



Roj: **SJM SE 3278/2018 - ECLI: ES:JMSE:2018:3278**

Id Cendoj: **41091470012018100014**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **530/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL DE INSTANCIA MERCANTIL DE SEVILLA

(SECCIÓN 1ª)

Procedimiento: **Concurso 530.06/2014**

SENTENCIA

En Sevilla, a 18 de octubre de 2018.

El Ilmo. Sr. D. Fco Javier Carretero Espinosa de los Monteros Magistrado de refuerzo del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla(Sección 1ª), procede, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, a dictar la presente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Las presentes actuaciones se iniciaron por escrito de la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** de la entidad **FUNDACION FORJA XXI**, de fecha 20 de octubre de 2016, por el que solicitaba la declaración del concurso como culpable y se realizaban las alegaciones que tenían por conveniente sobre la calificación del concurso.

SEGUNDO: El **MINISTERIO FISCAL** dictaminó en términos parecidos a la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**, quedando incorporado a las presentes actuaciones

De los referidos Informes de culpabilidad se dio traslado a la **entidad concursada FUNDACION FORJA XXI** y a las personas respecto a la cuales se solicitada su declaración de afectados por la calificación, los miembros de la Comisión Ejecutiva: D. Virgilio , D. Jose Pedro , D. Jose Daniel , D. Carlos María (secretario), D. Luis María , D. Luis Carlos , Dª. Rocío , Dª. Ruth , Dª. Santiago , y el Director General en su calidad de tal y como apoderado general, D. Miguel Ángel , los cuales manifestaron su oposición.

TERCERO: Al día señalado para el juicio oral comparecieron las partes se ratificaron en sus escritos y se practicó la prueba propuesta con el resultado que obra en el acta correspondiente.

Las partes informaron sobre sus posiciones en atención a la prueba practicada y quedaron los autos a la vista para dictar sentencia.

CUARTO: Por último, se ha de señalar, a los efectos previstos en el artículo 211.2 de la LEC, que en la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales a excepción de los plazos procesales, debido al inhumano cúmulo de trabajo que pende en los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla, produciéndose una situación de colapso, soportando una carga de trabajo notablemente superior a los indicadores de entrada de asuntos fijada por el CGPJ, así: en el año 2012 la carga de trabajo fue superior en un 274,14% en relación al mencionado indicador, en el año 2013 fue superior en un 300 %, en el año 2014 fueron 3.327 asuntos, en el año 2015 se han alcanzado los 4.952 asuntos, y, por último, en el año 2016 la carga de trabajo fue superior en un 225% en relación al mencionado indicador de entrada de asuntos fijada por el CGPJ.



Así, en el Informe efectuado por el CGPJ al Real Decreto de creación de plazas judiciales para el año 2017, aprobado en sesión de pleno de fecha 26 de julio de 2017, se señala que la carga media de los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla alcanzo el 686% siendo la media nacional el 250%, no obstante tal colapso, el índice de resolución es del 442% siendo la media nacional del 231%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Posicionamiento de las partes.

En el presente proceso, el **ADMINISTRADOR CONCURSAL** ejercita acción de calificación como culpable del presente concurso, solicitando la declaración de responsabilidad de los miembros de la Comisión Ejecutiva: D. Virgilio, D. Jose Pedro, D. Jose Daniel, D. Carlos María (secretario), D. Luis María, D. Luis Carlos, D^a. Rocío, D^a. Ruth, D^a. Santiago, y el Director General en su calidad de tal y como apoderado general, D. Miguel Ángel.

A este respecto funda su acción en los siguientes hechos:

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 164.2.1º LC: *"Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara"*.

Dos distintas conductas:

Una primera, relativa en la concordancia entre los registros contables mecanizados y las cuentas presentadas al Protectorado encontrándose diferencias significativas.

Así, una parte importante de estas diferencias se producen por los siguientes motivos:

Los registros contables del ejercicio 2013 en soporte magnético no incluyen gasto alguno por amortización del inmovilizado.

Los registros contables del ejercicio 2013 en soporte magnético no incluyen el traspaso a resultados de la parte correspondiente a las subvenciones de explotación.

Los registros contables de los ejercicios 2012 y 2013 en soporte magnético no incluyen el proceso de regularización de los gastos e ingresos del ejercicio, de manera que el resultado del ejercicio que aparece en el balance de situación a 31 de diciembre de 2013 en NAV, acumula el resultado de ambos ejercicios.

