



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2017 / 2018
Convocatoria: Marzo

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCURSO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS DE FÚTBOL PROFESIONAL.

CONSIDERATIONS ABOUT THE BANKRUPTCY OF PROFESSIONAL FOOTBALL PUBLIC LIMITED COMPANIES

Realizado por el alumno/a **Daniel Jesús Rodríguez Suarez.**

Tutorizado por el Profesor/a **Don José Luis Sánchez Parodi.**

Departamento: Área Derecho Mercantil.

Área de conocimiento: Derecho Mercantil.

ABSTRACT

In the present work we will focus in the analysis of the Bankruptcy of professional football public limited companies and their current characteristics. For that we have studied carefully how the insolvency law is applied in sports club and which are the ones that have had to be involved by this law, seeing with care the legal and economic consequences of sports managers and finally the evolution of these. In the other hand, it will also be analyzed the important moment when sports clubs start forcefully or intentionally the state of insolvency.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis de la evolución del concurso de acreedores en el mundo del deporte y sus características actuales. Para ello hemos estudiado detenidamente como se aplica la ley concursal en las entidades deportivas y cuáles son los clubes que han tenido que verse abocados a esta ley, observando la evolución de los mismos, a raíz de entrar en el concurso definimos que consecuencias jurídicas y económicas han de tener los responsables de las entidades deportivas con los acreedores. En otro ámbito, también será analizado el momento en el que la entidad deportiva inicia el concurso de acreedores de manera forzosa o voluntaria.



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



ÍNDICE

I. Introducción.....	5
II. Condiciones de solvencia de las sociedades anónimas deportivas.....	6
III. Aproximación a la situación actual de los clubes deportivos en relación al concurso de acreedores	10
IV. Especial referencia a la calificación del concurso y la responsabilidad Concursal de los directivos.....	17
1. Las causas de culpabilidad.....	18
2. La responsabilidad concursal de los directivos.....	32
3. La eventual responsabilidad concursal del socio tirano.....	35
4. La eventual complicidad de los intermediarios.....	39
V. Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	43

I.INTRODUCCIÓN.

Tradicionalmente los clubs de futbol han vivido en una situación de quiebra técnica por sus excesivos gastos en la contratación de jugadores y entrenadores. Su balance económico está necesitado de los importantes contratos que las cadenas de televisión firman con los equipos de Primera División para la retransmisión de los partidos. Estos clubes disfrutaban además de un apoyo especial de sus patrocinadores, que ven más recompensada su inversión publicitaria por la promoción que supone jugar en una de las ligas de fútbol más populares del planeta. En este marco económico¹, la declaración de concurso ha supuesto un beneficio para el mundo del deporte inusual en una empresa convencional, de manera que las sociedades anónimas deportivas se han ido aprovechando de las ventajas de entrar en un concurso de acreedores.

A través del presente trabajo se pretende exponer una serie de consideraciones sobre algunos el concurso de las sociedades anónimas deportivas de fútbol profesional. Con este propósito trataremos las condiciones de solvencia de estas entidades, nos aproximaremos a la situación actual de nuestra normativa concursal, para terminar con una análisis particular de la calificación del concurso, así como de la responsabilidad concursal de los directivos a la luz de las resoluciones

¹ Para un estudio más profundo de ese marco económico vid. PALOMAR OLMEDA, A., “La insolvencia de las entidades deportivas profesionales” en *El concurso de acreedores* (Dir. PULGAR EZQUERRA, J), Madrid 2012, pp. 785 y ss

dictadas por nuestros tribunales respecto de los numerosos concursos declarados en este sector económico.

II. CONDICIONES DE SOLVENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS.

Como se ha adelantado, desde la década de los años 80 del siglo pasado ha sido muy frecuente que los clubes de fútbol se endeudaran de forma desmedida con el fin de poder acceder a la adquisición de futbolistas de primera fila. Este sobreendeudamiento² se fue convirtiendo paulatinamente en un bucle que llevó a que el precio de los futbolistas alcanzara cotas desmesuradas, lo que obligaba a los clubes a asumir mayores gastos inasumibles en la mayoría de los casos. A pesar de ello e, incluso, durante la larga crisis económica este sector siguió creciendo³.

El primer hito en el control de la actividad económica de los clubes fue la ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, por la que se crearon las Sociedades Anónimas Deportivas (a las que en adelante me referiré como SAD), así como una estructura coordinada con la federación correspondiente. El artículo 41 de la Ley del Deporte puso en manos de las ligas profesionales la supervisión del sector cuando señalaba que los

² Para una aproximación al concepto de sobreendeudamiento puede consultarse MELERO BOSCH, L., “Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida”, RDCP, pp. 333 y ss, y en particular 335-338.

³ Vid. DELOITTE, *The untouchables. Football Money League*, Febrary 2011.

estatutos y reglamentos de las ligas profesionales serán aprobados por el consejo superior de deportes, previo informe de la federación correspondiente. Sin duda, la exigencia de que los clubes de fútbol asumieran obligatoriamente la forma de sociedad anónima supuso el primer paso para iniciar el control económico de los mismos, sobre todo porque en aquella época se acaba de reformar el régimen jurídico de este tipo societario mediante la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas comunitarias en materia de Derecho de sociedades.

Ello no obstante, la sensación de que la insolvencia crecía en el sector del deporte profesional llevó a nuestro legislador a acudir a un sistema de supervisión pública. Por este motivo se llevó a cabo la reforma introducida por la ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Tampoco fue suficiente esa reforma para controlar los gastos y, por ello, la solvencia de las SAD, de manera que, cuando el 1 de septiembre de 2004 entró en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, uno de los sectores que empezó a utilizar este instrumento de solución de la crisis económica de las empresas fue el del fútbol. De hecho, a partir de esas fechas el concurso de acreedores ha sido solicitado por 17 de 42 entidades deportivas.

Desde esta perspectiva, no resulta difícil convenir que la aplicación de la Ley concursal en el ámbito del deporte profesional ha cumplido holgadamente su objetivo porque las entidades que tenían problemas económicos están en vías de solucionarlo o lo han hecho ya. En efecto, a diferencia de lo sucedido en la mayoría de los sectores económicos, en el mundo del fútbol la Ley concursal sí ha cumplido su función destinada a

controlar la solvencia en el mercado y encauzar a las entidades que padezcan transitorias situaciones de insolvencia, pero que en definitiva sean viables.

