibilidad de atender el cumplimiento de las obligaciones, que no se habían despachado ejecuciones contra la deudora, negando incumplimiento de obligaciones tributaria o de la Seguridad social, manifestando que se acudió a formas de financiación que no se han revelado irregulares ni apresuradas.

12. La pericial del Sr. Sainz Pérez sufre de forma aún más explícita la confusión de la insolvencia con el desequilibrio patrimonial, que fija nada menos que al final de la temporada 2007/2008 entendiendo que debieron adoptarse las “medidas correctoras del desequilibrio patrimonial contempladas en la Ley de sociedades de Capital”, fijando además esta “insolvencia” en un momento muy anterior incluso al postulado por los demandantes. Sin necesidad de valorar la incidencia que, habiendo sido tachado, merece el hecho de que pese a haber manifestado no tener ningún interés o conflicto, haya reconocido ser socio del Racing y haber intervenido en las juntas censurando las cuentas y la gestión del demandado, así como que no valoró para la realización de la pericia las alegaciones de la concursada ni las del Sr. Pernía, ni la documentación incorporada por éstos. Afirmaciones que por lo demás comprometen de forma acusada su pericia.

13. No se ha acreditado por lo tanto la concurrencia de retraso en la solicitud del concurso.

#### **SEXO.- El incumplimiento del deber de colaboración con la AC.**

1. Se atribuye esta conducta como hemos indicado a WGA y al Sr. Ahsan Ali. Para ello (pág. 32 del informe) con remisión a la exposición del hecho 10º, les imputa haber entorpecido y dificultado la actuación de la sociedad durante la tramitación del procedimiento concursal “*principalmente desentendiéndose de cualquier fórmula de colaboración e impidiendo el nombramiento de un consejo de administración operativo, siendo ellos quienes tenían capacidad para haber aportado soluciones en beneficio del RACING y de sus acreedores*”.

2. Examinado el hecho 10º, se concluye que lo que se está imputando a WGA y al Sr. Ahsan Ali es que teniendo el control absoluto del capital de la concursada, durante la tramitación del concurso no convocaron Junta General, que hubo de ser convocada judicialmente, bloqueando la designación de un órgano de administración operativo, actuación que se califica de muy grave y negligente, y que “*pudo haber tenido consecuencias muy graves*” ante el vacío gestor y decisorio, situación que se evitó por la colaboración del personal del club con la AC en la gestión ordinaria y administrativas, cubriendo sus lagunas en materia deportiva.

3. Es decir se está reprochando a WGA y representante, en su condición de principal accionista, “*consejero del RACING por cooptación desde el 11 de mayo de 2011, administrador efectivo y de hecho desde el 29 de enero de 2011*” su desaparición de hecho y desvinculación de los asuntos sociales.

4. Independientemente de que no se haya justificado su actuación como administrador de hecho, es innegable por notoria y se tiene por probada la referida desaparición de hecho, estando además los afectados en rebeldía en el procedimiento.

5. El art 165.2 LC sanciona la falta de colaboración con la AC, no haberle facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no asistir el deudor a la junta de acreedores, en relación con el deber que al deudor, sus administradores o liquidadores impone el art 42.2 LC de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso.

6. La infracción reseñada solo es imputable por lo tanto a los administradores, y en el supuesto concreto no se imputa ni la falta de asistencia a la junta de acreedores ni el no haber facilitado la información necesaria o conveniente. No se indica tampoco, pese a ser la esencia de la jurisprudencia que la propia AC acompaña para sustentar la estudiada presunción de culpabilidad, que se haya efectuado requerimiento alguno a WGA que haya resultado desatendido.

7. La desaparición denunciada no ha de enjuiciarse aquí desde el prisma societario por incumplimiento de los deberes de los administradores (arts 225 y ss LSC), ni del perjuicio que desde este enfoque hubiera podido causar (sin olvidar que respecto de las facultades patrimoniales cabe solicitar el régimen de intervención de facultades, que la LSC prevé remedios para la convocatoria de la junta en caso de acefalia, y la LC para el nombramiento de auxiliares delegados que fueran oportunos) o de la infracción de los deberes del administrador para con la sociedad, sino desde el concursal de colaboración con la AC. Y no se ha probado (ni siquiera afirmado) desatención a ningún requerimiento expreso de colaboración, lo que en su caso pudiera justificar el éxito de la pretensión esgrimida en supuestos (SSAAPP Pontevedra sección 1ª de 26-12-201 y Madrid sección 28ª de 16-9-2011) de administrador ilocalizable.

**SÉPTIMO.- Actuaciones que supusieron la salida injustificada de 4.938.924,58 €, descritas en el hecho 9º, que supondrían gastos excesivos e injustificados que agravaron la situación de insolvencia. Artículo 164.1 ó 164.2.5 LC. La pretensión de indemnización de daños y perjuicios.**

1. El informe de la AC describe 10 conductas realizadas desde el año 2007 que considera supusieron una salida injustificada de bienes por gastos excesivos e injustificados y que encaja en la cláusula general del art 164.1 o en su caso en la presunción por salida fraudulenta de bienes del art 164.2.5º LC. Interesa además la condena a la indemnización de daños y perjuicios por la vía del art 172.2.3º LC, identificando el monto de esas salidas fraudulentas con el perjuicio indemnizable.