Por último, a 31 de diciembre de 2013 los saldos que se reflejaban por concepto de derechos de crédito a su favor con las diferentes Administraciones Públicas, derivados de subvenciones pendientes de cobro en la contabilidad de la entidad concursada no eran correctos, debiéndose haber dado de baja los activos no cobrables, y reclasificar la partida de subvenciones, donaciones y legados recibidos del epígrafe Patrimonio Neto al pasivo, puesto que estas subvenciones no ejecutadas total o parcialmente o no justificadas debidamente, habrían perdido su condición de no reintegrables y, por tanto, no deben estar reflejadas como parte del patrimonio neto de la entidad.

Y una segunda, al señalar que no consta que se hayan legalizado nunca los libros contables, siendo esta práctica obligatoria según recoge el artículo 38.3 del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento. A lo que añade que ni siquiera consta la existencia física de esos libros más allá de la información contenida en los soportes magnéticos en que se articulaba la llevanza de la contabilidad en la entidad concursada, si bien la información contenida en los mismos, desde el año 2013, no se habían trasladado los asientos necesarios a contabilidad.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 165.1º LC: *"Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso"*.

Por prudencia, debido a las dificultades en la recopilación de información, la **ADMINISTRACION CONCURSAL** considera conveniente demorar la consideración del estado de insolvencia al tercer trimestre del año 2013, por las siguientes razones:

En este momento ya aparecen los primeros embargos ejecutivos por parte de la AEAT al no poder hacer frente la entidad concursada a sus compromisos.

Existe una carta firmada por los trabajadores de administración de la entidad concursada, la mayoría instantes del concurso y pertenecientes a la administración central en la que a fecha de septiembre de 2013 queda patente la importante deuda que la entidad mantiene con los trabajadores, los embargos que planean sobre la misma y en la que se hace referencia a una propuesta de la dirección de cesar temporalmente la actividad.



En estas fechas se ha producido el impago de las posiciones con las entidades financieras (LA CAIXA, BNM y BBVA).

Igualmente existen correos del Director General en los que admite, a diciembre de 2013, que los trabajadores llevan ya 4 nóminas impagadas.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 165.3º LC: "*Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso*".

No pueden considerarse formuladas ni aprobadas las cuentas referidas a los ejercicios 2011, 2012 y 2013 y consecuentemente, ni sometidas a auditoría ni presentadas a depósito.

Por parte del **MINISTERIO FISCAL** ejercita acción de calificación como culpable del presente concurso, solicitando la declaración de responsabilidad de los miembros de la Comisión Ejecutiva: D. Virgilio, D. Jose Pedro, D. Jose Daniel, D. Carlos María (secretario), D. Luis María, D. Luis Carlos, D^a. Rocío, D^a. Ruth, D^a. Santiago, y el Director General en su calidad de tal y como apoderado general, **D. Miguel Ángel**, y por las mismas causas señaladas por la **ADMINISTRACION CONCURSAL**.

SEGUNDO: Causas de culpabilidad.

En primer lugar, consideraciones previas.

Corresponde a la **ADMINISTRACION CONCURSAL** y al **MINISTERIO FISCAL**, en adecuada distribución de la carga de la prueba, acreditar los hechos constitutivos de la calificación planteada, y a la demandada los hechos extintivos de la misma, habida cuenta que la exposición de hechos relevantes para la calificación del concurso que le incumbe presentar a la **ADMINISTRACION CONCURSAL** conforme el mandato del artículo 169.1 LC no goza de ninguna suerte de presunción de veracidad, debiendo por tanto sujetarse a las reglas generales que sobre el *onus probandi* se contienen en el artículo 217 LEC (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.º, de fecha 29 de septiembre de 2011).

Para cumplir tal carga probatoria, la **ADMINISTRACION CONCURSAL**, de conformidad con el artículo 169 LC, deberá haber presentado un informe *razonado*, lo que implica la necesidad de una exposición pormenorizada de los hechos en que se pretenda fundar la calificación como culpable del concurso, subsumiéndolos en alguna de las presunciones *iuris et de iure* o *iuris tantum* de los artículos 164.2 ó 165 o en la cláusula general del apartado primero de aquel precepto, a este respecto la Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010, señala: "*essuficiente que en la fundamentación consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente, aunque otra cosa es que sea conveniente que la calificación del Informe de la Administración Concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal contenga una mención explícita y formal del concreto precepto legal que cubija el supuesto normativo*".