Ahora bien, ha sido la Liga Nacional de Fútbol Profesional la que ha venido ejerciendo las funciones de tutela, control y supervisión a través de sus órganos de gobierno y administración, sobre la economía de las SAD. A este respecto hay que subrayar que en el mes de mayo de 2010 se produjo la aprobación por parte de la UEFA de las nuevas reglas de control financiero para los equipos participantes en las competiciones organizadas por la citada entidad. Ello supuso un estímulo a todas las ligas de fútbol continentales para revisar y actualizar sus reglamentos internos en esta materia. La LFP, a través de sus órganos de gobierno, reconoció la similitud de los objetivos de las nuevas reglas UEFA con las aspiraciones de los Clubes y las SAD pertenecientes a las categorías del fútbol profesional español y la especial necesidad de implementar mecanismos de control económico aplicables a todas las entidades afiliadas con total y absoluta independencia de que se encuentren en situación concursal. Con este propósito, el 17 de mayo del año 2012 el Consejo Superior de Deportes aprobó el Reglamento de Control Económico de los Clubes y Sociedades Anónimas Deportivas afiliados a la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el intento, como señala su Preámbulo, de promover la solvencia de los clubes. El Reglamento ofrece unas pautas de buen actuar de los clubes en el ámbito económico y revela la preocupación del órgano de supervisión y control por normar ese aspecto. Partiendo de aquel objetivo general, su artículo 1 establece como objetivos específicos, entre otros: -alentar a los clubes a operar en base a sus propias capacidades de ingresos (d), y -fomentar el gasto responsable en beneficio

del fútbol a lo largo plazo (e). Para el cumplimiento de esos fines establece en su Capítulo 2º unas reglas de carácter económico-financiero a cumplir entre las que destacan la regla de punto de equilibrio (artículo 19) y el principio de empresa en funcionamiento (artículo 20), entendiéndose que éste se incumple cuando el informe de auditoría que se adjunte a los estados financieros incluya un párrafo de énfasis por incertidumbre en relación con el indicado principio o una opinión con salvedades o desfavorable en ese mismo sentido.

Para la elaboración del presupuesto de los clubes se deberán incluir los ingresos y gastos que estiman obtener, siendo estos⁴:

- Ingresos por competición
- Ingresos comerciales
- Derechos de televisión
- Abonados
- Venta de jugadores
- Gastos corrientes
- Gastos financieros
- Gastos personal no deportivo
- Gastos de plantilla
- Primas por rendimientos individuales o colectivos.

La fórmula para calcular el límite presupuestario es: la suma de los ingresos con los gastos estimados, siendo este el coste de plantilla aproximado. Esto se envía a la liga de fútbol profesional y a la comisión de control que comunicara al club donde está el límite exacto de gasto. La LFP

⁴ Cfr. Plazadeportiva.com

permite un desfase del límite del presupuesto siempre y cuando haya en ese caso una ampliación de capital.

En suma, este régimen de fiscalización económica y financiera, basada en la noción del resultado del punto de equilibrio, entendido como la diferencia entre los ingresos relevantes y los gastos relevantes, ajustado por las salvedades cuantificadas en el informe del auditor, ha contribuido a sanear el sector y evitar situaciones de insolvencia, de manera que la aplicación de la Ley concursal está reduciéndose de forma paulatina. No se pierda de vista que la normativa contempla la posibilidad de aplicar sanciones económicas a quienes la incumplan, así como la imposibilidad de inscribir jugadores cuando no se mantiene ese punto de equilibrio y, en casos muy graves, se prevé la pérdida de puntos en las competiciones y hasta la pérdida de categoría.

III. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CLUBES DEPORTIVOS EN RELACIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES.

Ante una situación de insolvencia actual, esto es, de incapacidad económica del deudor para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o de insolvencia inminente –cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.2 de la LC)⁵, las SAD, como cualquier otro deudor, tienen el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario dentro de los dos meses siguiente a que conozca o deba haber

⁵ Sobre el concepto de insolvencia plasmado en la LC vid., por todos, PULGAR EZQUERRA, J, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid 2006.

conocido el estado de insolvencia (art. 5 LC). Acogerse a la ley concursal, ya que así se dispone en la actualidad. Los clubes pueden optar por hacerlo de una manera voluntaria (casos, Málaga o Real Sociedad), o en los casos que un acreedor inste el concurso, éste será necesario (UD Las Palmas o Levante U.D.).

Tras la reforma operada por la ley 38/2011 en materia laboral se matizan tres aspectos en materia de competencia: se hace una referencia expresa al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que define lo que se entiende por suspensión colectiva de contrato, añadiendo un párrafo al artículo 8.2 de la LC; se incluye de forma expresa la referencia al traslado geográfico como supuesto de modificación del contrato de trabajo, artículo 64.1 de LC; y se refuerza el término "colectivo" para referirse a todas y cada una de las medidas que se pueden adoptar en el procedimiento del artículo 64 de la LC. Otra de las matizaciones que realiza la reforma de la Ley Concursal es la inclusión expresa de la posibilidad del traslado geográfico colectivo reseñada en la nueva redacción dada al artículo 64.1 de LC; aunque era mayoritaria la doctrina que entendía incluida esta medida en las posibles a adoptar, lo cierto es que la nueva regulación zanja por completo este asunto.

Por último, en la nueva redacción del artículo 64.1 de la LC también se aprecia la inclusión del término colectivos para referirse a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, a los traslados y a la suspensión o extinción de las relaciones laborales.

La LC adoptó como principio que la empresa en concurso debía seguir realizando las actividades profesionales o empresariales propias, ya sea a través del concursado o de la administración del concurso, en aras a

conseguir que no se cerrase la empresa y cesase el negocio, lo que llevaría aparejado el despido de los trabajadores. Este espíritu inspira el articulado de la ley. Por este motivo, entre otros, se introdujo la regulación de un procedimiento para regularizar las relaciones laborales que evidentemente estaban en situación crítica. Ciertamente es que la propia ley de reforma ha reconocido que en la mayoría de los casos el cierre y cese del negocio ha sido el final de las empresas sometidas a concurso

El único contrato de trabajo individual que tiene cabida en la LC es el del personal de alta dirección. La reforma ha coordinado las competencias del artículo 8.2 y la regulación de este procedimiento de extinción individual. La regulación en esta materia ha sido modificada añadiendo un párrafo en el apartado primero del artículo. Se incluye el recurso contra la decisión adoptada por la administración concursal en relación con la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Se seguirá el procedimiento de incidente concursal en materia laboral, siendo la sentencia recurrible en suplicación.

