

Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª)

Sentencia núm. 228/2015 de 16 octubre. JUR 2015\249052

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 172/2015

Ponente: Illmo. Sr. D Francisco José Soriano Guzmán

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA N.º 172 (M- 63) 15.

PROCEDIMIENTO: CONCURSO N.º 775 / 11.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE ALICANTE.

SENTENCIA NÚM.228/15

Iltmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a dieciséis de octubre del año dos mil quince.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Istmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por D. Fausto , D. Jesús , D. Octavio y D. Valentín , apelantes por tanto en esta alzada, representados, respectivamente, por los Procuradores D. PEDRO MARÍA MONTES TORREGROSA, D.ª MARÍA DEL MAR LÓPEZ FANEGA, D. FERNANDO VIDAL BALLEÑILLA y D.ª PILAR FUENTES TOMÁS, con la dirección respectiva de los Letrados D. ÁLVARO SÁNCHEZ SEGARRA, D. MARCELINO GILABERT GARCÍA, D. ALFONSO GARCÍA CORTÉS y D.ª HERMENEGILDA RIVES QUIRANTE; siendo la parte apelada LUCENTUM BALONCESTO ALICANTE, SAD y la administración concursal.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, se dictó Sentencia, de fecha 25 de enero del 2015 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por la ADMON CONCURSAL y el Ministerio Fiscal debo:

Declarar y declaro que el concurso de LUCENTUM BALONCESTO ALICANTE SAD es culpable, y que los administradores Valentín , Jesús , Octavio y Fausto tienen la condición de personas afectadas por la calificación

Debo condenar y condeno a Valentín , Jesús , Octavio y Fausto A.

- 2 años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

- la pérdida de derecho que pudieran ostentar como acreedores.

Debo absolver a Florinda y Montserrat de las pretensiones contra ellas formuladas.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 21 / 7 / 15, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido al volumen y complejidad del procedimiento.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO

Mediante los recursos de apelación que se han interpuesto, las partes recurrentes persiguen que se revoque la resolución dictada en primera instancia y que este Tribunal, procediendo a un nuevo examen de las actuaciones, dicte otra favorable a sus intereses. Ya se adelanta que la valoración que efectúa este Tribunal es coincidente con la del juzgador de instancia, sin que de lo alegado en el escrito de interposición del recurso se advierta motivo alguno que permita disentir de la decisión contenida en la resolución recurrida, la cual puede ser confirmada con solo dar por reproducidos, asumiéndolos, sus fundamentos. Con ello se daría cumplimiento a la obligación que el artículo 120 núm. 3 en relación con el artículo 24 núm. 1 de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836 \)](#) impone a los Tribunales de motivar las resoluciones que dicten debidamente a fin de dar a conocer a las partes las razones de sus decisiones, y que permite, según ha señalado con reiteración la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (sentencias 174/L987, 146/L980, 27/L99 , 175/1191 autos del mismo Tribunal Constitucional 688/89 y 956/88) la motivación por remisión a una resolución anterior cuando la misma haya de ser confirmada, y precisamente porque en ella se exponen argumentos concretos y bastantes que sustentan cumplidamente la decisión en ella adoptada.

Poco más se puede añadir a lo que, con correctísima valoración de la prueba practicada y con acertada aplicación de las normas jurídicas aplicables al caso, se contiene en la muy completa y razonada resolución apelada, que podría ser confirmada por sus propios fundamentos y que, estimando parcialmente las pretensiones deducidas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, ha declarado culpable el concurso de LUCENTUM BALONCESTO SAD, así como que los administradores, ahora apelantes, Valentín , Jesús , Octavio y Fausto tienen la condición de personas afectadas por la calificación, condenándolos a dos años de inhabilitación para administrar bienes ajenos y la pérdida de derechos que pudieran ostentar como acreedores.