2. En el presente concurso se ha aprobado convenio de acreedores y no se ha abierto liquidación, de modo que no cabe la solicitud de condena a la cobertura del déficit ex art 172 bis LC. Solo le cabe a la AC y al MF interesar condena dineraria por la vía de la acción del art 172.2.3º LC, es decir solicitando indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que implica unos presupuestos y exigencias diversos, y que en el supuesto tratan de hacerse valer partiendo las conductas descritas en el hecho 9º del informe de la AC. En este sentido la STS de 11-3-2015 (concurso del Club Deportivo Alavés) recuerda *“[d]istinta a la responsabilidad por déficit concursal es la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC tanto por razón de su objeto como del presupuesto subjetivo. La responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave.”*

3. La fundamentación en derecho de esta pretensión, se limita a cinco líneas en la página 27 dentro del apartado “II. ACTOS CON INCIDENCIA EN LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO”, conforme a las cuales, los actos descritos al hecho 9º suponen operaciones que implicaron la salida injustificada de 4.938.924,58 € que “no deberían haberse producido” y que fueron “claramente perjudiciales” y “agravaron su situación de insolvencia”, lo que se

encaja en la cláusula general del art 164.1 LC “y que incluso podrían calificarse de salida fraudulenta de bienes contemplada en el art 164.2.4º LC” (rectius 164.2.5º), y a otras tres líneas en el folio 31 que nuevamente afirman que aquellas actuaciones “supusieron gastos excesivos e injustificados, que agravaron la situación de insolvencia del RACING causando un perjuicio ...”.

4. Hemos partido de que solo son objetivamente enjuiciables como causa de calificación culpable del concurso (lo que no excluye ni prejuzga otros enjuiciamientos, ya sean penales, o civiles por responsabilidad societaria) conductas desarrolladas en los dos años anteriores a la declaración del concurso, es decir, hasta 7 de julio de 2009. Este planteamiento únicamente permitiría el examen de parte de los pagos realizados para el proyecto EFRRP -apartado 9.1 de la demanda- (respecto del cual en todo caso debe valorarse el hecho de que parece ser un pago periodificado en 4 años derivado de un contrato de 2007), los gastos de representación anteriores a esta fecha -apartado 9.7-, y la adquisición de un automóvil de lujo en 2010 -apartado 9.10-.

5. Incluso en caso de seguir la tesis de la AC en esta polémica y discutida cuestión, lo que no sería admisible es pretender el encaje de salidas fraudulentas o injustificadas de bienes, a las que claramente y sin ninguna discusión se aplica por expresa indicación legal el límite de los dos años anteriores a la declaración del concurso, en la cláusula general del art 164.1 LC, sin límite temporal alguno. No deja de ser paradójico que siendo las presunciones legales concreciones o especificaciones de la cláusula general no quepa encajar en ésta una de aquéllas, cuestión que se resolvería, dando armonía la sistema (excepto a la presunción del art 165.3 LC como ya se ha visto ut supra) siguiendo la tesis defendida en esta sentencia del límite objetivo y no solo subjetivo de dos años, pero de no ser así, no cabría burlar el límite temporal de la salida fraudulenta reconduciéndola a la cláusula general (en similar sentido a la relación entre la cláusula general del art 4 de la ley de Competencia Desleal y los actos concretamente tipificados en los arts 5 y ss.). Y esto es lo que se está pretendiendo (con la excepción de la conducta descrita en el apartado 9.10), al calificar como “salida injustificada” encajable indistintamente en el 164.2.5 o en el 164.1 LC.

6. A mayor abundamiento y con la intención de agotar el examen, tampoco es admisible la subsunción subsidiaria o alternativa de las conductas reprochadas en el tipo de salida fraudulenta de bienes, sin mayor argumentación ni incorporación de ningún elemento adicional en la valoración. En absoluto se motiva, siquiera fuera indiciariamente, la “scientia fraudis”), y ello además de que el límite temporal del art 164.2.5º impide su aplicación a la práctica totalidad de las conductas descritas en el hecho 9º del informe de la AC. Únicamente se exponen una serie de conductas que habrían generado unos gastos considerados excesivos o injustificados y se afirma que han causado un perjuicio.

7. Por lo tanto, solo restaría el estudio desde la perspectiva de la cláusula general del art 164.1 LC, siempre que la conducta no constituyera una “salida fraudulenta”, evitando de este modo la elusión del expreso e incontestable límite temporal del art 164.2.5º LC. El referido 164.1 LC en la redacción vigente a la fecha de apertura de la sección 6ª decía: “*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*”. La aplicación de esta causa general de culpabilidad exige la concurrencia de tres requisitos legales: a) un elemento subjetivo: el dolo o culpa grave; b) un elemento objetivo: la insolvencia; y 3) un nexo o relación causal entre la acción u omisión grave o dolosa y la insolvencia, esto es, que el hecho doloso haya generado o agravado la insolvencia.

8. En el informe razonado del art 169 la AC indica como causas de la insolvencia del Racing, además de las propuestas por la propia deudora (carencia de accionista de referencia que actuase como apoyo económico, estructura de la deuda a corto plazo y reducción drástica de

ingresos por venta de jugadores), la concurrencia de presupuestos de explotación deficitarios. En absoluto se menciona como causa generadora de la insolvencia, ninguna de las conductas del hecho 9ª (hecho 6º, pág. 9), por lo que en lógica consecuencia se presentan las conductas con incidencia en la insolvencia como “agravadoras” de ésta, no como “generadoras”. En este punto habrá de resolverse si es posible entender que actos u omisiones antijurídicas (si es que se acredita esta antijuridicidad), dolosas o culpables del administrador en el ejercicio de su cargo, puedan causar un daño (concretado en la agravación de la insolvencia) en momentos anteriores -de 4 a 1 año- al afloramiento de la propia insolvencia que se dice agravada, o si necesariamente han de ser posteriores a la aparición de esta situación económica que no contribuyen a generar sino que agravan, y si este nexo causal está acreditado.