También resultó resulta esencial a la modificación producida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que si bien no ha modificado directamente la ley concursal sí que ha efectuado importantes cambios en el Estatuto de los Trabajadores y que incidirán en la tramitación del procedimiento del artículo 64. Esta Ley supuso una actualización del derecho concursal tomando como referencia la situación económica de su momento histórico para la adopción de las medidas como para la valoración de su implementación. El objetivo de este Real Decreto Ley estuvo basado en que la declaración de insolvencia no se retrase en el tiempo, hecho que trae

como consecuencia el perjuicio del concursado y de sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio.

Aun así, surgen los problemas ya que estas normas contienen una referencia evidente a que en caso de impago de los deportistas y de las deudas contraídas por las entidades deportivas perdían su categoría profesional y se integraban en el deporte NO profesional. Para el juez mercantil la pérdida de la competición por una decisión administrativa o privada se convertía en un elemento de tensión evidente porque pierde el mejor activo de la entidad. La interpretación fue discutida, y, finalmente, unánime en todos los órganos jurisdiccionales mercantiles que llegaron a condicionar no solo la medida de mayor entidad, el descenso de categoría profesional. A raíz de los problemas surgidos, fue suficiente para llevar el ánimo del legislador la necesidad de incluir un cambio en la LCO. A este propósito responde la disposición Adicional Segunda bis de la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio. Esta nueva normativa concursal tiene como principal fin la supervivencia y mantenimiento de la actividad del deudor concursado⁶.

⁶ Para un análisis exhaustivo de la materia vid. PALOMAR OLMEDA, A., “La insolvencia de las entidades deportivas profesionales...”, pp. 793 y ss

La aplicación de la Ley Concursal a las entidades deportivas ha tenido consecuencias positivas y negativas ya que, supone un medio para superar la situación de insolvencia pero a la vez debe coexistir con la Ley del Deporte y el Real Decreto de las Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

En el fútbol es donde se han dado la mayor “problemática” entre las normas concursales y las deportivas. Para resumir estas divergencias, podemos tomar como ejemplo el artículo 192 del Reglamento de la Federación Española de Fútbol, determinando el descenso de categoría para las entidades deportivas que no hayan cumplido con sus obligaciones de pago con los miembros de la entidad. Sin embargo, la normativa concursal se orienta a mantener la continuidad de las empresas en crisis generando conflictos con difícil solución. Tras la modificación de Ley Concursal operada por la ley 38/2011 la actual Disposición Adicional Segunda bis de la citada ley concursal establece el régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas e indica: “En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicaran las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente Ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición.

Esto trae como consecuencia que la aplicación de la Ley concursal no puede ignorar las especialidades que para los concursos se prevea en la legislación deportiva. Por tanto, si un club inmerso en un concurso de

acreedores no cumple con los requisitos, ya sean deportivos o económicos, se aplicara la normativa administrativa deportiva y podrá ser excluido de la misma aun cuando ello implique dificultades para la supervivencia de la empresa. En este sentido se ha pronunciado el AAP de Murcia (Sección 4ª) de 17 de marzo de 2016 (JUR 2017\75353) al señalar que “La controversia planteada relativa a si son compatibles las medidas previstas por las entidades organizadoras de competiciones deportivas (como el descenso de categoría o la no expedición de licencias federativas) en caso de concurso de una de las sociedades participantes no es nueva en nuestro Derecho de Insolvencias, como deja constancia el órgano judicial al citar varios precedentes, hasta el punto que el legislador en la Ley 38/2011 le dedica expresamente la Disposición adicional segunda bis rubricada " *Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas*" 9. En ella se dice " *En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición. El Gobierno, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre (RCL 1990, 2123 y RCL 1991, 1816), del Deporte, y de los créditos salariales de sus deportistas.*» 10 La finalidad de la norma es evidente, como se encarga de aclarar el Preámbulo de la citada Ley que por su contundencia se transcribe:" *Se introduce una nueva disposición adicional segunda bis en*

la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), *que prevé un régimen especial aplicable a entidades deportivas, que trata de evitar interferencias indeseables en las competiciones deportivas en las que puedan participar. Si bien la normativa concursal presenta como elemento inspirador y como fin del concurso la supervivencia y mantenimiento de la actividad del deudor concursado, esta modificación responde a que el deporte profesional presenta características singulares, lo que ha llevado a consagrar la especificidad de esta actividad en el Tratado de Lisboa y justifica que la legislación deportiva estatal someta este sector a una regulación acorde con sus especialidades. En este sentido, el incumplimiento de las "reglas del juego" exigibles para poder participar en ciertas competiciones deportivas por parte de las entidades concursadas, compromete a la competición en su conjunto y a los potenciales competidores. Con esta reforma se trata de aclarar, ante la disparidad de criterio de los órganos jurisdiccionales en determinados concursos de entidades deportivas, que la sujeción a la Ley Concursal no impedirá la aplicación de la normativa deportiva que regula la competición, evitando que se pueda inaplicar y dejar sin efecto dicha normativa. Efectivamente, el acceso y participación en una competición deportiva de carácter profesional depende de los resultados deportivos, pero también exige cumplir, entre otros, con determinados criterios de tipo económico que garanticen que quien participa en la competición está en condiciones de hacer frente a los compromisos y obligaciones económicas que se exigen para tomar parte en la misma, pues ello exige realizar importantes inversiones. Asimismo, debe tenerse presente que el incumplimiento de las obligaciones asumidas en este contexto por una entidad deportiva desvirtúa y desnaturaliza la competición y el singular marco de competencia*

establecido por las normas deportivas. Él principio que caracteriza y define la competición deportiva es el de la paridad de los competidores, en cuya virtud todos los participantes han de hacerlo en condiciones de igualdad, que debe respetarse también por las entidades deportivas que se encuentren en situación concursal. Porque esa igualdad se quiebra cuando un competidor que cumple con los requisitos establecidos por el organizador compite, en desventaja, con quien no atiende a las obligaciones económicas y de otras índoles establecidas y busca aprovecharse de ser declarado en concurso para no tener que respetar los mismos requisitos que los demás participantes. En definitiva, con esta reforma se pretende evitar las distorsiones que pueden plantear tanto la aplicación de una lógica exclusivamente económica a las actividades deportivas, como la preterición absoluta de legislación que regula la participación en competiciones deportivas, evitando así el uso indeseado o abusivo de ciertos instrumentos previstos en la Ley Concursal, garantizando la estabilidad e igualdad " .

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS DIRECTIVOS.