La calificación del concurso como culpable descansa, resumidamente, en los siguientes razonamientos jurídicos:

1º. Causa de culpabilidad consistente en irregularidad contable relevante ([art. 164.2.1º LC \(RCL 2003, 1748 \)](#)). La resolución considera que algunas de las aducidas por la administración concursal y Ministerio Fiscal no merecen tal consideración, estimando, sin embargo, acreditadas las siguientes irregularidades: a) en el ejercicio 2008/09: i- inclusión no justificada de subvenciones pendientes de cobro por importe de 334.000 €, al no constar soporte documental que permita verificar su concesión y devengo en ese ejercicio, sin que valga como justificación que existía un compromiso de concederlas por parte de distintos organismos públicos (Patronato Municipal y Agencia Valenciana de Turismo); ii- ausencia de provisión de 365.000 € para la cobertura de deudas tributarias en el pasivo. b) En el ejercicio 2009/10: i- inclusión en la cuenta de resultados de ingresos y explotación de 80.500 €, que no se acredita fueran concedidos por el Patronato Municipal; ii- ausencia de información en la Memoria de las circunstancias que originan dudas sobre la continuidad de las actividades de la sociedad ni sobre las circunstancias que pudieran contribuir a reducir dichas dudas, a la vista del resultado negativo (en poco más de dos millones y medio de euros) de dicho ejercicio, del patrimonio negativo de la sociedad (en más de millón y medio de euros) y del fondo de maniobra negativo en más de cuatro millones y medio de euros.

2º. De las irregularidades antedichas, la sentencia estima como relevantes únicamente las irregularidades observadas en el ejercicio 2008/2009 (inclusión en activo de subvenciones pendientes de cobro y omisión en pasivo de 365.000 € de deudas tributarias), pues se distorsionan la imagen mostrada hasta el punto de que, de haberse actuado correctamente, el patrimonio neto se habría reducido por debajo de la mitad del capital social, estando la sociedad incurso en causa legal de disolución. Carecen, sin embargo, de relevancia las irregularidades referidas del ejercicio 2009/2010.

3º. Causa de culpabilidad consistente en retraso en la solicitud de concurso (art. 165.1 en relación [art. 164.1 LC](#)), por no haberlo solicitado en el plazo de dos meses desde que el deudor conoció, o debió conocer, su estado de insolvencia. Considera la resolución que, en el ejercicio 2008/09, ya existían deudas que revelaban un incumplimiento generalizado de obligaciones especialmente cualificadas (AEAT, TGSS), que se prolongó mucho más allá de los tres meses que el legislador considera como relevantes, a la vista del [art. 2.4.4º LC](#) ; deudas que no revelan una situación impuntual de iliquidez sino un persistente y continuado impago y que engendran el tipo de culpabilidad ante el que nos encontramos, ya que la solicitud de concurso se presentó en noviembre del 2011 y, de otra parte, no se ha probado por la parte demandada que el retraso no implicara una agravación de la insolvencia.

4º. Personas afectadas por la calificación del concurso como culpable ([art. 172.2 LC](#)): la sentencia considera como tales a los anteriormente reseñados (excluyendo a otras dos personas, respecto de las que la administración concursal y el Ministerio Fiscal consideraban igualmente que merecían esa condición) y les imputa las dos causas de culpabilidad antes reseñadas, pues, como miembros del Consejo de Administración de LUCENTUM, formularon las cuentas anuales que contenían las irregularidades contables y omitieron el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo legal.

Frente a la sentencia, se alzan varios recursos (de los condenados como personas afectadas por la calificación, habiéndose aquietado con el fallo la propia concursada) cuyos alegatos, coincidentes en bastantes casos, se analizarán en los siguientes fundamentos, razón por la que se abordarán conjuntamente.

SEGUNDO

Impugnación del fundamento de derecho segundo, "delimitación del objeto"-

En lo que interesa al ámbito de la apelación, en el fundamento de derecho segundo, el magistrado efectúa una serie de consideraciones previas, con el fin de delimitar el objeto procesal, a la vista de las alegaciones de las partes. Así, razona que no es posible enjuiciar la condición de administrador de hecho del Ayuntamiento de Alicante (socio mayoritario de LUCENTUM), tal y como se mantiene abiertamente, o insinúa según el caso, por los ahora apelantes, pues ni la administración concursal, ni el Ministerio Fiscal, han mantenido esa posición en la pieza de calificación (arts. 169 y 170) ni, en consecuencia, han deducido pretensión alguna al respecto. En el mismo sentido, también señala que tampoco es posible analizar el comportamiento (a los efectos de la calificación del concurso) de miembros del Consejo de Administración frente a los cuales ninguna pretensión se ha deducido por administración concursal y Ministerio Fiscal.