9. Para la calificación del concurso como culpable debe acreditarse el nexo causal entre la conducta y la generación o agravación de la insolvencia, no con la simple causación de un perjuicio. Es decir, al no haberse producido la condena a cobertura del déficit concursal por no haberse abierto liquidación, la condena dineraria perseguida respecto del administrador se basa en la indemnización de daños y perjuicios, pero este juicio (en la pieza de calificación culpable del concurso en que nos encontramos, diversa de un potencial juicio por responsabilidad de administradores) es posterior a otro previo y necesario, que es de la relación causal de las conductas imputadas con la agravación de la insolvencia ya que aunque considerásemos que los actos fuesen perjudiciales, incluso en el hipotético supuesto de que fueran delictivos, no necesariamente causan o agravan la insolvencia.

10. Según el inventario definitivo la masa activa del concurso ascendía al momento de su declaración a 49.116.418,78 €, y la pasiva, la lista de acreedores, a 48.326.841,62 €, según el inventario y lista de acreedores presentados con los textos definitivos en el tomo II de la sección segunda del concurso.

#### **OCTAVO.- Planteamiento general del enjuiciamiento de las conductas descritas en el hecho 9º del informe razonado de la AC.**

1. Todas las conductas imputadas al administrador demandado merecen para la AC y el MF la calificación de excesivas e injustificadas, pero se examinan individualmente, de forma aislada, sin relacionar con la entidad de insolvencia, los activos del club y en su caso los presupuestos, incidiendo en su falta de utilidad, necesidad o causa, o en lo excesivo del precio abonado en cada caso. Pese a indicar, ya desde el informe provisional, que una de las causas de la insolvencia del club había sido su funcionamiento con presupuestos deficitarios, previendo (al menos desde la temporada 2007/2008) un gasto ordinario superior a los ingresos ordinarios, confiando en la generación de ingresos extraordinarios, no es ésta una de las conductas sobre la que se basa la petición de culpabilidad y la relación causal con la generación o agravación de la insolvencia, y por lo tanto no cabe que la sentencia se base en ella.

2. Lo anterior nos separa de un precedente con el que pudiera guardar cierta similitud, el concurso de otro club de fútbol (Real Sociedad), declarado culpable en primera y segunda instancia sobre la base de la censura de la AC a la gestión presupuestaria y asunción de riesgos excesivos con “un presupuesto de ingresos de segunda y un presupuesto de gastos de primera”, generando un déficit económico además de que el presupuesto aún habría sufrido una desviación económica, sobre la base de la situación de ingresos muy minorados por el descenso a segunda y de una estructura patrimonial que rayaba en la causa de disolución desde temporadas atrás, lo que constituiría un comportamiento gravemente culposo del administrador que no podría excusarse en la búsqueda del éxito deportivo como modo de generar mayores ingresos derivados del ascenso de categoría (en el mismo sentido el precedente del Juzgado mercantil I de Alicante, asunto Lucentum Baloncesto SAD: la obligación del administrador es de medios, no de resultado, y no existe en el ordenamiento jurídico una “eximente deportiva”).

3. En el indicado asunto, el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de mayo de 2013, desestimando la casación, consideró que el que los administradores prescindan de la previsión

presupuestaria y “*generen gastos excesivos en relación con los previamente calculados - algunos, además, de difícil justificación por su cuantía, como los correspondientes a comisiones debidas a quienes median en la contratación de los deportistas-*” constituye la expresión de una grave negligencia que, “*en la medida en que haya contribuido a causar o agravar la insolvencia de la sociedad- lo que la sentencia recurrida declaró probado sucedió, en términos que no cabe revisar en casación* por su acusado componente fáctico”, da vida al supuesto descrito en la norma del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, y que no desempeña el cargo con la diligencia de un empresario ordenado, sino con grave negligencia, quien gasta más de lo que puede a la vista de las previsiones que él mismo había anticipadamente calculado en los presupuestos.

4. Debemos limitarnos a las conductas descritas en el hecho noveno (gastos destinados al proyecto “Escuela de Fútbol Real Racing Primavera” -EFRRP-, excesos en los gastos por comisiones en fichajes y ventas, no realización de partidos amistosos pagados a los clubes vendedores de jugadores, gastos de representación excesivos, compensaciones e indemnizaciones injustificadas a técnicos o prestadores de servicios al club, y adquisición de un automóvil de lujo), que no se exponen como desviaciones respecto de los presupuestos aprobados, ni incluyen la estructura deficitaria de éstos como causa de la generación o agravación de la insolvencia.

5. El acto gravemente culposo, podrá generar diferentes responsabilidades en los distintos órdenes jurisdiccionales, o dentro del mercantil, en una acción de responsabilidad de administradores, pero en sede concursal, debe en primer lugar demostrarse (salvo que concurren presunciones que hemos descartado respecto de la única tímidamente mencionada - 164.2.5 LC, por salida fraudulenta-) la relación causal con la generación o agravación de la insolvencia. La propia STS citada destaca al menos en dos ocasiones que esta relación causal se tiene por probada en las sentencias de primera instancia y apelación sin que quepa su examen en la casación, pero en absoluto anuda inexorablemente a los actos culposos por excesivos e injustificados la calificación culpable del concurso, sino que integrará el supuesto del art 164.1 “*en la medida en que haya contribuido a causar o agravar la insolvencia de la sociedad*”.