En esta parte del trabajo me ocuparé de destacar las posibles repercusiones de la aplicación de las normas contenidas en el Título VI de la Ley Concursal, relativas a la calificación del concurso, en tanto que vestigio de la vertiente represora del Derecho Concursal⁷, a las situaciones más frecuentes en la práctica de las sociedades anónimas deportivas.

⁷ Sobre la calificación del concurso debe consultarse ALCOVER GARAU, G., “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en

1. Las causas de culpabilidad.

Como es sabido, las causas que permiten calificar el concurso como culpable están recogidas en los arts. 164 y 165 de la LC. En la interpretación del sistema construido por estos preceptos nuestro Tribunal Supremo, desde su sentencia 644/2011, citada y reiterada por la STS de 21 de mayo de 2012⁸, ha precisado que “la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado 1 de su artículo 164 -, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - 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. Contiene este segundo precepto el

Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Le 8/2003 para la reforma concursal (coordinado por GARCÍA VILLAVERDE, R./ ALONSO UREBA, A./ PULGAR ESQUERRA, J.), Madrid 2003, pp. 487 y ss; SANCHO GARGALLO, I, “La apertura de la sección de calificación”, *ADcon*, nº 34, 2015, pp. 143 y ss, y ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B. (directores), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Madrid 2013.

⁸ Roj: STS 4441/2012 - ECLI: ES:TS:2012:444. Id Cendoj: 28079110012012100390 N° de Recurso: 1157/2009 N° de Resolución: 298/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL.

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 –“.

Complementariamente, nuestro alto tribunal viene considerando que “el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de " una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ", pues manda presumir " iuris tantum " la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no convenza al Tribunal”⁹. Esta doctrina se mantiene hasta nuestros días, puesto que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, queda meridianamente claro que la presunción “iuris tantum” contenida en el citado art. 165 se refiere a la culpabilidad del concurso y no sólo a la conducta del deudor, lo que supone la consolidación de la inversión de la carga de la prueba, de tal modo que tendrá que ser el deudor o las personas afectadas por la calificación las que deban destruir esa presunción legal¹⁰.

⁹ Desde su sentencia 614/2011, de 17 de noviembre, también citada y reiterada por la ya aludida STS de 21 de mayo de 2012.

¹⁰ Con anterioridad a esa reforma se debatió en nuestra doctrina si la presunción sólo afectaba a la conducta del deudor y no al segundo de los presupuestos exigidos por el art. 164.1 relativo a la generación o agravación del estado de insolvencia). Hoy en día, la nueva redacción del art. 165 no

El sistema sobre las causas de culpabilidad del concurso ha sido completado más recientemente por nuestra Jurisprudencia al declarar que “no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el curso del cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable”. Quiere ello decir que «salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación»¹¹.

deja lugar a dudas de que cometida alguna de las conductas tipificadas por ese precepto, se presume la culpabilidad del concurso salvo prueba en contrario (vid., por todos, MOYA BALLESTER, J., “Las presunciones relativas de la culpabilidad y otras cuestiones”, *ADC* nº 41, 2017, pp. 181 y ss)..

¹¹ La primera vez que nuestro Tribunal Supremo se pronunció sobre esta materia fue en su sentencia 202/2017, de 29 de marzo; doctrina que ha sido reiterada muy recientemente por la STS de 24 de octubre de 2017 (Roj: STS 3750/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3750 Id Cendoj: 28079110012017100545. Nº de Recurso: 1380/2015. Nº de Resolución: 575/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

Ahora bien, nuestro Tribunal Supremo añade que “sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El art. 172.2.1º LC al regular quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio art. 172 LC, en primer lugar, el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas”. Y concluye “en nuestro caso, los previstos en el art. 164.2.1º LC, que no establece ningún límite temporal previo, esto es, no exige que las irregularidades contables se hubieran realizado dentro de un determinado periodo de tiempo anterior a la declaración de concurso. Sin perjuicio de que el tiempo en que hayan sido realizadas las irregularidades contables pueda ser valorado por el tribunal para juzgar sobre uno de los elementos que conforman el tipo, que es la relevancia de las irregularidades en relación con la comprensión de la situación patrimonial y financiera del concursado”.

A la hora de efectuar el particular contraste de las diversas causas de culpabilidad que se regulan en los preceptos que venimos comentando, hay que destacar, primero de todo, que a pesar de que lo habitual en la práctica

judicial sea que la calificación del concurso como culpable se ampare en alguna de las causas tipificadas en los art. 164.2 y 165 de la LC, lo cierto es que el sistema diseñado por este texto legal autoriza a fundamentar esa misma calificación aplicando la denominada cláusula general sancionada por su art. 164.1. En efecto, esta norma está dictada precisamente para que proceda la culpabilidad del concurso “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia” el 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, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2, hayan realizado una conducta o incurrido en una omisión en la que hubiera mediado dolo o culpa grave.

Esta posibilidad que debe admitirse en términos generales para cualquier concurso, fue empleada en el caso del concurso de la Real Sociedad de Fútbol, SAD. En efecto, la STS de 24 de mayo de 2013 vino a confirmar las sentencias de instancia, calificando como culpable el concurso de esta entidad con base en la cláusula general del invocado art. 164.1 de la LC. En concreto consideró que, aun aceptando una cierta discrecionalidad en la toma de decisiones de los directivos de los club de fútbol, eran incardinables en el supuesto tipificado por esta norma (i) el que los administradores prescindieran del presupuesto aprobado y generaran gastos excesivos no previstos y (ii) el que algunos de esos gastos respondieran al pago de comisiones a intermediarios en la contratación de jugadores; circunstancias ambas demostrativas de la diligencia grave (que generó y agravó la situación de insolvencia) en la que incurrió el Presidente del consejo de

administradora¹². También en la calificación del concurso del Club Deportivo Alavés, SAD se utilizó la cláusula general diseñada por el art.

¹² Vid. la STS de 24 de mayo de 2013 (RJ 2013\3708). Ponente: Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel, cuyo F.J. Cuarto es muy esclarecedor al declarar: “Dada la significación que en las sociedades cumple el presupuesto, como previsión de ingresos y gastos para un tiempo determinado - que en el caso de las sociedades del tipo de la concursada coincide con el del campeonato en el que participa -, el que los administradores prescindan de tal previsión 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, como han declarado los Tribunales de ambas instancias en relación con el concurso de Real Sociedad de Fútbol, SAD, 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 Concursal.

Hay que tener en cuenta que el administrador de una sociedad debe desempeñar el cargo con la diligencia de un empresario ordenado y que no se comporta así, sino con grave negligencia, quien gasta más de lo que puede, además, a la vista de las previsiones que él mismo había anticipadamente calculado.