Por otro lado, el informe también ha de ser *documentado* (artículo 169 LC), lo que implica que al hacer las veces el informe de calificación de la **ADMINISTRACION CONCURSAL** de demanda y el escrito de oposición a la calificación de contestación a la demanda deberá ser en ellos donde las partes deberán exponer sus alegaciones fácticas y jurídicas en que sustenten sus pretensiones con la consiguiente aportación de los medios de prueba de que intenten valerse, sin perjuicio de que, como veremos, bastara que se dejen acotados, en caso contrario despliega sus efectos preclusivos el artículo 269 LEC, lo que resulta concordante con la remisión que se efectúa en el artículo 194.3 y 4 LC a los artículos 405 y 443 LEC.

A este respecto bastara la mera acotación de la documentación que obra en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 22 de abril de 2010 se ha venido a confirmar la adecuación a derecho de tal proceder, reputando suficiente a estos efectos la mera remisión: "*TERCERO.- En el motivo segundo, al amparo de lo establecido en el artículo 469.1.3.º LEC, se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del artículo 270 LEC. El motivo se resume en que se admitió como prueba documental el contenido de las actuaciones de las demás Secciones del Concurso. El motivo se desestima, con independencia de la deficiente indicación del enunciado, por las razones siguientes.*"

El artículo 169 de la Ley Concursal dispone en relación con el informe de la administración concursal que habrá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso. La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe



se haga la oportuna remisión. Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa".

Por último, se debe proceder a un análisis de las causas de calificación y los hechos alegados sin que quepa apartarse de los mismo de conformidad con el principio de congruencia, dado que el juez del concurso está sometido al mismo, como cualquier juez civil(artículos 216 y 218.1.II de la LEC aplicables por mor de la Disposición Final 5ª LC), es decir, no es posible la introducción de elementos facticos distintos de los alegados o la subsunción de los alegados en presunciones distintas de las contenidas en los informes, cuando la mutación jurídica realizada ocasione una situación de indefensión para los afectados al generar de oficio y sorpresivamente una calificación de la que quedo vedada la posibilidad de defenderse.

En segundo lugar, concurrencia o no de las causas de culpabilidad.

Por parte de la **ADMINISTRACION CONCURSAL** se alega la concurrencia de las siguientes causas de culpabilidad:

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 164.2.1º LC: *"Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara".*

En relación a este supuesto la Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla Sección 5ª de fecha 21 de febrero de 2017 señala: *"La sentencia apelada considera culpable el concurso por aplicación de la presunción prevista en el artículo 164.2.1.º de la Ley Concursal , en cuanto que estima que la fundación concursada ha incumplido sustancialmente la obligación de la llevanza de contabilidad y ha incurrido en irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.*

En realidad el citado precepto contempla tres supuestos claramente distintos y en cierta medida incompatibles entre sí. En primer lugar, no llevar contabilidad, equiparándose a no llevarla el incumplir sustancialmente la obligación de llevarla. Por incumplimiento sustancial ha de entenderse que aunque se lleve algún tipo de contabilidad, los incumplimientos son de tal entidad que a todos los efectos es como si no la llevara, por cuanto que no es posible tener un conocimiento cierto de la situación contable de la empresa. En segundo lugar, contempla la llevanza de una doble contabilidad. En este caso el concursado, al contrario que en el primer supuesto, cumple con la obligación de llevar una contabilidad, pero la que es accesible para terceros es deliberadamente falsa, siendo la auténtica la que lleva de forma oculta con la finalidad de defraudar y engañar. Finalmente en el tercer supuesto, que excluye al primero y al segundo, el concursado cumple sustancialmente la obligación de llevar contabilidad, no tiene intención de falsear los datos, pero lo hace cometiendo irregularidades que determinan que dicha contabilidad no sirva para comprender su situación patrimonial o financiera".