#### **NOVENO.- El nexa causal en el enjuiciamiento ex artículo 164.1 LC.**

1. Para la identificación del nexa causal, como expone Díez Picazo (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial) en un primer momento se acude a la teoría de la causa como condición sine qua non (sqn), siendo la causa aquel hecho que suprimido mentalmente, hace desaparecer el resultado. No basta con que la conducta sea condición sine qua non, también debe aumentar en una medida importante la probabilidad (frecuencia de relación entre dos clases de eventos) de que se verifique el daño, considerándose en virtud de este “juicio de probabilidad” como “causa adecuada” (teoría de la equivalencia de las condiciones).

2. La causalidad propia de todo régimen de responsabilidad civil extracontractual exige esta primera causalidad empírica o física como primer paso necesario que puede no obstante conducir a excesos. Para salir “del cerco de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición sqn”, se aplican los criterios de imputación objetiva, que permiten mediante el empleo de criterios valorativos de carácter normativo, seleccionar de entre todas las causas empíricas, aquellas que se pueden considerar jurídicamente relevantes, partiendo del cometido estándar o rol que en un determinado contexto de interacción social se adscribe a una persona, imputándole las desviaciones del mismo.

3. La causalidad (equivalencia de las condiciones) es algo empíricamente contrastable y previo a la imputación objetiva, que es una categoría sucesiva a aquella, siendo necesario excluir la imputación objetiva cuando concurren circunstancias que así lo aconsejan, proponiéndose al efecto varios criterios (el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el fin de protección de la norma, el criterio del incremento del riesgo, los supuestos de competencia de la víctima, etc).

4. En determinados supuestos no se realiza verdaderamente el juicio de causalidad empírico, sino directamente según criterios valorativo-normativos, muy similares al que es propio de la imputación objetiva, y por eso (Peña López, Comentarios al Código Civil, Dir. Rodrigo Bercovitz) no es preciso recurrir a la corrección por la imputación objetiva de los excesos de la causalidad empírica o de la aplicación de la teoría de la condición *sqn*, como ocurre en las omisiones (posición de garante e influencia de la conducta debida) y en las acciones puramente intelectivas (órdenes o consejos a un tercero de realizar una determinada conducta, como podría quizás intuirse por ejemplo -STS de 13-7-2015- cuando el incumplimiento grave del estándar de diligencia, buena fe e información completa y clara para la adquisición de valores complejos por el banco que debió abstenerse de recomendar el producto si no consta que los inversores fueran de un perfil de alto riesgo se considera título jurídico de imputación de la responsabilidad por daños). En el resto de supuestos, ha de reconocerse que no siempre se exige la demostración perfecta de la relación causal, por ejemplo en casos de imputación del daño causado por un grupo a unos de sus miembros, en la indemnización de la pérdida de oportunidad o señaladamente, en aquellos en que se aplica la doctrina *ex re ipsa loquitur*. El supuesto aquí examinado no se encuentra en ninguna de las excepciones mencionadas.

5. La doctrina expuesta se recoge en la jurisprudencia. Así la STS de 15 de diciembre de 2010 a propósito de una responsabilidad extracontractual reclamada a los auditores, recuerda que la relación causal “se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la “conditio sine qua non”, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la de la “equivalencia de condiciones”, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también”. Una segunda fase posterior a esta de la causalidad material o física, trata de identificar la “causalidad jurídica”, visualizada como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad (citando la previa STS de de 17-5-2007) para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

6. La STS de 22 de diciembre de 2014 a propósito de la responsabilidad extracontractual de los auditores y de una acción individual del art 241 LSC contra los administradores (que obedece al mismo esquema de acción negligente+daño+relación causal), reitera la misma doctrina, partiendo de la necesaria exigencia de acreditación de una causalidad física (no revisable en casación al ser propia del campo de la valoración probatoria) y una posterior jurídica en los términos indicados.

7. En el caso enjuiciado, debemos partir como se ha expuesto de que la cláusula general del art 164.1 LC ofrece dos posibles resultados que causalmente habrían de vincularse con la actuación gravemente negligente para determinar la culpabilidad del concurso: **la generación o agravación del estado de insolvencia**. Esta diferencia tiene según mi criterio una enorme relevancia puesto una misma conducta (cualquiera de las enunciadas por la AC) podrá ser causalmente determinante de la agravación de una insolvencia previa ya existente, pero no necesariamente será una condición sine qua non para la generación de la insolvencia, si ésta no concurría en el momento en que se realiza la acción. V.gr., un gasto no justificado de 500.000 € en una situación de insolvencia agravará esta situación, pero el mismo gasto, 3 ó 4 años antes de aflorar una insolvencia de casi 50 millones de euros no genera causalmente la insolvencia (sin perjuicio de otras posibles responsabilidades). Suprimida mentalmente la conducta, no habría agravación de la insolvencia en el primer escenario, pero sí seguiría habiendo generación de la insolvencia en el segundo. Incluso situándonos en la segunda y sucesiva fase de la causalidad jurídica, concurriendo ya la insolvencia la valoración según los criterios normativos derivados de los deberes legales de los administradores conducen a un reproche de la conducta que no sería tan fácil de predicar en una situación 2, 3 ó 4 años anteriores a la aparición del presupuesto objetivo del concurso.

8. En línea con lo expuesto, la AC no imputa la *generación* de la insolvencia a las conductas descritas en el hecho 9º (de hecho como ya hemos indicado, las causas de la insolvencia son otras según el informe razonado), sino la *agravación*. Cabe entender que se vincula a la solicitud de demora en el concurso, partiendo de que la insolvencia hubiera ocurrido en un momento anterior al que en esta sentencia se ha tenido por probado, pero, habiéndose rechazado la causa de culpabilidad basada en el retraso en la solicitud del concurso, no se puede agravar una insolvencia que no existía. El resultado a tener en cuenta es la agravación de la insolvencia, no la mera producción de un perjuicio, y no existió sino hasta varios años después de las conductas reprochadas. Si se considerase a éstas últimas como causantes de la agravación de la posterior insolvencia, estaría cayendo en la paradoja de que, no siendo aptas para la generación (aunque no hubiera ocurrido ninguna de las conductas descritas al hecho noveno, la insolvencia se habría generado, ya que las causas de ésta fueron otras diversas según el propio criterio de los demandantes, además de la desorbitada entidad del pasivo al momento de la declaración del concurso en relación al perjuicio derivado de aquellas conductas), sí lo son para agravar esa situación que no existía, lo cual es imposible por definición: se puede colaborar a generar la situación, pero no agravar algo que inexistente. Esto además de desvirtuar el juicio de imputación de la conducta, a la que habría de aplicarse un estándar de diligencia exigible mucho más alto en un escenario de insolvencia (que el administrador debería conocer) que en el de solvencia en el que se realizaron.

9. En este sentido, vinculando la agravación de la insolvencia a las pérdidas patrimoniales ocurridas desde la fecha detectada como de aparición de la insolvencia y la posteriores de solicitud del concurso, la SAP Madrid, secc. 28ª de 23-5-2014 -Transatlántica Española y Naviera de Odiel- apuntó que “[e]n cualquier caso, las cifras que presenta la administración concursal, que compara el pasivo impagado a 30 de abril de 2008 (649.923,29 euros) con el existente al tiempo de la solicitud de concurso (17.704.554,21 euros), unido a la pérdida patrimonial que intermedió con la salida de activos antes explicada, revela, con claridad, al menos, un patente empeoramiento en la situación de insolvencia (agravación de dicho estado, en términos de la regla general del artículo 164.1 de la LC) producida durante ese período”

10. Por último, destaca la ausencia de esfuerzo argumental de los demandantes del entronque causal cuando las conductas de las que pretende derivar son tan distantes en el tiempo de la insolvencia (SAP Madrid secc 28ª de 28-6-2013: “tan dilatado lapso de tiempo [contrato en 2005, insolvencia en 2008] hubiera exigido un mínimo de elaboración en justificación del necesario entronque causal, elemento ausente en la sentencia”).

11. En conclusión, se desestima la concurrencia de la causa de agravación de la insolvencia ex art 164.1 LC, al no concurrir el nexo de causalidad. No obstante lo cual se realizará a continuación, a mayor abundamiento, un repaso de los hechos presuntamente culposos imputados.

#### **DÉCIMO.- Escola Futbol Real Racing Primavera –EFRRP- (hecho 9.1).**

1. Desde la temporada 2007/2008 hasta la 2010/2011 se realizan transferencias cuyo coste se registró en dos cuentas contables (62300008 -Gestión Escuela de Brasil- y 65700004 -Escola Futbol Racing Primavera- por importe de 965.065,08 €. La AC manifiesta que no existe en la documentación de la concursada más reflejo documental que la de los pagos realizados, sin rastro de ningún tipo de proyecto, estudio, seguimiento, objeto del proyecto, ni tampoco retorno alguno del mismo y que no hay constancia de la creación de la referida escuela. Considera que supone un “perjuicio económico por gastos excesivos e injustificados”. En la fundamentación en derecho, (pág 27) se califica de “salida injustificada”, “claramente perjudicial”, “que agravaron su situación de insolvencia”, y nuevamente (pág. 31 con un desarrollo argumental respecto de la incidencia de las actuaciones que agravaron la situación de insolvencia de 4 líneas) se afirma que estas actuaciones (argumentación que se predica en general respecto de todas las 10 conductas indicadas en el hecho 9º sin distinción entre ellas) supusieron gastos excesivos e injustificados, que agravaron la situación de insolvencia. Los

pagos se reparten del siguiente modo: temporada 2007/2008: 643.270 €; 2008/2009: 148.036,03 €; 2009/2010: 164.458,93 € y 2010/2011: 9.300,12 €.

2. El Sr. Pernía niega la inexistencia. No aporta los documentos que la acrediten, limitándose a “remitirse al archivo de la concursada en el que figuran los documentos otorgados para ejecución del proyecto” y en la proposición de prueba únicamente solicita a la concursada las cuentas anuales y los contratos de adquisición de derechos de los jugadores Zigic y Garay. Por otro lado compara el coste del proyecto con el de mantenimiento de las secciones inferiores del club y con los fichajes de “jugadores formados”, para concluir que no es excesivo.

3. En la oposición de la concursada sí se aporta (págs. 21 y ss) la base documental del proyecto. El documento nº 4 es el contrato de 30-6-2007 entre el Racing y Esporte Clube Primavera (ECP) por el que en esencia adquiere la concursada los derechos federativos sobre los jugadores, asumiendo una serie de obligaciones que se incorporan en el anexo I -sin traducción ni cuantificación-, además de la gestión de club, contratación y pago de jugadores y personal, mantenimiento de instalaciones y compromisos de construcción y mantenimiento de una escuela de fútbol y lugares de entrenamiento, reservándose ECP un porcentaje en la venta de jugadores. El contrato se condicionaba a la realización de una auditoría que igualmente se acompaña (documento nº 9) y se materializaría a través de una sociedad EFRRP de nacionalidad brasileña cuyo 99 % correspondía al Racing (doc nº 7) aportándose igualmente solicitud de licencia de construcción de instalaciones y protocolo de intenciones con el Ayuntamiento de Indaiatuba (docs nº 6 y 10, ambos de fecha anterior al contrato de junio de 2007). Se afirma que los pagos se realizaron para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, siendo contratado como director del proyecto el Sr Urquijo Goitia.

4. Los pagos realizados en los cuatro ejercicios en que se periodificaron ascendieron a un 0,6 % del volumen de gastos ordinarios liquidados en dicho periodo, y en particular, en el ejercicio previo a la solicitud del concurso, representaron un 0,02 %, afirmación basada en la documentación contable e informes de la AC, que no se ha contradicho por la parte demandante.

5. No consta en la presente pieza el destino de los gastos contabilizados. Este soporte contable en sí mismo no acredita el destinatario de los pagos realizados, y únicamente se cuenta con las facturas giradas al Racing por Sport Rent Consulting por conceptos como “Gastos del Real Racing Club Primavera de Brazil”, “Implantación de Escuela de Fútbol en Brazil”, “Trabajos desarrollados por la empresa en el club Racing Primavera” (incluyendo supuestos adelantos de deuda por el Sr. Urquijo, adjuntando documentos presuntamente acreditativos de las deudas del club brasileño y minutas de abogados (no traducidos y ni valorados se por las partes), y gastos por viajes en avión clase bussiness, hoteles, restaurantes, y tarjeta visa. El testigo Sr. Bedoya no sabe si se controlaba que los gastos se destinaran efectivamente a la EFRRP, únicamente que sí se pagaron las obras, sin poder afirmar si la cuantía fue adecuada. Por lo tanto no cabe derivar de la documental aportada que los pagos se destinaran efectivamente al proyecto, y concretamente al cuál de las obligaciones asumidas por el Racing en el contrato de junio de 2007.

6. Ahora bien, por un lado se insiste incluso en la fase de informe en su calificación como salida fraudulenta, sin motivar la concurrencia de scientia fraudis, y, sobre todo, sin respeto al plazo de 2 años del art 164.2.5º, teniendo presente lo exiguo de los pagos en el año anterior al concurso, y que en cualquier caso obedecían a la periodificación del pago asumido contractualmente en 2007, que es cuando se contrajo la deuda.

7. Por otro lado, y en caso de admitir que cupiera el examen subsidiario conforme a la cláusula general de art 164.1 LC (único que se afirma con rotundidad y que realmente podría cobijar todas las conductas, particularmente el contrato generador de la deuda en 2007), es innegable según mi criterio que constituye un acto gravemente culposo la realización de gastos por importe de casi un millón de euros sin destino acreditado más allá de los viajes en avión, hoteles, restaurantes y gasolineras. Sin embargo, se negaba la propia existencia del



proyecto, y este argumento debe decaer a la vista de la documental examinada (contrato, licencias, adquisición de los derechos federativos, etc.).

8. El siguiente paso sería el examen del carácter innecesario e injustificado de la inversión, y la ausencia de retorno. En este punto, aún no existiendo facturas que acrediten el destinatario real y último de los pagos, ni rastro de las obras supuestamente realizadas, no se discute la real adquisición de los derechos federativos del club brasileño, y el demandado y la concursada oponen que el coste total de la operación y el desembolso realizado era equivalente al de mantenimiento de las categorías inferiores del Racing para una temporada, y muy inferior al de compra de los derechos federativos de un jugador profesional, afirmaciones no contradichas, de modo que al menos en parte sí estaría justificado, más allá del resultado que la operación hubiera tenido. No se aportan por lo tanto elementos de juicio para considerar que la actuación haya supuesto una actuación gravemente culpable, sobrepasando los límites de la discrecionalidad empresarial del art 226 LSC, además de que se afirma que la misma consta en las cuentas anuales depositadas y sometidas a aprobación en la junta general. Esto sin perjuicio de que en todo caso, debería también acreditarse el nexo causal con la agravación de la insolvencia, que como hemos visto no concurre.

9. No se puede descartar que los pagos se hubieran podido desviar a diferentes destinos, ni que el proyecto no supere los límites de la discrecionalidad empresarial del art 226 LSC, pero no se aporta la necesaria prueba a este respecto. Por otro lado, debe tenerse presente la importancia relativa o “materialidad” en cada uno de los ejercicios afectados en los términos expuestos en relación con el activo y pasivo de la entidad a fecha de declaración del concurso.

#### **UNDÉCIMO.- Los fichajes y traspasos de los jugadores Tchité, Smolarek, Zigic y Garay (hechos 9.2 al 9.5).**

1. El contrato de adquisición de los derechos del jugador Tchité se celebró con el club Anderlecht VZW el 31-8-2007 por un importe de 5.500.000 € más un variable de otros 250.000 €. El club pagó asimismo un comisión de intermediación a Sprlu Laurent Denis Sca, de 337.500 €, y otro 1.000.000 € al club vendedor por honorarios de partido amistoso a celebrar según el contrato (también de 31-8-2007) en el verano de 2008 y que no se celebró, por lo que entiende la AC que se trataba de un negocio simulado, sin justificación, y que permite suponer que se pagaron otras cantidades “extrañas al negocio, y que de alguna manera estaban relacionadas con el fichaje del jugador”. Se propone como excesivo e injustificado el pago de partido amistoso no realizado.