Es cierto que el estándar de comportamiento exigible al administrador de una sociedad ha de concretarse en función de la actividad de la misma y de las circunstancias en que se encuentre. Igualmente, es cierto que el riesgo implícito en la gestión de una sociedad que actúa en un mercado tan difícil con el del fútbol de competición no puede ser calificada sólo por sus resultados, particularmente los deportivos, pues hay que reconocer, dentro del antes referido modelo, un cierto margen de discrecionalidad al administrador en su gestión. Pero, con todo, no cabe entender que don Ambrosio hubiera actuado como, en las mismas circunstancias, lo hubiera hecho un administrador diligente, al gastar más de lo que podía, dado el limitado nivel de ingresos calculados en la temporada a que se refiere la calificación. Hacerlo significaba, en buena lógica, dirigir la sociedad directamente a la crisis.

Por lo demás, ninguna de las justificaciones ofrecidas por los recurrentes merecen ser consideradas como tales.

164.1¹³. Y lo mismo sucedió en el concurso del Real Club Deportivo Mallorca, SAD, al considerar el Juez que “Las particularidades de la

El acuciante deseo de obtener éxitos en el campeonato - con la contratación de nuevos futbolistas - no puede explicar las desviaciones presupuestarias, tanto más si es notorio que los buenos resultados deportivos no son incompatibles con un diligente rigor en dicha materia.

Tampoco la afirmada deficiente gestión de los administradores a los que sucedió don Ambrosio , purifica la de éste y los posteriores, sino que, a lo más, presenta la anomalía como usual y su corrección como urgente.

El desconocimiento por el administrador de la verdadera situación económica de la sociedad administrada, ofrece aún menor justificación, ya que añade la evidencia de un flagrante incumplimiento del deber de estar al tanto, en todo momento, de la marcha de la sociedad que se administra.

Por último, la jurisprudencia en que se basa el motivo, referida a la abstracta valoración de la urgencia en adoptar sus decisiones los administradores y al reconocimiento de los riesgos de las mismas, ningún apoyo da al planteamiento de los recurrentes, que, en una situación de grave crisis económica de la sociedad, precisamente actuaron cual si la misma no existiera”.

¹³ En efecto la SJM núm. 1 de Vitoria de 16 de abril de 2012 (AC 2012\393) luego confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Álava, declaró: “El artículo 164.1 de la LC señala que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. Es en ese ámbito en el que han de incardinarse las actuaciones realizadas por los entonces administradores del DEPORTIVO ALAVÉS SAD, valorando para ello la documental obrante en el concurso y en especial el informe de la Administración Concursal emitido el 11 de diciembre de 2007 recogido en su informe de calificación.

Son actuaciones, bien realizadas sin contraprestación o provecho de clase alguna para la concursada, o que determinan, por su innecesidad la agravación de la situación de insolvencia por culpa grave de los administradores, las siguientes:

1.-Adquisición de la franquicia CALIFORNIA-VICTORY el 2 de julio de 2006 para competir en la UNITED SOCCER LEAGUES por un importe total de 529.865'82 euros.

actividad no alcanzan a justificar las desviaciones de presupuesto ni los fondos de maniobra negativos, aun cuando ello se presente en la mayoría de los clubes [...], convirtiendo en ordinario lo que habría de representarse como excepcional [...], debe afirmarse que los constatados elementos ofrecidos por la Administración concursal, agravaron la insolvencia del

Inicialmente el 2 de julio de 2006 adquiere la franquicia por importe de 275.835 euros, para posteriormente realizar aportaciones para el mantenimiento del Club que juega en dicha competición que se formalizan como prestamos por importe de 254.030'82 euros.

Dicha operación es calificada como liberalidad por la Administración concursal al no aportar nada al Club DEPORTIVO ALAVÉSSAD no existiendo antecedente alguno en la Liga de Fútbol Profesional. No constando ingreso alguno respecto de la misma.

2. Patrocinio del Equipo de Fútbol- Sala ATENEA que supuso un coste de 149.876'97 euros.

Al citado Club se le hacen entregas de dinero que no se documentan lo que impide conocer su origen.

Dicha operación es calificada asimismo como liberalidad por la Administración concursal al no aportar nada al objeto social de DEPORTIVO ALAVÉS y constituir en sí una liberalidad dada la situación financiera del mismo, lo que ha de compartirse.

3.-Alojamiento y manutención de Administradores D. Joaquín y D. Romualdo y personal vinculado al DEPORTIVO ALAVÉS D. Jesús Carlos , D. Antonio y D. Hernan en el establecimiento hotelero HOTEL LAKUA con categoría de 5 estrellas de Vitoria Gasteiz por importe de 278.184'44 euros en el periodo comprendido entre Julio de 2004 a Julio de 2007, lo que constituye un gasto mensual de 7.727'34 euros por persona.

Así el gasto más elevado se corresponde al efectuado por D. Jesús Carlos , por importe de 68.466'23 euros lo que constituye un gasto mensual de 1.901'83 euros y el menos elevado el de D. Hernan 40.383'03 euros, administrador único de ELNE 3.18 SEGURIDAD, PROTECCIÓN Y VIGILANCIA y empleado de la sociedad con categoría de jefe de servicios. Y la contratación del juzgador D. Jose Manuel por 1.150.000 euros, para la temporada 2006/2007, cuyo impago determina la cesión del crédito que genera facturas contra el club por servicios prestados de dudosa existencia y conceptos e importes cuestionables”.

Club, asumiéndose unos gastos desproporcionados en relación a los presupuestados en un afán por conseguir resultados deportivos con descuido de los económicos, imprescindibles éstos para lograr a aquéllos y garantizar el pago a los acreedores”¹⁴.

Por otra parte, si nos adentramos en el análisis de las causas previstas por el art. 164.2, observaremos que cobran especial relieve las transgresiones de la obligación de la llevanza de contabilidad según las normas que las regulan (art. 164.2,1º)¹⁵. En este sentido no puede olvidarse

¹⁴ Cfr. la SJM núm. 2 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 12 de diciembre de 2013 (AC 2014\178).