Y por lo que se refiere a la carga de la prueba, ante la alegación de la **ADMINISTRACION CONCURSAL** del incumplimiento sustancial de llevanza de la contabilidad es a la la entidad concursada y a los afectados a quienes les corresponde probar el hecho contrario, no sólo porque los hechos negativos resultan de imposible prueba, sino también, por aplicación del principio de facilidad y accesibilidad a las fuentes de prueba (artículo 217.7 LEC), al ser la concursada sobre quien pesa la obligación de custodia de los libros(*en este sentido*, las Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª de fecha 20 de febrero de 2009, de Barcelona Sección 15ª de fecha 16 de septiembre de 2008 de La Rioja de fecha 26 de marzo de 2012, de Pontevedra de fecha 8 de enero de 2010, de Baleares, Sección 5.ª, de fecha 16 de febrero de 2011).

La **ADMINISTRACION CONCURSAL** alega un incumplimiento sustancial de la obligación de la entidad concursada de la llevanza de la contabilidad, pues si bien se lleva una especie de contabilidad mediante un sistema mecanizado, los incumplimientos son de tal entidad que a todos los efectos es como si no la llevara, no siendo posible tener un conocimiento cierto de la situación contable de la empresa.

Lo incumplimiento reseñados se ven acreditados por la prueba documental practica, requerimientos de subsanación remitidos por el Protectorado de Fundaciones (Doc. nº 18 del Informe de calificación), correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2014 remitido por D. Marcos , miembro de departamento de contabilidad (Doc. nº 19.3 del Informe de calificación) donde se reflejan una serie de incidencias que afectan a la contabilidad, y las diferencias significativas en la concordancia entre los registros contables mecanizados y las cuentas presentadas al Protectorado apreciadas por la propia **ADMINISTRACION CONCURSAL**(Doc. nº 20.1 del Informe de calificación), siendo datos que se ven averados por la declaración en el acto de la vista



de los testigos, D. Pelayo , responsable administrativo de la contabilidad, y de D. Rubén , contratado por la entidad concursada, que manifestaron la existencia de falta de apuntes y de dificultades en el departamento de contabilidad, y si bien afirmaban poder entender su situación contable tal afirmación es contradictoria con lo que reflejan los veraces datos documentales.

Por último, en cuanto a la falta de legalización de los libros, no podemos acoger la pretensión de la **ADMINISTRACION CONCURSAL** de concurrencia de causa de culpabilidad.

Así, no cabe duda que la falta de legalización de los libros o su legalización tardía resta autenticidad a la contabilidad, en la medida en que existen menos resortes para asegurar que no ha sido manipulada(Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª de fecha 16 de julio de 2009), sin embargo, la falta de legalización de los libros o su inexistencia no determina un incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, tan solo aconteciera tal supuesto cuando haya tenido trascendencia frente a terceros y ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial de la concursada, (*en este sentido*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª de fecha 20 de septiembre de 2012, de 20 de marzo de 2013, de Madrid. Sección 28ª de 22 de febrero de 2012 y de 8 de abril de 2013) no habiendo sido alegado que la misma haya tenido lugar frente a terceros por la **ADMINISTRACION CONCURSAL** en su Informe de calificación(páginas 13 y 23) ni por el Ministerio Fiscal en su Informe(páginas 2 y 3).

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 165.1º LC: "*Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso*".

En el presente caso, debemos hacer las siguientes puntualizaciones:

Primero, en el artículo 165 LC no se contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del artículo 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1, se trata de una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción *iuris tantum* que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia (*en este sentido*, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2017).

Segundo, al tratarse de una presunción *iuris tantum* de que con el retraso se ha efectuado una conducta con dolo o culpa grave que ha agravado la insolvencia del deudor, se produce una inversión de la carga de la prueba, de modo que si no existe una prueba adecuada de la inexistencia de dolo o culpa grave y de que el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso no agravó la insolvencia del deudor, la presunción no resulta destruida. Por tanto, se traslada al administrador de la entidad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia, y la posibilidad de desvirtuar esta presunción debe entenderse referida a la posibilidad de acreditar hechos y circunstancias que permitan considerar razonable la espera, superior a dos meses desde que se conoció o se debió conocer el estado de insolvencia, en solicitar la declaración de concurso (*en este sentido*, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 1 de junio, 22 de julio y 17 de septiembre de 2015, 22 de abril, 14 de julio y 3 de noviembre de 2016).

Tercero, no es posible la correlación automática entre que la entidad concursada estuviera en causa de disolución por pérdidas cualificadas con la aplicabilidad de la presunción *iuris tantum* de agravación de la insolvencia prevista en el citado artículo 165.1º LC.