2. El contrato con el club alemán Borussia Dortmund para la adquisición del jugador Smolarek es de fecha 24-8-2007, por un precio de 4.175.000 €. Se añaden dos comisiones de intermediación a Balkman Sports Management y a Int. Sports Management, por importe de 100.000 € y 300.000 €, además de otros dos conceptos (por importe de 825.000 €) que son los se consideran injustificados:

- a. Honorarios por asesoramiento, según contrato de 14-9-2007, por importe de 562.500 € que se abonan al club vendedor, por conceptos incomprensibles (nuevos mercados, creación de lealtad de cliente, recepción VIP, relación con sponsor, etc.) servicios que no se recibieron, ni estaba justificado que pudieran ser prestados a través de una sociedad residente en Alemania.
- b. Honorarios por partido amistoso por importe de 262.500 €, a celebrar entre el 10 y el 20 de enero de 2008. Según contrato de 23-8-2007, y que no llegó a celebrarse.

3. El traspaso del jugador Zigic al Valencia CF se realizó por contrato de 9-8-2007, por 14.560.000 € (más IVA). El 14-1-2008 el club recibe factura de META IMAGE SRL por intervención en el fichaje por importe de 725.000 € que se paga mediante 17 efectos mensuales de 40.000 € cada uno desde julio de 2008, uno de 45.000 € y el abono del IVA por 116.000 € (docs. 18 a 18 quater). No existe contrato que avale esta intermediación ni soporte

documental alguno de la operación. Se considera excesivo e injustificado el pago de la comisión causando un perjuicio de 725.000 €.

4. Mediante contrato de 12-5-2008 la concursada traspasa al Real Madrid Club de Fútbol al jugador Garay por 10.300.000 (más IVA, más una serie de importes variables). El club comprador se habría dirigido directamente al vendedor, pero existe contrato de 12-5-2008 (misma fecha del traspaso) que regula mínimamente sin descripción de servicios ni profesionales intervinientes, el asesoramiento de MANAGMENT ARIOR SL en la operación, por el que se abonaron honorarios por importe de 600.000 € (más IVA) mediante dos facturas de 14 de mayo y 2 de julio de 2008, considerando se excesivo e injustificado ese pago, cifrando el perjuicio en 600.000 €.

5. Las contestaciones del Sr. Pernía y de la concursada, respecto de los traspasos de Tchité y Smolarek, son idénticas: las cantidades por partido amistoso y por asesoramiento son simulaciones para distribuir el precio realmente acordado por los derechos de los jugadores en conceptos diferentes de modo que los cotitulares de los derechos federativos de aquellos (Standar de Lieja y Feyenoord) se vieran perjudicados en favor del Anderlecht y el Borussia. Ni hubo asesoramiento ni intención real de celebrar ningún partido amistoso, explicación totalmente plausible y coincidente con las cifras de de los fichajes se hicieron públicas en la prensa nacional y en la página oficial de la UEFA (docs 13 y 14 de la contestación de la concursada), además de entenderse así por qué no se intentó el cumplimiento las prestaciones pendientes (los amistosos pagados y no celebrados) o la indemnización por incumplimiento por la propia AC durante el concurso, no constando que hubiera prescrito la acción respectiva. Se desconoce si la contraprestación pendiente se contabilizó de algún modo en el activo de la concursada.

6. Nada se discute a la vista de las contestaciones respecto de la adecuación de ese precio real de las adquisiciones (lo que en todo caso entraría en un campo muy subjetivo y difícilmente discutible) de modo que únicamente cabe plantearse si es gravemente culposa la realización de contratos parcialmente simulados en los términos expuestos. A lo que se debe responder en sentido negativo, toda vez que nada se opone a la vista de la contestación, decae el argumento del carácter “indebido” de estos pagos, y no se acredita incumplimiento de ningún deber por los administradores, ni causación de perjuicio a la concursada (solo en su caso a los Clubes Stadar de Lieja y Feyenoord).

7. En cuanto a los traspasos de Zigic y Garay, entiendo que efectivamente es incoherente calificarlas de innecesarias/injustificadas y excesivas al mismo tiempo. O son innecesarias o, siendo necesarias, son excesivas. Respecto de la necesidad y justificación de las comisiones por intermediación de agentes en los traspasos de jugadores, debe tenerse por aceptada con carácter general en la dinámica de contratación de jugadores profesionales de fútbol. Por más que no quede claro en qué consiste la intermediación y de que las cifras manejadas resulten elevadísimas. Parece que las comisiones por intermediación son una constante, necesaria e inevitable en todas las operaciones de fichajes de jugadores, como resulta de que la propia AC así las haya considerado sin ir más lejos en los casos de Tchité y Smolarek (en proporción incluso mayor), de que sea hayan reconocido créditos en el concurso por estos conceptos, también en casos en que no constaba contrato previo (así se afirma en la contestación respecto del crédito ordinario reconocido como nº 138 a favor del Sr. García Quilón, sin alegación contraria de la AC), y de que durante la intervención de la AC se hayan autorizado pagos por comisiones (por Héctor Cúper).

8. En el caso del jugador Garay, se cuenta con un contrato y, lo que es más relevante, con el allanamiento del AC al incidente por el que MANAGMENT ARIOR S.L. reclamó parte del crédito derivado por la intervención en la venta del indicado jugador (documento nº 13 de la contestación del Racing).

9. Más dudas suscita el supuesto del jugador Zigic. No existe contrato, y la factura se emite en enero de 2008, siendo la venta de agosto de 2007. El único indicio de la intervención de los

agentes es la propia de declaración del Sr. Botas y las del Sr. Pernía y la concursada. Además de esto debe valorarse una circunstancia no contradicha e introducida por el perito Luis Anselmo Sainz Pérez (página 23 de su informe), y es que habiendo asumido el Racing con el club Estrella Roja de Belgrado, mediante contrato de 29-8-2006 la obligación de abonar al Estrella Roja el 15 % “del beneficio que el Racing obtenga de un futuro traspaso a otra entidad deportiva” del jugador, sin embargo no se descontó del precio obtenido el importe de la comisión abonada meses después y ahora discutida.

10. La tacha del perito (art 343 LEC) únicamente pretende sacar a relucir relaciones o circunstancias que no hubieran sido expuestas o no constaran en su juramento o promesa, debiendo a partir de ahí el juez conforme a la sana crítica poner en relación las conclusiones periciales con sus relaciones extraprocesales con las partes. En estas circunstancias, no considero justificado debidamente el abono de 725.000 € por una intervención no acreditada. Ahora bien, si se trata de una salida fraudulenta de bienes, está claramente fuera del periodo de enjuiciamiento. El acto es según mi criterio contrario a la diligencia de un ordenado empresario, pero no cabe acudir a la regla general del art 164.1 LC si entendemos que se trata de una salida fraudulenta, por los motivos arriba expuestos, pero es que incluso en este caso, no se acredita el necesario nexo causal con la agravación de la insolvencia, como también se ha explicado.

11. Por último, y en cuanto al carácter “excesivo” de las comisiones, debe decaer este argumento, ya que no se justifica adecuadamente algo tan opinable como la adecuación del precio. De hecho, el porcentaje correspondiente a los fichajes discutidos es inferior al de otros en los que nada se ha opuesto (Tchite, Smolarek) respecto de la cuantía, y también a otros obrantes en autos (fichaje de Pedro Munitis), o incluso autorizados por la AC (Héctor Cúper). Incluso de aceptarse el carácter excesivo no se motiva en qué modo ello revelaría la concurrencia de scientia fraudis, que estaría en todo caso fuera del plazo, o, en su caso, culpa grave en la realización del hecho y relación de causalidad con la agravación del estado de insolvencia.

#### **UNDÉCIMO.- Apartados 9.6 al 9.10.**

1. Doble importe abonado por el mismo servicio a MASTER SPORT ASESORES S.L. y SEARCH ANDAN SCOUT S.L. en la temporada 2007/2008 (apartado 9.6 del escrito razonado) como acto culpable. Debe rechazarse. Por un lado se identifica el perjuicio con la suma de ambos conceptos, cuando al menos por uno de ellos el importe sí sería debido. Pero además, no se acredita debidamente que se trate del mismo servicio, no podría tenerse en cuenta como salida fraudulenta dadas las fechas en que se produce, y, desde el prisma del art 164.1 LC, no se acredita el necesario nexo causal.

2. Gastos de representación excesivos. Se llega a esta conclusión por comparación de los gastos contables recogidos en la cuenta 65400102 en los tres años anteriores a la declaración del concurso con los habidos durante la intervención de la AC. Nuevamente se omite ningún razonamiento de la concurrencia de scientia fraudis, no concurriría tampoco relación de causalidad, y no se da respuesta a la contestación en el sentido de que no todos los gastos son imputables al único demandado.

3. Compensación injustificada por 100.000 € a Jesús Merino e indemnización injustificada a “Culturas Producción e Imagen S.L.” (años 2007 y 2008). Nuevamente concurre la misma causa de desestimación. No se acredita la scientia fraudis, se encuentran en todo caso fuera del periodo de dos años anteriores al concurso del art 164.2.5 LC, y por más que sea sorprendente que se pacten retribuciones de más de 8.000 € mensuales por trabajos de relaciones públicas, al menos parcialmente sí se prestaron, no concurriendo nexo causal con la agravación de la insolvencia.

4. Adquisición de un vehículo de lujo. Se realiza dentro del periodo de dos años en que cabría apreciar salida fraudulenta. No obstante, no se interesa tal calificación, lo que es coherente



con el hecho de que el vehículo existe y se incluyó en el inventario. Desde luego es como mínimo discutible la necesidad de que un club de fútbol adquiriera para poner a disposición de sus administradores un vehículo de más de 70.000 €, pero nuevamente hemos de recordar que no se está valorando la responsabilidad del administrador por quebranto de sus obligaciones de lealtad, diligencia o evitación de situaciones de conflicto y actuación de buena fe sin interés personal (arts. 225 a 229 LSC), ni la causación de un perjuicio, sino la agravación de la insolvencia, habiéndose ya rechazado la concurrencia de relación de causalidad. Por lo que también se rechaza el argumento de la parte actora.

**DUODÉCIMO.-** No ha lugar a imposición de costas al actuar la AC en interés de la masa concursal y existiendo dudas de derecho como resulta el cuerpo de la presenta sentencia.

### **FALLO**

DECLARO el concurso de REAL RACING CLUB DE SANTANDER S.A.D. como FORTUITO, sin imposición de costas procesales.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias y autos definitivos, dejando testimonio literal de la misma en las actuaciones.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, para la Audiencia Provincial de Cantabria, dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente, mediante escrito en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso de apelación habrá de constituirse un depósito de 50 € en la cuenta de depósitos de este Juzgado en BANESTO nº 225800000027911, el mismo día de su presentación o a los dos días siguientes. De no efectuarse el depósito en los plazos indicados, el recurso no se admitirá a trámite. El depósito se devolverá a la recurrente sólo en el caso de que el recurso sea admitido total o parcialmente, según ordene la resolución final del recurso de apelación (Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

Así, por esta mi sentencia, lo acuerdo, mando y firmo, yo, Carlos Martínez de Marigorta Menéndez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria.

PUBLICACION: La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública, en el día de su fecha, y ante mi presencia, de lo que doy fe.