¹⁵ Sobre la calificación de culpabilidad del concurso basada en esta causa en el caso del Club Deportivo Alavés, SAD puede consultarse la ya citada SJM núm. 1 de Vitoria de 16 de abril de 2012 (AC 2012\393) luego confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, al declarar “Asimismo, concurre el supuesto descrito en el art. 164.2, 1º de la Ley Concursal : la comisión de irregularidades en la contabilidad de la sociedad concursada relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, que se concreta, a través de la prueba practicada, en los siguientes hechos:

1.- La no legalización de libros contables. Hay un incumplimiento de las obligaciones de presentar y legalizar los libros oficiales de contabilidad correspondientes a los tres años previos a la declaración del concurso Libro Diario, Libro de Balances e Impuesto Valor Añadido. El art. 25 del Código de Comercio obliga a la llevanza de determinados libros, sin distinguir entre libros o documentos sustanciales o no porque ello ofrece una información cronológica de la vida económica de la sociedad. Así los libros de contabilidad no se han llevado en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I del Código de Comercio y, entre ellos, la legalización que ordena el artículo 27 del Código de Comercio. Con la solicitud del concurso asimismo se aporta una certificación de fecha 15 de junio de 2007 del acuerdo del Consejo de Administración para la presentación del concurso que no figura reflejada en

que el art. 26.1 de la Ley del Deporte, en los casos que las sociedades anónimas deportivas cuenten con varias secciones, impone la obligación llevar una contabilidad separada que permita diferenciar las operaciones referidas a cada una de ellas con independencia de su integración en las cuentas anuales de la sociedad. En estos casos, en la memoria deberá especificarse, en su caso, la distribución del importe neto de la cifra de negocios correspondientes a las actividades propias de cada sección deportiva de la sociedad.

No cabe orillar que ese mismo art. 164.2, 1º, en su último inciso, presume culpable el concurso cuando existan irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada, exigencia normativa que conecta con el principio contable de la imagen fiel ¹⁶. Se trata de evitar que la contabilidad contenga irregularidades trascendentes o relevantes en los términos legales, dado que en tal caso las decisiones de los operadores jurídicos no podrán ser adoptadas de forma correcta y adecuada, si parten de condicionantes fácticos inexactos, produciéndose entonces un perjuicio informativo para la comprensión de la situación real del obligado contable, no exento de consecuencias, que el legislador pretende prevenir, y, en su caso, sancionar.

el libro de Actas del Consejo incumpliendo el art. 26 del Código de Comercio”.

¹⁶ Vid. en este temario QUIJANO, J, “Las irregularidades relevantes en el concurso como hecho de concurso culpable”, *ADCon* nº 27, 2012, pp. 359 y ss.

Ahora bien, no es suficiente con que concurra una irregularidad contable para que el concurso pueda ser considerado como culpable, sino que el Legislador concursal exige que a tal irregularidad se le pueda atribuir el calificativo de «relevante», lo que podría conectarse con el principio contable de importancia relativa, recogido en el marco conceptual del Plan General de Contabilidad, según el cual «se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel». Como muestra de la aplicación de este supuesto como justificante de la calificación culpable del concurso, hay que citar el caso del Club Deportivo de la Coruña, SAD, en el que existía un grupo de empresas que no distinguía de forma separada en la contabilidad las operaciones vinculadas entre la matriz y sus filiales¹⁷.

Tampoco son infrecuentes las situaciones en que la sociedad anónima deportiva realice actos jurídicos dirigidos a simular una situación

¹⁷ Vid. al respecto la SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 6 de julio de 2015 (AC\2015\1268). También se utilizó esta causa para calificar como culpable el concurso del Celta de Vigo, SAD por la SJM núm. 1 de Pontevedra de 30 de junio de 2011 (AC 2011\2058). En este caso se detectaron decisiones adoptadas de forma consciente y voluntaria (ausencia de provisión para impuestos, activación de cantera, cómputo anticipado de ingresos por publicidad), bajo la justificación de que así se reflejaba mejor la imagen fiel de la sociedad, cuando en realidad se cometieron prácticas contables conscientemente al margen de las normas y que tanto en las cuentas principales como en la complementaria se presentaron como correctas, creando entre todas la imagen distorsionada que se consideró reprochable.

patrimonial ficticia a fin de eludir las competencias fiscalizadoras que la Ley del Deporte atribuye al Consejo Superior de Deportes y a la Liga Profesional, de modo que sería aplicable la causa de culpabilidad prevista por el art. 164.2, 6º.

Desde el punto de vista de las presunciones de culpabilidad del concurso tipificado por el art. 165 de la LC, suele ser aplicable, como en un número muy elevado de concursos, la primera relativa al incumplimiento del deber de solicitar el concurso voluntario dentro del plazo de dos meses que establece el art. 5 del mismo cuerpo legal. De hecho, en la sección de calificación del concurso voluntario del Racing de Santander, SAD el Juez de lo Mercantil enjuició esta causa, concluyendo que no concurría y, tras descartar el resto de causas alegadas en el informe de la administración concursal, terminó calificándolo como fortuito¹⁸. Por el contrario, en el

¹⁸ Vid. SJM núm. 1 de Santander de 26 de febrero de 2016 (JUR 2016\42881) en la que se estima que el club no incumplió el deber de solicitud, pues con anterioridad sólo existía una situación de desequilibrio patrimonial, subrayando que “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 pormenorizadamente 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

concurso del Real Club Deportivo Mallorca, SAD el Juez lo calificó como culpable también por haberse incumplido el deber de solicitar el concurso voluntario¹⁹.

Tampoco podemos orillar la causa referente a la vulneración de los deberes contables de formular las cuentas anuales, someterlas a auditoría y proceder a su depósito una vez que sean aprobadas (art. 165.1,3º). Repárese que de conformidad con lo exigido por el art. 26. 2 de la Ley del Deporte, a cuyo tenor “las sociedades anónimas deportivas deberán remitir al Consejo Superior de Deportes y a la Liga Profesional correspondiente el informe de auditoría de las cuentas anuales y el informe de gestión antes del depósito de dichas cuentas en el Registro Mercantil”. Añadiendo el número 3 de este mismo precepto que además “el Consejo Superior de Deportes, de oficio o a petición de la Liga Profesional correspondiente, podrá exigir el sometimiento de una Sociedad Anónima Deportiva a una auditoría complementaria realizada por auditores por él designados con el alcance y el contenido que se determine en el correspondiente acuerdo”²⁰.

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”.

¹⁹ Cfr. la SJM núm. 2 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 12 de diciembre de 2013 (AC 2014\178), que también consideró concurrente esta causa de culpabilidad.