A tal efecto, se ha de distinguir entre responsabilidad societaria y concursal, porque ni la materia tratada es la misma, ni los bienes jurídicos protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. En un concurso de acreedores, el bien jurídico protegido es la masa activa y pasiva del concurso, y mientras que en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el artículo 5 LC. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo y la deudora carecer de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación), lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual (*en este sentido*, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril y 3 de julio de 2014, 7 de mayo de 2015, 22 de abril de 2016).

En el presente caso, se acredita la concurrencia de la causa de culpabilidad alegada, tanto por la **ADMINISTRACION CONCURSAL** como por el Ministerio Fiscal.



Así, la entidad concursada no solicitó la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debió de conocer la insolvencia, concurriendo la situación de insolvencia y su conocimiento aproximadamente en el tercer o cuarto trimestre del año 2013.

A tal efecto, resulta determinante la prueba documental practicada por la **ADMINISTRACION CONCURSAL**, embargos ejecutivos por parte de la AEAT al no poder hacer frente la entidad concursada a sus compromisos (Doc. nº 10.2 del Informe de calificación), carta firmada por los trabajadores de administración de la entidad concursada en la que a fecha de septiembre de 2013 queda patente la importante deuda que la entidad mantiene con los trabajadores (Doc. nº 10.3 del Informe de calificación), existencia de impago de posiciones con diversas entidades bancarias (LA CAIXA, BNM y BBVA) (Doc. nº 10.4 y 10.5 del Informe de calificación), y los correos del Director General en los que admite, a diciembre de 2013, que los trabajadores llevan ya 4 nóminas impagadas (Doc. nº 10.6 del Informe de calificación).

A lo que se unen las declaraciones testificales en el acto de la vista de D. Valentín, auditor de la entidad DELOITTE, que reconoció la existencia de tensiones de tesorería en el año 2013 y de D. Pedro Enrique, abogado de la entidad concursada, que no solo corrobora los problemas con el pago de las nominas sino también la concurrencia de la situación de insolvencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 165.3º LC: *"Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso"*.

La presunción establecida en el mencionado artículo debe ser diferenciada correctamente de las presunciones tipificadas en el artículo 164.2.1.º LC, y siguiendo en este punto a ALFONSO MUÑOZ PAREDES (*"Tratado judicial de la responsabilidad de los Administradores. Volumen II. La Responsabilidad Concursal"*, página 326) se ha de señalar que:

a) El incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad hace referencia a la contabilidad en sentido estricto, con exclusión de las cuentas anuales, cuyos incumplimientos se enmarcan en la presunción del artículo 165.1.3.º LC.

b) El artículo 165.1.3.º LC presupone que el deudor ha cumplido sustancialmente su obligación de llevanza de la contabilidad pero ha infringido alguno de los deberes legales en orden a la formulación, aprobación o depósito de las cuentas, ya que en otro caso estaríamos en el supuesto del artículo 164.2.1.º LC.

Por lo tanto, establecido con anterioridad que se ha producido el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad por la entidad concursada no podemos estimar la concurrencia de la causa prevista en el artículo 165.3º LC, en ninguna de las conductas previstas, rechazando las alegaciones realizadas por la **ADMINISTRACION CONCURSAL** y el Ministerio Fiscal.

TERCERO: Responsabilidad de la calificación culpable del procedimiento concursal.

En primer lugar, consideraciones previas.

Al encontrarnos, en el presente caso, con una entidad que adopta la forma de fundación, debemos efectuar la determinación de las personas responsables partiendo de las normas generales establecidas en los artículos 164.1, 166 y 172.3 LC para las personas jurídicas, pero teniendo en cuenta sus peculiaridades, que vendrán determinadas por el tipo de fundación de que se trate (dotacional vs. empresarial), el carácter remunerado o no del cargo, y la estructura del órgano de gobierno de la fundación (patronato, comité ejecutivo, director gerente) y la función que desempeña el patrono.

A tal efecto seguiremos el brillante criterio establecido por el Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. Eduardo Gómez López en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de fecha 20 de diciembre de 2016: *"En el ámbito de las fundaciones, el art. 15 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía -en adelante LFCAA-, establece, bajo la rúbrica de Patronato de la fundación, que "1. En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma. 2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos." A nivel estatal, en parecidos términos se pronuncia el art. 14 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones -en adelante LF-*.