Los recursos critican dicho criterio afirmando, de un lado, que obviar cualquier razonamiento sobre el carácter de administrador de hecho del Ayuntamiento de Alicante supone infracción del [art. 218 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , pues ha sido un tema reiteradamente planteado y la sentencia, aún cuando, y ciertamente, al no haber sido demandado, no pueda considerarlo como persona afectada por la calificación, sí que debería haber tenido en consideración ese carácter a fines exculpatorios pues, en definitiva, " su actuación dominaba por completo " la de los miembros del Consejo de Administración.

Desde luego, no existe la infracción denunciada, pues la sentencia aborda, suficiente y correctamente, esta cuestión en sus apartados 6, 85 y 86. Lo que, en definitiva, plantean los ahora apelantes es que la condición de administrador de hecho del Ayuntamiento de Alicante (caso de haber sido probada -que no lo ha sido-, aspecto no abordado en la resolución recurrida por no haber sido demandado ni intervenido en el procedimiento) excluiría la responsabilidad de los miembros del consejo de administración, por tener aquél un dominio absoluto de la marcha y gestión de la sociedad. No debemos más que reiterarnos en los razonamientos del apartado 86 de la sentencia apelada, que ahora concretamos: a) en principio, es compatible que, al mismo tiempo, se considere como personas afectadas por la calificación a administradores de hecho y de derecho ([art. 164.1 y 172.2.1º LC \(RCL 2003, 1748 \)](#)), pues la responsabilidad del administrador

de hecho no excluye, per se, la del otro; b) de existir, la responsabilidad de ambos de ambos administradores sería solidaria, salvo que la concreta actuación fuera imputable a uno sólo de ellos, o a uno en mayor medida que el otro; c) la responsabilidad del administrador de derecho, que reconoce ser un mero "títere" del administrador de hecho, deriva también de esta misma circunstancia (reveladora, cuanto menos, de gran dejación y negligencia, pues supone de entrada la deliberada elusión de las obligaciones que impone el cargo de administrador), por cuanto favorece la actuación oculta de aquél, al permitirle, de modo consciente, activo y continuado, actuar como tal administrador de modo invisible a los ojos de terceros.

En el caso que nos ocupa, ni se ha probado que el Ayuntamiento de Alicante fuera el administrador de hecho de LUCENTUM ni, mucho menos, que su alegada actuación como tal anulara por completo la de los apelantes, cuya responsabilidad habría de darse también conforme a lo anteriormente dicho.

En segundo término, se ha planteado que al dirigir la administración concursal y el Ministerio Fiscal su atención, en sus respectivos informes en sede de calificación, contra algunos de los integrantes del consejo de administración y no contra otros, supone que a éstos " les ha tocado la lotería ", constituyendo tal discriminación una " injusticia ". La sentencia da cumplida respuesta en su apartado 77: la administración concursal y el Ministerio Fiscal disponen de libertad para articular, del modo que tengan por conveniente, sus respectivos informes, determinando las personas que, por su actuación e intervención en los hechos relevantes, consideran merecedoras de la condición de afectadas por la calificación. Sin que, en cualquier caso, ello exima de responsabilidad al " elegido " (en dicción de la sentencia).

TERCERO

Sobre las irregularidades contables relevantes.-

Los distintos recursos presentados discrepan de la valoración del juzgador a quo, negando, en primer término, que existan las irregularidades advertidas en la sentencia apelada y, en segundo lugar, que sean relevantes. Abordaremos, a continuación, las cuestiones que aquéllos plantean, efectuando, con carácter previo, unas breves disquisiciones sobre la causa de culpabilidad que nos ocupa.

En nuestra Sentencia de 26 junio del 2014 (reiterando otras anteriores, como la Sentencia 20 diciembre 2012) ya razonábamos al respecto que la causa de calificación del concurso como culpable ante la que nos encontramos exige:

a) Una irregularidad en la contabilidad; irregularidad que, en un sentido amplio, podría entenderse como una infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados y, de modo más estricto, en una infracción legal sobre la forma de llevanza de dicha contabilidad.

b) La relevancia de la irregularidad, que ha de ser valorada únicamente desde la perspectiva de que dificulte o impida la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

Debemos precisar más aún el concepto de " irregularidad relevante ". A nuestro criterio, deben destacarse los siguientes elementos: a.-) material: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; b) cuantitativo: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; c) cualitativo: debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera. Este motivo de culpabilidad está huérfano de elemento subjetivo alguno (aún cuando generalmente vaya acompañado de intencionalidad) pues se hace depender, exclusivamente, de datos objetivos: irregularidad y relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. También es ajeno a la causa que ello haya generado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad.

Por último, a la hora de valorar la información contable en relación a la causa de responsabilidad de que se trata, hemos de tener en cuenta que, como señaló la STS de 21 de mayo de 2012 , la calificación de culpabilidad en el caso de los supuestos contemplados en el número dos del [artículo 164 LC \(RCL 2003, 1748 \)](#) , no depende de la conducta dolosa o gravemente culposa del deudor o de sus representantes legales que hubiera producido como resultado la generación o la agravación de insolvencia del concursado pues en el caso del número dos del 164 LC "...la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma ". Y añade la Sentencia que " contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos ", lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no hubieran generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo - ".

Las dos irregularidades contables relevantes que considera la sentencia recurrida son:

a) La inclusión de subvenciones pendientes de cobro por importe de 334.000 €.

En las cuentas del ejercicio 2008/2009, epígrafe " otros ingresos de explotación ", de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, se incluyeron dos subvenciones pendientes de cobro, por un importe total de 334.000 €: una, de 240.000 €, concedida por la Agencia Valenciana de Turismo, y otra, de 94.000 €, del Patronato Municipal de Deportes. Se partía, pues, de que dichas subvenciones se habían concedido en dicho ejercicio, aún cuando no se hubieran todavía cobrado.

La sentencia reprocha la ausencia de soporte documental que permita verificar su concesión y devengo en ese ejercicio, aún cuando el auditor haya expuesto que una de ellas (la de la Agencia Valenciana de Turismo) apareciera como cobrada al año siguiente y, la otra, que estaba embargada por la AEAT, pues ello no acredita que, en el ejercicio citado, las tuviera concedidas. Es posible, añade, que existiera un compromiso

de concesión de esas subvenciones, pero no estaban concedidas, lo que vulnera el principio del devengo del [art. 38](#) del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21 \)](#) .

Consideramos que la irregularidad existe por cuanto se computaron como ingresos unas cantidades, importantes, que no se habían recibido en ese ejercicio y sobre las que sólo se tenía una perspectiva, más o menos fundada, de que se concederían y pagarían en el futuro. Contabilizar ese ingreso inexistente supone, como mínimo, altera el principio de devengo del [art. 38](#) del Código de Comercio y los principios generalmente aceptados en contabilidad (resolución ICAC de 20 de octubre del 2008), en el sentido de que, para contabilizar una subvención, es preciso que se haya seguido el procedimiento establecido a tal fin (solicitud, tramitación y concesión) y que exista, pues, el documento de resolución en que así conste. A mayor abundamiento, si la subvención no se había concedido a la fecha de cierre del ejercicio y se contabilizó como ingreso, se produce una alteración del principio contable del devengo establecido en la primera parte del [PGC \(RCL 2007, 2098 y 2386 \)](#) , RD 1514/2007 (" los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran (...) con independencia de la fecha de su pago o de su cobro "), pues no hubo hecho económico alguno que registrar.

En el Informe de Auditoría de las cuentas anuales abreviadas del ejercicio social cerrado a 30 de junio del 2009 (elaborado por encargo de la ACB, Asociación de Clubs de Baloncesto, y firmado por el GABINETE TÉCNICO DE AUDITORÍA Y CONSULTORÍA, SA, en fecha 14 de enero del 2010) ya se hacía constar que no había documentación suficiente que permitiera verificar la concesión y devengo, en el ejercicio 2008-2009, de las subvenciones pendientes de cobro contabilizadas como otros ingresos de explotación.

En definitiva, nos encontramos ante un dato contable que no se correspondía con la realidad, basado exclusivamente en la esperanza de que se cumplieran los compromisos asumidos por las entidades concedentes, en el sentido de que la subvención se concedería y pagaría.

b) Ausencia de provisión de 365.000 € para la cobertura de deudas tributarias en el pasivo.

La norma de registro y valoración 15ª, Provisiones y contingencias, del PGC, RD 1514/2007 establece, en su número 2 (Valoración) que " de acuerdo con la información disponible en cada momento, las provisiones se valorarán a la fecha de cierre del ejercicio por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar o transferir a un tercero la obligación... ". Se alega que los administradores hicieron " la mejor estimación posible " con la cantidad que efectivamente provisionaron y que aparece en tal concepto en las cuentas anuales, que fue la de 487.457 €

En el informe de auditoría a que anteriormente se ha hecho referencia, se apreciaba el defecto de provisión por importe de 365.400 €.

Desde luego, la importancia cuantitativa del "error" que se ha aducido (y que fue ya subsanado en las cuentas del ejercicio 2009- 2010) pone de manifiesto, a nuestro entender, la existencia de la irregularidad contable que nos ocupa.

c) Sobre la relevancia.-

En el informe de auditoría a que venimos haciendo referencia, " excepto por las salvedades descritas en los párrafos 4 y 5 (...) las cuentas anuales abreviadas expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de LUCENTUM... ", con lo que queda también claro ello se consigue ignorando aquéllas salvedades, que son las relativas al tema de la subvención y de la falta de provisión para la cobertura de deudas tributarias. De otra parte, el mismo informe pone de manifiesto que, con las dos citadas salvedades, la sociedad se encontraría en causa de disolución prevista en el art. 260.1.4 [TRLISA \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) .

La resolución recurrida, en un contundente punto 29, y con criterio compartido por el Tribunal, razona la relevancia de las dos irregularidades analizadas, no sólo por sus magnitudes cuantitativas, sino por impedir, tanto de modo conjunto como separado, una " comprensión cabal de la situación patrimonial y financiera de la sociedad", pues sólo corrigiendo el pasivo con los 365.000 € omitidos, el patrimonio neto se habría reducido por debajo de la mitad del capital social, con lo que la sociedad estaría en causa de disolución. Circunstancia que se agravaría si en el pasivo no se hubieran contabilizado las subvenciones que no se ha acreditado que estuvieran concedidas. Y, desde luego, que de las cuentas resultara claramente que la sociedad se encontraba incurso en causa de disolución, no es cuestión baladí, a los efectos del conocimiento, por parte de terceros, de la auténtica situación financiera y patrimonial de aquélla.

CUARTO

Sobre el retraso en la solicitud de concurso.-

En el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada, el magistrado de instancia considera que se produjo un retraso en la presentación de la solicitud de concurso (arts. 165 en relación al [art. 5 LC \(RCL 2003, 1748 \)](#)), efectuando los siguientes razonamientos de interés:

a) La administración concursal ha mantenido que cuando se presentó la solicitud de concurso (noviembre del 2011), la sociedad ya estaba en situación de insolvencia, cuanto menos, desde el final de la temporada 2008-09 (junio 2009), lo que resulta de: i) la existencia de un fondo de maniobra negativo desde entonces, sin que el ascenso a la ACB supusiera una mejora de la situación, sino más bien al contrario, pues se produjo un mayor volumen de pérdidas, con agravamiento de la insolvencia; ii) deudas significativas con trabajadores, AEAT y TGSS; y iii) estar incurso en causa de disolución desde esas fechas. La demora en la presentación de la solicitud supuso un agravamiento de la insolvencia en más de seis millones de euros.

b) La respuesta de la sentencia a dichos argumentos ha sido: i) es un error equiparar el estado de insolvencia (definido en el [art. 2.2 LC](#) , como el estado del deudor que no puede cumplir regularmente las obligaciones exigibles, que se desprende, salvo prueba en contrario, con la acreditación de la concurrencia de un hecho revelador de insolvencia (art 18 LC) con el hecho de estar incurso la sociedad en causa de disolución; ii) la existencia de un fondo de maniobra negativo desde la finalización de la temporada 2008-2009 (que se mantuvo en las dos siguientes) no basta para afirmar y

datar la insolvencia, pues aquél no es más que una de las magnitudes habitualmente empleadas por los economistas para " medir la distancia a la insolvencia que desemboca en la situación concursal ", pues evalúa la liquidez a corto plazo y la posibilidad de pagar a los acreedores en el mismo; habiendo podido la administración concursal, en tanto ha examinado con todo detalle la contabilidad de la sociedad, fijar, tomando como base dicho examen, la fecha en que se produjo la insolvencia; iii) con relación a las deudas más significativas, apuntadas por la administración concursal, ciertamente revelan un incumplimiento generalizado de obligaciones especialmente cualificadas, aún cuando con posterioridad, en el 2010, se concediera su aplazamiento.

c) De lo anterior, el juzgador concluye que, al cierre del ejercicio 2008-2009 (junio 2009), la sociedad ya se encontraba en situación de insolvencia actual, lo que se ve corroborado por el mencionado fondo de maniobra negativo (de casi tres millones de euros) y por el reconocimiento de serios problemas de pago por ausencia de liquidez, reconocido por varios consejeros en el acto de la vista.

d) Una vez que la demora en la presentación de la solicitud de concurso se ha considerado existente, no se ha conseguido la prueba (cuya carga correspondía a los demandados) de que aquélla no implicó una agravación de la insolvencia; más bien, al contrario, el retraso agravó esa situación.

Los diferentes recursos presentados rebaten, desde distintas perspectivas, los extensos razonamientos vertidos en el citado fundamento de derecho de la sentencia apelada, haciendo hincapié en detalles o aspectos que, según se dice, habrían de conducir a considerar que la solicitud de declaración de concurso se produjo dentro del plazo legal, una vez constatada la situación de insolvencia de la sociedad.

Confirmaremos el criterio mantenido en la primera instancia, reiterándonos en los razonamientos anteriormente expuestos, destacando, de cualquier modo, algunos aspectos de especial interés.

La fecha en que se data la situación de insolvencia es correcta y deriva de una pluralidad de circunstancias de entidad, que confluyen en señalar el cierre del ejercicio 2008-2009 (que tuvo lugar en junio del 2009) como el momento en que la sociedad ya no se encontraba en condiciones de atender el pago de las deudas exigibles, por más que la grave situación se intentara "parchar" con distintas medidas que no consiguieron evitar lo que se ya desde entonces se antojaba inevitable. Así, de un lado, el fondo de maniobra negativo del ejercicio 2008-2009 alcanzaba casi los tres millones de euros (en el ejercicio siguiente se incrementó a más de cuatro millones y medios, para descender a casi cuatro millones en el ejercicio 2010-2011). Ello revela que las medidas adoptadas fueron inanes, a la vista de la grave situación financiera de la sociedad).

No se puede desconocer la gran importancia que ha de darse al parámetro del fondo de maniobra negativo; importancia que también le otorgó la propia sociedad cuando, en la solicitud de declaración de concurso, hacía referencia al fondo de maniobra negativo del último ejercicio para fundar su situación de insolvencia. El fondo de maniobra negativo suele definirse como el montante de recursos financieros permanentes que están invertidos en el activo circulante, es decir, los recursos permanentes que necesita una sociedad para desarrollar su ciclo de explotación. En términos generales, un fondo de maniobra negativo implica dificultades de liquidez, ya que para poder hacer frente a las

obligaciones de pago a corto plazo, la empresa podría tener la necesidad de vender una parte de sus activos fijos.

En el caso que nos ocupa, el fondo de maniobra negativo, como elemento ya de por sí harto significativo, se vio acompañado del impago de obligaciones especialmente relevantes, como fueron las cotizaciones a la Seguridad Social y obligaciones tributarias diversas. Y, por último, y también como aspecto a destacar, la situación de iliquidez y de imposibilidad de hacer frente a las obligaciones exigibles era conocida por los miembros del Consejo de Administración, como se pone de manifiesto en las distintas actas obrantes en el procedimiento, donde, a título de ejemplo: i) reunión de 30.6.08, Sra. Florinda "... resulta inviable cubrir gastos hasta el momento en que las aportaciones de las Administraciones Públicas se hacen efectivas (...) serio problema para la gestión diaria de la sociedad... "; ii) reunión 20.10.08 "...el Presidente quiere hacer hincapié en los gravísimos problemas de tesorería por los que atraviesa la sociedad y que podrían resumirse (...) un problema inmediato de falta de liquidez motivado por un fallo en el planteamiento económico de la Comisión Ejecutiva (...) la Sra. Florinda sigue informando que el problema de liquidez actual es muy grave... "; iii) reunión de 24.2.09, "... El Sr. Presidente expone la urgencia de contar con la necesaria liquidez (...) la vicepresidenta Sra. Florinda informa que estima un déficit a final de temporada superior a los 700.000 €... ".

No constituyen óbice a las conclusiones alcanzadas que la sociedad, de modo sistemático (lo que, dicho sea de paso, es dato del que se colige la imposibilidad de pago al vencimiento, por falta de solvencia), solicitara el aplazamiento de las obligaciones que mantenía con la Agencia Tributaria y con la Seguridad Social, pues la solicitud de aplazamiento, sin resolución favorable al mismo (que tuvo lugar ya bien entrado el año 2010), no impide la exigibilidad de aquéllas. La técnica recurrente al aplazamiento revela, en unión de los hechos anteriormente reseñados, la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social a sus respectivos vencimientos, sin que sea dable considerar la mera solicitud de aplazamiento en una suerte de " escudo protector " que libere, y proteja, al deudor de la obligación de presentar en plazo legal la solicitud de declaración de concurso, cuando carece de medios para hacer frente a esas obligaciones, vencidas, líquidas y exigibles.

También son irrelevantes las causas que motivaron la imposibilidad de pagar esas deudas cualificadas. Que, al final de la temporada 2008-2009, se consiguiera el ascenso a la ACB y existiera un lógico ambiente de euforia, en el que se preveía una salida a la importante crisis financiera, no es causa obstativa para el cumplimiento de las obligaciones legales, dándose los presupuestos para que éstas nazcan (art 5 LC).

Por último, el agravamiento de la situación de insolvencia debido a la demora en la presentación de la solicitud resulta claramente de la contabilidad de la concursada y se ve confirmado por la circunstancia de que, final e inexorablemente, la situación empeoró y motivó la presentación de la solicitud de declaración de concurso. El informe elaborado por la administración concursal concluye que las continuas pérdidas generadas por el negocio (que se agravan año tras año, sin una correlación con los ingresos ni con el patrimonio social), la sociedad estaba incurso en causa de disolución durante los últimos ejercicios anteriores a la solicitud de concurso, y que no tenía viabilidad alguna en el corto plazo.

QUINTO

Sobre las personas afectadas por la calificación.-

La administración concursal y el Ministerio Fiscal han considerado, como personas afectadas por la calificación culpable, no a todos los miembros del consejo de administración del LUCENTUM sino solo a los miembros de su Comisión Ejecutiva, en el periodo comprendido entre el 29 de Noviembre de 2009 y la sesión de su consejo de administración de fecha 11 de Julio de 2011 (reunión en la que se acordó solicitar la declaración de concurso voluntario), al considerar que era dicha Comisión Ejecutiva a la que correspondía dirigir y gestionar la sociedad.

La resolución recurrida ha excluido de tal condición a la Sra. Florinda y a la Sra. Montserrat en tanto eran meras representantes designadas por las mercantiles que ostentaban la condición de administradores (Propiedades Inmobiliarias Espacio, S.L. y Ciudad de la Luz, SAU. Ello no está incluido en el ámbito de la apelación.

Entiende el juzgador de instancia que la demora en la presentación de la solicitud de concurso es imputable a la Comisión Ejecutiva, a la cual el Consejo de Administración había delegado todas las facultades -excepto las indelegables-; de ahí que los considerados como afectados por la administración concursal sean responsables de los comportamientos que han generado la calificación culpable, pues, en primer lugar, formularon las cuentas que contenían las irregularidades contables y, en segundo término, incumplieron el deber de solicitar en plazo la declaración de concurso, siéndoles imputable la conducta pasiva del órgano colegiado del que formaban parte, pues ninguno de ellos adoptó actuación alguna tendente a que dicho órgano tomase la decisión de solicitarlo.

En el año 2007, el Consejo de Administración del LUCENTUM acordó la formación de una Comisión Ejecutiva, que estaba compuesta por una parte de sus miembros, de modo que, en la práctica, era una suerte de "mini Consejo", al que se delegaron de manera permanente todas las facultades de aquél, excepto las indelegables. De ese modo, los miembros de esta Comisión Ejecutiva eran también miembros del Consejo de Administración. Con ello, se facilitaba la marcha de la gestión social. Se ha probado (entre otros medios probatorios, las actas aportadas así lo revelan) que la Comisión Ejecutiva elaboraba los presupuestos del club, efectuaba los planteamientos económicos de la temporada, analizaba la situación económica y marcha financiera de la sociedad, trasladando sus criterios y propuestas al Consejo de Administración. Por tanto, y como bien dice la administración concursal en su escrito de oposición, los integrantes de esta Comisión asumieron, voluntariamente, un plus de responsabilidad respecto al resto de los miembros del Consejo. En la medida en que eran esos miembros los que proponían al resto de consejeros las cuentas anuales y no adoptaron iniciativa alguna en orden a la declaración tempestiva de concurso, dada la situación de insolvencia de la sociedad, conociéndola, como la conocían, está más que justificada su caracterización como personas afectadas por la calificación culpable

En definitiva, ninguno de los argumentos vertidos en el escrito de interposición del recurso de apelación tiene entidad para que este Tribunal modifique el criterio y resolución adoptados por el juzgador de instancia, razón por la que, sin necesidad de mayores disquisiciones, y remitiéndonos en el resto a la mencionada resolución, se

desestimarán los recursos interpuestos, con imposición de costas a los apelantes, al no apreciarse serias dudas de hecho o de derecho.

SEXTO

De conformidad con el [art. 208.4 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , toda resolución incluirá la mención de si es firme o cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir.

Así, de acuerdo con lo establecido en el [art. 466](#) y [Disposición Final 16ª LEC](#) , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario de infracción procesal, de los que conocerá, en su caso, el Tribunal Supremo, siempre que dicha sentencia sea recurrible en casación, por encontrarse en alguno de los casos previstos en el [art. 477.2 LEC](#) . Tales recursos deberán interponerse (téngase en cuenta que la modificación introducida en la LEC por la [Ley 37/2011, de 10 de octubre \(RCL 2011, 1846 \)](#) , de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE del día 11 de octubre, suprime el trámite de preparación de todos los recursos devolutivos, que habrán, por tanto, de ser directamente interpuestos, en plazo y forma, de conformidad con la Disposición transitoria única, Procesos en trámite) ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, constituyéndose previamente depósito para recurrir por importe de 50 euros por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en Banesto indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido ([LO 1/2009, de 3 noviembre \(RCL 2009, 2089 \)](#)).

SÉPTIMO

De conformidad con la Disposición Adicional décimoquinta, número 9, de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , introducida por la [LO 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089 \)](#) , en caso de confirmación de la resolución recurrida, la parte recurrente perderá el depósito que hubiera constituido para interponer el recurso contra aquélla.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con desestimación de los recursos de apelación interpuestos por la representación de D. Fausto , D. Jesús , D. Octavio y D. Valentín contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de fecha 22 de enero del 2014 , en los autos de concurso n.º 775 / 11, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución , imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido desestimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-