²⁰ También en el caso aludido del Club Deportivo Alavés, SAD, la ya citada SJM núm. 1 de Vitoria de 16 de abril de 2012 (AC 2012\393) declaró: “Las cuentas anuales relativas a la temporada 2004/2005 se depositan fuera de plazo. El Registro Mercantil deniega el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2005/2006 por defectos insubsanables que fueron confirmados por la sentencia dictada por este Juzgado el 1 de octubre

Por último, no cabe silenciar que en mundo del fútbol actual muchas sociedades anónimas deportivas son dominadas por un “socio tirano”, como propietario casi exclusivo de las acciones que representan su capital social. Por este motivo no parece que sea evitable el riesgo de que concurra la causa de culpabilidad sancionada por el art. 165.2, en cuya virtud “el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71

de 2007 y que determinaron el cierre registral. Y debieron ser aportadas en Junta de Accionistas, previo nombramiento de Auditor por el Registro Mercantil, y emisión de informe.

Si el deudor no presenta cuentas para el depósito será sancionado con multa y con el cierre del registro, pero si no ha presentado las cuentas correspondientes a algún ejercicio de los tres anteriores al concurso, sólo tendrá sentido la declaración de culpabilidad si este comportamiento, de algún modo, ha incidido en la generación o en la agravación de la insolvencia, por ejemplo coadyuvando al mantenimiento en el tráfico de una sociedad que debió haberse disuelto o generando una apariencia de normalidad que llevara a los acreedores desinformados a contraer créditos que no habrían contraído de haber conocido la situación contable de la empresa”.

bis.4”²¹. Ciertamente y como añade el precepto, “para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior”. Con todo, la posibilidad de que el concurso de estas especiales sociedades anónimas venga determinado por esa específica conducta del “socio tirano” está fuera de toda duda.

2. La responsabilidad concursal de los directivos.

La última reforma llevada a cabo en nuestra Ley concursal modificó el número 1 de su art. 172 bis, dejándolo con el siguiente tenor literal “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de

²¹ Esta nueva causa de culpabilidad fue introducida por el número 2 del apartado tres del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 26 mayo).

hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Con este último inciso nuestro legislador dejó claro que la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal es indemnizatoria y no sancionadora y ni siquiera una responsabilidad por deuda ajena²².

²² Esta última tesis se apuntaba en la conocida STS de 21 de mayo de 2012 (Roj: STS 4441/2012 - ECLI: ES:TS:2012:4441 Id Cendoj: 28079110012012100390. Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL). No obstante, también es sobradamente conocido el razonado y motivado voto particular que a esa sentencia presentó el magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, quien dejó claro en origen francés de esta específica responsabilidad por insolvencia al señalar: “Interpretación del art. 172.3 LC (actual art. 172 bis LC) a la vista de la norma francesa en que se inspiró 11. Esta interpretación del art. 172.3 LC (actual art. 172 bis) es, además, más acorde con la institución de derecho comparado en que se inspiró, la denominada " action en comblement de passif "), que actualmente se regula en el art. L651-2 del Código de Comercio francés: " Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables". A los efectos que ahora interesan, esta norma es esencialmente similar a la contenida en el art. 180 de la Ley 85-98, de 25 de enero de 1985 (en la versión modificada por la Ley 94-475, de 10 de junio de 1994), de donde procede. Para el caso en que la liquidación con un deudor persona jurídica ponga en evidencia la insuficiencia del activo, este precepto del ordenamiento francés prevé que el juez puede condenar a los administradores o dirigentes legales o de hecho a soportar todo o parte del déficit, aunque supeditado a que hayan contribuido a dicha insuficiencia de activo (en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif) . La norma francesa claramente establece un vínculo de causalidad entre la insuficiencia del activo y la conducta de los administradores

Quiere ello decir que una vez que el concurso sea calificado como culpable, si la causa que haya motivado esa calificación es atribuible a uno o varios de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de manera que sean declarados como personas afectadas, si se llegara a probar que con su conducta han generado o agravado la situación de insolvencia, podrán ser condenados a cubrir el déficit patrimonial de la sociedad concursada. Precisamente, esta responsabilidad concursal es la que se ha aplicado en el sector que venimos analizando en algunos de los concursos, como el del Deportivo Alavés, S.A.D.²³. A decir verdad en el mundo del fútbol ha quedado acreditado que, como ya hemos adelantado, las situaciones de insolvencia vienen precedidas en la mayoría de los casos de un sobreendeudamiento de los clubes. Y esta patológica, por desmedida, asunción de deudas suele ser ordenada o, inducida, por el presidente del club o por los consejeros delegados, que son las personas a las que frecuentemente se les ha venido imputando esta especial responsabilidad concursal por parte de nuestros tribunales.

sociales, para que se les pueda condenar a pagar todo o parte del déficit. Está claro que, como en el caso de nuestro art. 172.3 LC (actual 172 bis LC), el déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos. Resulta muy significativo que en derecho comparado no exista ningún sistema de responsabilidad para cubrir el déficit concursal, si no es el francés, y que éste exija una relación de causalidad entre la conducta de los administradores a quienes se les quiere hacer responsables de la cobertura del déficit y la insuficiencia del activo, esto es, la consecuencia de la insolvencia. Bajo esta lógica, en la medida en que pueda imputarse a los administradores la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, en esa medida se les puede hacer responsables de la cobertura del déficit”.

²³ Cfr. la ya citada SJM núm. 1 de Vitoria de 16 de abril de 2012 (AC 2012\393) luego confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Álava

Distinta de esa responsabilidad concursal es la responsabilidad por daños y perjuicios que contempla el art. 172 de la LC. En este sentido y como ha declarado entre otras la STS de 11 de marzo de 2015 (RJ 2015\1799) “Distinta 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”. Justamente, ésta responsabilidad y no la concursal fue la que se imputó a los consejeros delegados del Real Club Deportivo Mallorca, S.A.D.²⁴.

3. La eventual responsabilidad concursal del socio tirano.

La realidad económica del fútbol demuestra que el capital social de la mayoría de las SAD se encuentra en manos de un socio o de un grupo reducido de socios. Con frecuencia no se trata de un simple socio de control que tiene la capacidad de controlar. No es tampoco un mero socio controlador, entendido como aquel que mantiene y ejerce efectivamente su influencia dominante o decisoria sobre los órganos sociales, y en particular, sobre el órgano de administración. En realidad se trata de un auténtico socio «tirano», en tanto que desarrolla una «administración de hecho plena»,

²⁴ Cfr. la SJM núm. 2 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 12 de diciembre de 2013 (AC 2014\178),

adoptando decisiones unilaterales y no consensuadas en perjuicio de los otros accionistas con intereses legítimos en la sociedad²⁵.