Por tanto, llevando a cabo los patronos en el ámbito de las fundaciones el gobierno y representación de éstas, es aplicable a aquellos lo establecido en el art. 1726 LC, conforme al cual "El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido".



Como dijera la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, en su Sentencia 42/2010 de 16 Mar. 2010 (Rec. 269/2009) "Para declarar a un determinado administrador -de derecho o de hecho- persona afectada por la calificación del concurso es necesario llevar a efecto un análisis particular de cada uno de los hechos que justifiquen la calificación del concurso como culpable, y relacionarlos con todas y cada una de las personas a quienes pretenda afectarse con dicha calificación. Es necesario, en definitiva, analizar el grado de participación que pueda tener cada administrador respecto a cada uno de los hechos que hayan motivado la calificación del concurso como tal, y analizar si en cada caso concreto la persona a quien se pretende afectar con la calificación ha actuado de forma dolosa o gravemente culposa en relación con dichos comportamientos y que los mismos le son imputables por ser responsable de ellos, pues sólo en ese caso podrá verse afectado por la calificación de concurso. En suma, debe hacerse un juicio específico de autoría que permita afirmar que ese administrador en concreto es autor del hecho que pretende subsumirse en alguno de los supuestos de los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal, y debe igualmente justificarse que ha actuado con dolo o culpa grave. Y es que las presunciones que contemplan los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal, si bien facilitan la prueba de la culpa grave o el dolo del deudor para poder calificar el concurso como culpable, no dispensan en modo alguno del juicio de autoría y culpabilidad necesario para poder extender las consecuencias o efectos de esa calificación a personas distintas del deudor."

No predica la LC una responsabilidad colegiada (solidaria, dice el TRLSC) de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, sino más bien, individualizada de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Y en el presente caso, que no viene referido a sociedades mercantiles con ánimo de lucro ínsito, sino a una fundación, parecen necesarias unas consideraciones adicionales a la hora de fijar las personas afectadas por la calificación y la individualización de responsabilidades.

Así, en primer lugar, debe atenderse al deber de diligencia de los patronos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Ello permitirá que la consideración de persona afectada por la calificación no tenga por qué jugar respecto de todos los patronos sino sólo de los patronos a los que quepa imputar individualmente o personalmente la causa productora de la generación o agravación del estado de insolvencia, o bien con el mismo alcance respecto a todos los patronos. Es decir, debe valorarse la conducta observada por cada patrono y, en consecuencia, considerarse la particular absolución o condena y su alcance de forma individualizada.

A los efectos de valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar su responsabilidad, parece que, al menos, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

tipo de fundación de que se trate (dotacional vs. empresarial),

carácter remunerado o no del cargo y,

estructura del órgano de gobierno de la fundación y la función que desempeña el patrono.

1) Tipo de fundación

Tradicionalmente se venía señalando que, a los patronos de las fundaciones dotacionales, al no realizar estas actividades económicas no se les podía exigir con carácter general el mismo deber de diligencia que a los administradores de sociedades de capital. No obstante, la evolución que han experimentado las fundaciones desde su consideración como un mero patrimonio (*universitas bonorum*) hasta la actual apreciación de su semejanza con las organizaciones empresariales, en las que impera la profesionalidad de la gestión en el ejercicio de la actividad económica e incluso se retribuye a los patronos, implica una obligación de una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus funciones.

2) Percepción de retribución o no por el patrono

También parece razonable tener en cuenta a los efectos valorar la diligencia de los patronos, si éstos perciben o no retribución por la prestación de servicios a la fundación. La dedicación altruista del patrono implica que en el ámbito de la gestión impera la generosidad sobre la profesionalidad y la falta de cualificación dificulta una apreciación objetiva de su comportamiento.

Por ello, resulta oportuna la traslación de los criterios incorporados en el art. 1726 CC, que condiciona el rigor en la valoración judicial de la negligencia/diligencia del patrono al carácter gratuito de su cargo.

3) Estructura del órgano de gobierno de la fundación y la función que desempeña el patrono.

Asimismo, parece razonable tener en cuenta la estructura del órgano de gobierno de la fundación, la posición del patrono dentro de la estructura y la función que éste desempeña. De los diferentes criterios éste es uno de los que puede contribuir con mayor intensidad a la determinación de la responsabilidad concursal de los patronos.



En relación con este particular, es preciso advertir que las fundaciones han experimentado una evolución en su propia definición y, lógicamente, en la estructura de sus órganos de gobierno.

En efecto, la normativa vigente establece que el patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros con algunas excepciones (art. 20 de la LFCAA y art. 16 LF).

En este sentido, cada vez es más frecuente la existencia de fundaciones en las que el patronato está integrado por una multitud de miembros, sin que muchos de ellos tengan una participación activa en la administración diaria de la fundación y cuya intervención básicamente reside en la aprobación de las cuentas anuales.

En estos casos, es muy frecuente la existencia de comisiones delegadas, subordinadas al patronato, formadas por un reducido número de patronos que se encargan de representar y gestionar la fundación, a las que se pueden delegar las funciones y competencias que el patronato estime conveniente con las limitaciones que se establezcan en los estatutos o en la ley.

Asimismo, se observa en la práctica cada vez más la atribución de funciones de dirección ejecutiva u ordinaria en favor de un director general o gerente".

En segundo lugar, personas responsables de la calificación culpable.

En caso de autos, se han de estimar parcialmente las alegaciones realizadas por la **ADMINISTRACION CONCURSAL** y el Ministerio Fiscal respecto a la responsabilidad de las personas afectadas.

Primero, la Ley Concursal no consagra una responsabilidad colegiada (solidaria, dice el TRLSC) de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, sino más bien, individualizada de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

*Segundo, en la entidad concursada se aprecia la siguiente la e **estructura del órgano de gobierno de la Fundación concursada, el artículo 11 de sus Estatutos (Doc. nº 2.1 del Informe de calificación) :***

El Patronato;

El Presidente;

Los Vicepresidentes;

El Secretario;

El Director General.

Atribuyendo al Patronato las facultades de dirección, gestión y representación de la Fundación artículo 13 de sus Estatutos (Doc. nº 2.1 del Informe de calificación), y previendo en el artículo 19 la posibilidad de delegar en una Comisión Ejecutiva las funciones del Patronato, salvo aquellas facultades que no admiten tal delegación, entre las que se encuentran la aprobación de las cuentas, pues de conformidad con el artículo 20 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía : "No serán delegables, en ningún caso, los siguientes actos: a) La aprobación de las cuentas y del plan de actuación..."

Tercero, los artículos 21 y 22 de sus Estatutos (Doc. nº 2.1 del Informe de calificación) se refieren Director General como un cargo ejecutivo en dependencia directa del Patronato, al que le corresponde, entre otras funciones: 1) la Jefatura directa del personal de la Fundación y la organización del trabajo; 2) la llevanza de la contabilidad y de la correspondencia ordinaria de la fundación; 3) la preparación de los estudios económicos, presupuestos y su liquidación. Memorias. Balances y cuantos demás documentos sean necesarios o convenientes para la marcha de la Fundación y havan de someterse al Patronato .

Ostentado también la condición de apoderado general de la entidad concursada (Doc.nº 21 del Informe de calificación).

Cuarto, no se ha acreditado la existencia de la Comisión Ejecutiva en los términos que pretenden presentarla y tenerla por acreditada la ADMINISTRACION CONCURSAL y el Ministerio Fiscal.

No se ha realizado actividad probatoria alguna que acredite las funciones que pretende tener por delegadas la ADMINISTRACION CONCURSAL y el Ministerio Fiscal a la Comisión ejecutiva por el Patronato, la documentación aportada consistente en actas de su reuniones no permiten deducir ni acreditar cuales eran sus funciones mas allá de una mera función de asesoramiento, función de asesoramiento sin poderes que fue reconocida en su declaración por D. Virgilio , y negación de funciones ejecutivas que fue corroborada por la declaración de D. Carlos María y por D. Rubén , contratado por la entidad concursada, que manifestó que tan solo se reunió con el Patronato no con la Comisión ejecutiva.

Por todo ello, no cabe apreciar la responsabilidad de los miembros de la Comisión ejecutiva en ninguna de las causas de culpabilidad.



Por último, las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones relativas a la existencia de una Comisión ejecutiva *de facto* o *de hecho* deben ser rechazadas, al tratarse de alegaciones dispares de las efectuadas en su correspondiente Informe de calificación, lo cual determina su falta de virtualidad jurídica dado que tal argumentación no puede ser argüida en el momento del acto de la vista, conforme al artículo 412.1 LEC, pues una vez se haya establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda y contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente, prohibición de la mutación de la pretensión (*mutatio libelli*) que tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2010, 10 de febrero de 2011, 3 de febrero, 13 de abril y 8 de junio de 2016).

Quinto, conclusión distinta alcanzamos al analizar la responsabilidad de D. Miguel Ángel, Director General, que de conformidad con los artículos 21 y 22 de sus Estatutos (Doc. nº 2.1 del Informe de calificación) es un cargo ejecutivo en dependencia directa del Patronato.

Como tal cargo ejecutivo le corresponde, entre otras funciones: "... 2) la llevanza de la contabilidad y de la correspondencia ordinaria de la fundación...", ostentado también la condición de apoderado general de la entidad concursada (Doc. nº 21 del Informe de calificación), y asistiendo a las reuniones del Patronato, con voz pero sin voto, para informar de la marcha de la Fundación y de cuantos asuntos de su competencia se susciten (artículo 23 de los Estatutos), apreciándose una actuación culpable grave sin que pueda escudarse ni en el tamaño de la entidad concursada, ni en su nula cualificación académica para ello, ni en la existencia de su propio departamento de contabilidad, ni en el asesoramiento externo de la firma DELOITTE, habida cuenta del carácter retribuido de su cargo.

Por lo cual, podemos predicar su responsabilidad tan solo en relación a la causa de culpabilidad prevista en el artículo 164.2.1ª LC, al estar inserta de forma plena en sus funciones, dato, además, corroborado por las declaraciones testificales de D. Pelayo, responsable administrativo de la contabilidad, y de D. Rubén, contratado por la entidad concursada, pero no respecto a las restantes causas de culpabilidad pues aquellas exceden del ámbito de sus funciones estatutarias o delegadas, dado que, aunque D. Miguel Ángel tenía una capacidad de gestión notable, no se ha probado que tuviese facultades generales para llevar la fundación, es decir, que tuviera capacidad de decisión sobre todas las competencias que corresponden al patronato o a su comité ejecutivo.

CUARTO: Efectos de la declaración de culpabilidad.

Los efectos de la declaración de culpabilidad del concurso vienen recogidos en el artículo 172.2. 2º y 3º LC.

Primero, la Ley sanciona a las personas afectadas por la calificación con la inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier otra persona durante un periodo que va de dos a quince años.

Este juzgador entiende que, a la vista de la entidad del perjuicio derivado de los hechos que motivan la declaración de culpabilidad, que debe imponerse a los afectados por la calificación la inhabilitación de DOS años, sin que tales perjuicios puedan identificarse sin más con el desbalance o déficit concursal.

Segundo, las personas afectadas por la calificación, así como sus cómplices, pierden todos los derechos que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, previsión imperativa que es pues de aplicación.

QUINTO: Costas.

Entiende este juzgador que no cabe hacer imposición de costas. En cuanto a los condenados porque la estimación es parcial. En cuanto a los no condenados por las dudas de derecho que planteaba.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO:

La calificación del presente concurso de la entidad **FUNDACION FORJA XXI** como **CULPABLE**.

Se declara persona afectada por la calificación a D. Miguel Ángel.

Acuerdo la inhabilitación de D. Miguel Ángel para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier otra persona durante un periodo de 2 años. El cumplimiento de la inhabilitación principiará una vez se inscriba la sentencia en el Registro Civil y precluirá automáticamente por el transcurso de los DOS años.



Acuerdo la pérdida de cualquier derecho de crédito o contra la masa que D. Miguel Ángel pudieran ostentar en el concurso.

Se declaran **ABSUELTOS** las personas afectadas por la calificación D. Virgilio , D. Jose Pedro , D. Jose Daniel , D. Carlos María , D. Luis María , D. Luis Carlos , D^a. Rocío , D^a. Ruth , y D^a. Santiago .

Firme la presente resolución, líbrese mandamiento al Registro Civil del lugar de nacimiento de **D. Miguel Ángel** (para la inscripción de la inhabilitación acordada), a cuyo efecto tal persona habrá de aportar en el plazo de 5 días fotocopia del libro de familia o nota registral de nacimiento. Líbrese mandamiento al Registro Mercantil para la inscripción de la presente sentencia de calificación.

Sin costas.

Notificar la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación directo.

Así por esta mi Sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el **Magistrado de refuerzo** que la ha dictado en el mismo día de su fecha, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