Bajo esta óptica adquiere una especial importancia la configuración de ese socio o grupo de socios como verdaderos administradores de hecho a los que igualmente les es aplicable la responsabilidad concursal. Ciertamente, muy a menudo sucede que su actuación es encuadrable en la figura del administrador de hecho que sanciona el art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual: «tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

A la hora de interpretar este concepto es necesario traer a colación aquí, no sólo por su proximidad temporal, sino sobre todo por su magnífica síntesis, la STS de 8 de abril de 2016²⁶ que declaró que «[...] La sentencia de esta Sala núm. 421/2015, de 22 de julio, con remisión a la sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, resume la jurisprudencia en la materia, al decir: «esta Sala ha declarado que lo son [administradores de hecho] "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen

²⁵ Para una aproximación a la figura de socio de control puede consultarse, entre otros, HERNANDO CEBRIÁ, L., “Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital”, BIB 2012\295.

²⁶ Id Cendoj: 28079110012016100222. Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES.

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

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

Con carácter complementario no está de más recordar que tras la reforma de 2015, el invocado art. 172 bis, 1 también sanciona la responsabilidad concursal de “los socios que se hayan negado sin causa

razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165”. Y este precepto aclara que “El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos”.

Añadiendo que “En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el

propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior”.

Así las cosas, el socio o socios “tiranos” también podrán incurrir en la específica responsabilidad concursal que la LC impone ahora al socio disidente respecto de esas operaciones de refinanciación.

4. La eventual complicidad de los intermediarios.

El art. 166 de la LC establece que “se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. Esta complicidad debe ser declarada en la sentencia de calificación, tal como requiere el art. 172 de la LC, de modo que, como señala entre otras la ya mencionada la STS de 11 de marzo de 2015 (RJ 2015\1799),” la responsabilidad por daños alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores ([art. 172.2.3º LC](#) en su redacción por la [Ley 38/2011 \(RCL 2011, 1847 y 2133\)](#)”.

En los casos que hemos podido analizar se ha aplicado la figura del cómplice en alguna ocasión. Así en el caso de la Real Sociedad se condenó en esta condición a una sociedad intermediaria que era propiedad del

Presidente del club. Y en el supuesto del Real Mallorca también se condenó a dos empresas como cómplices por haber percibido cantidades indebidas. Parece, por tanto, que la figura del cómplice no es infrecuente en la práctica concursal de las SAD, lo que no debe sorprender a la luz del complejo entramado de sociedades que suele intermediar en la contratación de futbolistas. Con todo, no se olvide que cuando los socios cooperen con el deudor a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable, también puede alcanzarles la responsabilidad como cómplices²⁷.

²⁷ Vid. sobre estas posibilidades las SSTS de 27 de enero de 2016 (RJ 2016\25) y 29 de marzo de 2017 (RJ 2017\1323).

V. CONCLUSIONES.

El número de declaraciones de concursos de acreedores se ha incrementado drásticamente en los últimos años. Hay que destacar la importancia económica que tiene el fútbol en España y en Europa. En nuestro país los dos clubes de fútbol que acaparan más ingresos son el Barcelona y el Real Madrid, siendo estos dos junto a Osasuna de Pamplona y Athletic Club de Bilbao, las únicas entidades deportivas profesionales constituidas como asociaciones deportivas no mercantiles. La otra cara de la moneda, son los clubes de fútbol que no generan tantos ingresos económicos y que se encuentran bajo grandes crisis económicas que acaba afectando a la parcela deportiva. En los últimos años 28 clubes de fútbol se han acogido a la Ley Concursal debido a sus dificultades económicas.

La Ley Concursal debe aplicarse como una solución a un problema económico y no como una estrategia para evitar un descenso administrativo como pasaba anteriormente. En la actualidad se defiende la supremacía de la normativa deportiva sobre la concursal en base a la pureza de la competición deportiva, con el objetivo de impulsar y favorecer la competencia leal entre clubes. Estos hechos operan en la línea de la reforma de la ley 38/2011 de la LC, que ayudó a poner fin a los efectos negativos que tenía no sancionar con normas federativas (descenso de categoría) a las entidades deportivas que se encontraban concursadas.

La realización de este trabajo nos lleva a considerar como posible la solución a los problemas económicos de los clubes de fútbol. Se debe tener claro el límite de gasto, la necesidad de no generar deuda que no sea

asumible y el establecer estrategias de ingresos y gastos que permitan una buena posición financiera en la entidad deportiva. En la actualidad, los mayores ingresos en el mundo del deporte vienen dados por los ingresos por televisión, una mejor repartición de esta fuente de ingresos, llevándose a cabo de una manera más equitativa, puede resultar clave a la hora de la mejoría de la situación económica de las entidades deportivas.

Desde el punto de vista del Derecho concursal, no existen especialidades relevantes en la aplicación de sus normas. En concreto, respecto de las reglas que rigen la calificación del concurso, la práctica concursal ha demostrado que las causas de culpabilidad más frecuentes son el incumplimiento del deber de solicitar el concurso voluntario dentro del plazo legal y la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad con infracción del principio de imagen fiel.

Por último, por lo que respecta a la responsabilidad concursal hay que convenir que la institución le será aplicable no sólo a los administradores de derecho, sino también a los socios de control que tiranizan la sociedad muy a menudo, dado que actúan como verdaderos administradores de hecho. Por lo demás, los intermediarios en la contratación de los jugadores pueden llegar a ser declarados como cómplices de la calificación como culpable de los concursos de las SAD del mundo del fútbol.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G., “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (coordinado por GARCÍA VILLAVÉRDE, R./ ALONSO UREBA, A./ PULGAR ESQUERRA, J.), Madrid 2003, pp. 487 y ss.

DELOITTE, *The untouchables. Football Money League*, February 2011.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital”, BIB 2012\295.

MELERO BOSCH, L., “Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida”, RDCP, pp. 333 y ss, y en particular 335-338

MOYA BALLESTER, J., “Las presunciones relativas de la culpabilidad y otras cuestiones”, ADC nº 41, 2017, pp. 181 y ss).

QUIJANO, J., “Las irregularidades relevantes en el concurso como hecho de concurso culpable”, ADCon nº 27, 2012, pp. 359 y ss.

PALOMAR OLMEDA, A., “La insolvencia de las entidades deportivas profesionales” en *El concurso de acreedores* (Dir. PULGAR EZQUERRA, J), Madrid 2012, pp. 785 y ss

PULGAR EZQUERRA, J, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid 2006.

SANCHO GARGALLO, I, “La apertura de la sección de calificación”, ADcon, nº 34, 2015, pp. 143 y ss.

ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B. (directores), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Madrid 2013.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho

