

Resumen

La Audiencia Provincial desestima los recursos interpuestos por las partes, declarando en primer lugar la adecuación de la solicitud del concurso a los requisitos exigidos al efectos, estando legitimado el solicitante, por lo que no procede la declaración de nulidad de actuaciones solicitada. Asimismo, confirma la calificación de culpable del concurso, al haberse infringido ciertas obligaciones, como es la llevanza de la contabilidad, por lo que también es correcta la condena como responsables del mismo a los administradores, que son inhabilitados para dicho cargo.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
art.1.2 , art.2 , art.6.5 , art.13.1 , art.14 , art.15 , art.16 , art.18 , art.164 , art.165 , art.172 , art.183 , art.184 , art.197
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9.3
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.2.3 , art.4.3 , art.1103

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

LÍMITES TEMPORALES

Retroactividad e irretroactividad

CONCURSO DE ACREEDORES

REQUISITOS Y FINALIDAD
EFECTOS DE LA DECLARACIÓN
PROCEDIMIENTO

COOPERATIVAS

CONSEJO RECTOR

Responsabilidad

CUENTAS ANUALES

NULIDAD DE ACTUACIONES

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Concursal

Solicitud de la declaración del concurso

Legitimación

Declaración del concurso

Procedimiento de declaración

Examen de la solicitud

Cuestiones generales

Resolución sobre la solicitud y recursos

Auto de declaración

Administración concursal

Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones

Efectos de la declaración de concurso

Consideraciones generales
Calificación del concurso
Concurso culpable
Régimen transitorio
Procedimientos concursales en tramitación

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administrador, Concursado; Desfavorable a: Administrador, Concursado
Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.1.2, art.2, art.6.5, art.13.1, art.14, art.15, art.16, art.18, art.164, art.165, art.172, art.183, art.184, art.197 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Aplica art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.2.3, art.4.3, art.1103 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 5 junio 2009 (J2009/180009)

Citada en el mismo sentido por SAP León de 13 octubre 2009 (J2009/261044)

Citada en el mismo sentido por SAP León de 20 septiembre 2010 (J2010/208836)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 20 septiembre 2010 (J2010/322293)

Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 28 junio 2011 (J2011/202137)

Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 15 septiembre 2011 (J2011/340637)

Citada en el mismo sentido por SJdo. Mercantil de 13 enero 2011 (J2011/4093)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 5 mayo 2011 (J2011/94412)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 20 enero 2012 (J2012/5290)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN SAP Barcelona de 19 marzo 2007 (J2007/130169)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS - LÍMITES TEMPORALES - Retroactividad e irretroactividad SAP Jaén de 13 abril 2007 (J2007/84437)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN STS Sala 1ª de 13 abril 2007 (J2007/21890)

Cita en el mismo sentido AAP Barcelona de 6 febrero 2006 (J2006/25933)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN STS Sala 1ª de 11 octubre 1988 (J1988/7935)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - REQUISITOS Y FINALIDAD, CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN STS Sala 1ª de 30 mayo 1984 (J1984/9807)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO:" 1/ Debo declarar culpable el concurso de la cooperativa de segundo grado FEDEOLIVA.

2/ Debo declarar como culpables a D. Gregorio, D. David, D. Luis Alberto, D. José Ignacio, D.ª Irene, D. Enrique, D. Santiago, D. José Francisco y D. Luis.

3/ Debo condenar a los culpables a la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante los períodos que se especifican a continuación a computar desde la firmeza de la presente sentencia, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período así como a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como a acreedor concursal o de la masa.

- A D. José Francisco 15 años

- A D. Luis 14 años.

- A D. Gregorio 3 años.

- A D. David 3 años

- A. D. Luis Alberto 3 años.

- A D. José Ignacio 3 años.

- A D.ª Irene 2 años.

- A D. Enrique 2 años.

- A D. Santiago 2 años.

4/ Debo condenar a D. José Francisco y a D. Luis a indemnizar solidariamente a los acreedores concursales, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa hasta la cantidad de 604.738'70 euros.

5/ Todo ello sin hacer expresa condena en costas de este incidente".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se preparó e interpuso por D. José Francisco, D. Irene, D. Santiago, D. Luis, D. José Ignacio y D. Gregorio, D. Luis Alberto y D. Enrique, D. David y la Administración Concursal, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos por el Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil núm. 4 de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso, solicitando todos los recurrentes la revocación de la sentencia y se dicte otra conforme a sus pretensiones respectivamente deducidas.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito impugnándolo por los codemandados, solicitando la confirmación de la sentencia remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, en la que se formó el rollo correspondiente, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente la Magistrada D^a María Jesús Jurado Cabrera.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Contra la sentencia dictada en la instancia por la cual, se declara culpable el concurso de la entidad Fedeoliva S.C.A., se interpone recurso de apelación por una parte, por la representación procesal de todos los administradores, integrantes del Consejo Rector, declarados culpables y que resultaron condenados, alegándose por todos, como motivos de impugnación, en síntesis, el error en la apreciación de la prueba respecto a las conductas que a juicio del juzgador conllevan a la declaración de culpabilidad del presente concurso, y la incorrecta aplicación del artículo 164 y del artículo 165 de la Ley Concursal, realizada por el Juzgador para intentar justificar la declaración de culpabilidad del concurso, por lo que en definitiva interesaban la revocación de la sentencia impugnada y se dicte otra por la que se declare el concurso como fortuito, impugnándose también las condenas de inhabilitación impuestas, alegándose al respecto infracción del principio de proporcionalidad que debe residir la imposición de la pena de inhabilitación, considerándose que por el juzgador de instancia se efectúe una incorrecta interpretación del artículo 172 de la ley concursal y por último por la representación procesal de D. José Francisco y de D. Luis, se alega además de los expuestos, un primer motivo de impugnación, relativo a la infracción de normas y garantías procesales en primera instancia, nulidad del auto de declaración de concurso por no darse los presupuestos subjetivo y objetivo para su declaración.

Por otra parte igualmente se interpone recurso de apelación por los administradores concursales de Fedeoliva S. C. A., 2º grado, alegándose como motivos de impugnación el error en la apreciación y valoración de la prueba respecto a los hechos relevantes para la calificación del concurso y respecto a las pérdidas derivadas del refinado de aceite y la culpabilidad del Sr. Carlos Ramón, aunque reconocen que no han aportado pruebas suficientes que respalden dicha irregularidad, por lo que llegó a retirar esta parte de apelación, el error en la interpretación de la normativa aplicable, artículo 172.2,3º y 172.3 de la Ley Concursal e impugnación el importe de la indemnización respecto a la limitación de la responsabilidad, que entienden es incongruente, por considerar que el artículo 1103 del Código Civil EDL 1889/1 es sólo aplicable a los supuestos de negligencia, no de culpa grave, como en el presente caso, por lo que interesaban la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra conforme a sus pretensiones deducidas en el suplico del escrito de interposición del recurso.

Atendiendo a la coincidencia de los motivos de impugnación alegados por la totalidad de los recurrentes, este Tribunal analizará los distintos motivos de impugnación concretamente invocados, con independencia de quien los haya alegado, ya que todos fundamentan su pretensión revocatoria en idénticos motivos.

Se comenzará examinando el motivo de impugnación relativo a la nulidad interesada del auto de declaración del concurso alegados únicamente, por D. José Francisco y D. Luis.

Segundo.- Ciertamente, el análisis que el Juez de lo Mercantil ha de realizar antes de decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de concurso, artículo 13.1 de la Ley Concursal, debe comprender fundamentalmente el de los requisitos y presupuestos procesales que aquella debe cumplir, debiendo hacerse extensivo a la detección de aquellos supuestos en que la petición de declaración de concurso se revele desde un principio del todo improcedente. Debe además efectuar la comprobación de que el solicitante se halla legitimado, prima fácil, para presentar tal solicitud; todo lo cual fue efectuado por el juzgador de instancia, no apreciándose en consecuencia motivo alguno para la pretendida nulidad del auto de declaración de concurso, el que por otra parte, en su día no fue objeto de recurso alguno.

Así, del tenor literal del artículo 15 de la citada Ley, se desprende, al mencionar que si la solicitud proviene de persona distinta del deudor debe tratarse de "cualquier legitimado". Se trata de un examen que debe referirse a una apariencia de legitimación que resulta de las razones esgrimidas en la solicitud de concurso y de los documentos que la acompañen, y que no impediría que, superado ese primer filtro, el deudor pueda en el trámite de oposición no solo discutir la existencia de presupuesto subjetivo u objetivo del concurso, sino también negar legitimación al solicitante, lo cual como hemos dicho no fue efectuado en su momento por los hoy recurrentes, y por otra parte realizado el mencionado análisis, se puede afirmar que la parte solicitante de la declaración de concurso, en este caso voluntario,

reunía las condiciones de capacidad procesal y de postulación exigidas para esta petición en el artículo 184 de la Ley Concursal, estando además legitimada para ello, porque se admitió a trámite la solicitud de concurso, acordándose el emplazamiento de la concursada conforme a lo previsto en los artículos 15 y 184 de la citada ley, así como la formación de la Sección Primera conforme a lo dispuesto en los artículos 16 y 183, no pudiendo olvidar al respecto que nos encontramos en la Sección de calificación del concurso declarado en su día, y en la cual se ha dictado la sentencia objeto de apelación. De igual modo, debe rechazarse, la alegación efectuada de que la entidad no se encontraba en situación de insolvencia. Sin embargo valorados los datos extraídos de la documentación presentada se aprecia dicha situación.

En efecto, entendiendo por tal la situación en que se encuentra al deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, artículo 2 de la Ley Concursal, ha de concluirse, como ya se hizo, que se encontraba en insolvencia. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas.

Por esta razón el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia, artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud de deudor.

Así, a pesar de que concurren dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa, en el que analizando comparativamente el activo y pasivo de la entidad que se extrae del inventario y la lista de acreedores presentada, se aprecia en efecto situación de insolvencia, ya que la concursada no se encontraba en situación de cumplir regularmente sus obligaciones.

Ahora bien, el artículo 18 de la Ley concursal, permite oponer, a pesar de que concurre el hecho revelador de la insolvencia, que la deudora es solvente, lo que no se realizó. En consecuencia, procedía en efecto acordar la procedencia de la declaración de concurso, el cual tiene la consideración de voluntario conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de dicha ley, ya que la primera solicitud fue presentada por el deudor y la legitimación parra instar la declaración de concurso, en caso de deudor persona jurídica, corresponde, al artículo 3, al órgano de administración o liquidación, cumpliéndose en este caso las condiciones legalmente exigidas y dándose publicidad a la declaración de concurso en la forma y con las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 23 y 24.

Pues bien, el auto de declaración de concurso, dictado en fecha 20 de octubre de 2005, era susceptible de recurso, y así expresamente se indicaba en el mismo, incluso por cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad, y en consecuencia pudo ser recurrido por los acusados hoy recurrentes pues dicho auto se había publicado y notificado conforme dispone la Ley y por tanto lo conocían.

Así pues, las alegaciones sobre defectos formales de dicho auto efectuados por los apelantes, deben ser rechazadas, ya que los mismos, en su momento, no recurrieron dicho auto el cual no puede ser revisado, pasados dos años del dictado del mismo, y en una fase que nada tiene que ver con lo que constituye el objeto de enjuiciamiento en la fase de liquidación del concurso en que nos encontramos y cuyo objeto es la declaración de culpable o fortuito del concurso, por lo que el juzgador de instancia inadmitió la nulidad instada al respecto, llegando la sala tras el examen de las actuaciones a idéntica conclusión procediendo en consecuencia el rechazo de tal motivo de impugnación; e igual suerte desestimatorio deben correr los restantes motivos de impugnación invocados por los diversos recurrentes, anticipándose ya que deberán ser desestimados los recursos de apelación interpuestos y en consecuencia deberá confirmarse la sentencia recurrida, por considerarse totalmente ajustada a derecho.

Tercero.- La administración concursal y el Ministerio Fiscal interesan que se califique como culpable el concurso de la entidad mercantil Fedeoliva, designando a las personas afectadas por la calificación a los que fueron administradores de dicha entidad.

Ciertamente, la Sección de calificación tiene por objeto, en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o culpable y solo en el caso de declararse culpable, la sentencia deberá identificar a las personas afectadas por dicha calificación y, en su caso, a los cómplices, y pronunciarse sobre los efectos personales y patrimoniales previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 172 de la Ley Concursal.

Dicha Ley no define ni fija los presupuestos del concurso fortuito, pues se limita a señalar cuando el concurso es culpable, por lo que en sentido negativo o por exclusión, el concurso se calificara como fortuito cuando no sea culpable.

El artículo 164.1 de la citada Ley, impone la calificación de concurso culpable "...del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hechos o de derecho".

Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; generación o agravación del estado de insolvencia; que sea imputable a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Ante la dificultad de la prueba de los requisitos de la declaración del concurso culpable y, en especial, del elemento subjetivo del dolo o culpa grave, aquella se favorece por la ley con las presunciones previstas en los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal.

Desde luego, no tienen la misma amplitud las presunciones *iuris tantum* del artículo 165, que las presunciones *iuris et de iure* del artículo 164.2 y no solo porque aquellas, a diferencia de estas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones *iure et de iure*, ocuparon todos y cada uno de los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable.

Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164.2, el concurso inexorablemente debe calificarse como culpable. Así, el citado precepto con expresión no desconocida en el texto legal, señala que "En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurre cualquiera de los siguientes supuestos...".

Por el contrario, las presunciones del artículo 165 solo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados. Así mientras que el artículo 164.2 presume, cuando concurren determinados hechos, el concurso como culpable, sin admitir prueba en contrario, el artículo 165 solo permite presumir uno de los elementos del concurso culpable, cual es la concurrencia del dolo o culpa grave.

Por último, aún cuando no se acreditase la concurrencia de ninguna de las presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, como es obvio, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria, fuera del amparo de las presunciones legales.

Precisado lo anterior, y aplicándolo al caso que nos ocupa, la sentencia recurrida declara el concurso culpable por A) conforme al artículo 164.1.1º 2 que dispone que en todo caso, es decir, (sin admitir prueba en contrario), el concurso se calificará como culpable merecido 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; y B) conforme al artículo 164.1, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores de derecho o de hecho de una persona.

Pues bien, se imputa haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera que llevare, y así dentro de esta se constata que se observa que se encontraba la entidad en una importante quiebra técnica desde el año 2002 conforme razona el juzgador que se va agravando en los años sucesivos, y la misma se va maquillando los gastos en relación con el establecimiento, las cuentas hasta el punto de hacer creer que existían beneficios cuando la realidad era la existencia de pérdidas, aunque no obstante ello, a través del balance y cuentas anuales, se podía conocer la irregularidad existente.

También, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley concursal, conforme el cual las secciones llevarán necesariamente contabilidad independiente, y conforme se desprende acreditado de los informes periciales no se llevaba contabilidad independiente pro cada una de las secciones que integran la cooperativa, ya que éstas actúan de una manera aislada.

Igualmente se observa irregularidad en relación a la contabilización de las subvenciones, habiéndose constatado a través del informe de la auditoría, que se amortizó indebidamente 393.692'27 euros de la subvención, lo que hizo que los ingresos aumentaran, dotación de saldos de dudoso cobro, ya que se incluían en la contabilidad créditos contra acreedores que eran de dudoso cobro y así se daba una imagen de solvencia que no se correspondía con la realidad, el supuesto de Fadrepol, pérdidas derivadas de la actividad de exportación, deuda Expafe, quien destaca en la lista de deudores por importe de 17.833.144'75 euros, pérdidas derivadas del contrato con Reficisor, del refinado de la planta de Yuncos, pérdidas o salidas no justificadas de aceite.

Todo ello nos conduce a la existencia de una actuación gravemente negligente de los gestores de Fedeoliva S. C.A., 2 -grado, generando o agravando la situación de insolvencia de la misma, a los efectos del artículo 164-1 de la Ley Concursal.

Por otra parte, no haber presentado el concurso ante la situación, si bien no de insolvencia actual, sí de insolvencia inminente, en el año 2004, con lo que se agravó la situación.

En definitiva se estaba realizando una gestión antieconómica. El estado de insolvencia inminente se define en el artículo 2-3 in fine de la Ley Concursal, conforme al cual "se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevee que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles".

Por su parte el artículo 1-2 de dicha Ley señala que "se encuentra en estado de insolvencia actual, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".

En el presente caso no puede decirse que la insolvencia sea actual sino inminente.

En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente, debemos partir del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente, teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso, artículo 5 de la Ley Concursal, mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal.

En cualquier caso en el presente supuesto, debieron prever el incumplimiento de obligaciones inminentes.

Por tanto, en esencia, los hechos sobre los que se asienta la calificación pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, exhaustivamente analizados por el juzgador de instancia, han resultado acreditados.

Cuarto.- Se alega también que no están conformes con la interpretación que hace el juzgador sobre la irretroactividad de la Ley Concursal, lo que igualmente deberá rechazarse, debiendo precisarse que en efecto en la sentencia dictada por esta misma Sala en fecha 13 de abril de 2007 EDJ 2007/21890, ya se analizó si el nuevo régimen jurídico instaurado con la Ley Concursal en materia de calificación del concurso y, en concreto, la posibilidad de condenar a quienes hubieran tenido la condición de administradores dentro

de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, artículo 172-3º de la Ley, es aplicable o no a aquellos actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Debe recordarse que conforme al artículo 2-3º del Código Civil EDL 1889/1 , las leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieran lo contrario, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9-3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La irretroactividad de las leyes se asienta en el principio de seguridad jurídica y en el respeto a los derechos adquiridos y "a las situaciones jurídicas beneficiosas", (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984 EDJ 1984/9807).

Ahora bien, la retroactividad absoluta que prohíben los preceptos citados alcanza sólo a los efectos jurídicos agotados o ya producidos de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. De ahí que el tribunal Supremo en ocasiones, aluda a una retroactividad débil o de primer grado (Sentencias de 11 de octubre de 1988 EDJ 1988/7935 y de 22 de mayo de 1989, entre otras muchas) que puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en este sentido cuando así se derive del espíritu y finalidad de la Ley.

Las disposiciones transitorias del Código Civil EDL 1889/1 , aplicables a problemas de derecho transitorio suscitados por la entrada en vigor de otras normas (artículo 4-3º del Código Civil EDL 1889/1 , también permiten sostener la aplicación retroactiva de a la Ley en situaciones o relaciones jurídicas cuyos efectos no se hayan consumado o agotado.

En consecuencia las normas de la Ley Concursal son aplicables a los procedimientos concursales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, el día 1 de septiembre de 2004, y los tramitados con anterioridad se tramitan por las normas que corresponden a la quiebra, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y la quita y espera, (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007 EDJ 2007/130169), pues cuando la Ley Concursal ha querido que alguna de sus normas tenga carácter retroactivo así lo ha dispuesto al prescribir, en su disposición adicional primera, que "los Jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencias a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndose en relación con los del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad"; y por otra, cinco reglas de aplicación transitoria de normas de la nueva Ley concursal a procedimientos anteriores a su entrada en vigor, en su disposición transitoria primera, que son las reglas sobre conclusión de procedimiento (artículos 176 a 180 de la Ley Concursal); la apertura del concurso en su fase de liquidación en caso de un incumplimiento de un convenio, la imposibilidad de aprobar un convenio en la quiebra sin que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos, las restricciones sobre el contenido del convenio, (artículos 99 y 100 de la Ley Concursal), y algunas otras sobre la forma de las propuestas de convenio en los procesos anteriores; y la aplicación del régimen de recursos del artículo 197 de la Ley Concursal.

A mayor abundamiento la Exposición de Motivos de la Ley dispone que la Ley ha optado por respetar el principio de irretroactividad con algunas excepciones.

Así las cosas, la referida retroactividad débil, se aplicaría cuando el acto se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley pero sus efectos se materializan con posterioridad y a los actos anteriores pero que sus efectos se prolongan en el tiempo y existiendo la posibilidad de corregirlos no se hace así sino que ocurre al revés es decir que se mantienen.

Quinto.- Calificado el concurso como culpable deben determinarse las personas afectadas por la calificación, habiéndose efectuado también imputación en calidad de cómplices, en concreto respecto del Sr. Enrique y del Sr. José Francisco.

La Ley Concursal no concreta exactamente quienes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164-1 y 172-2, 1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, las únicas personas que pueden ser afectadas por la calificación, son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando procede en orden a su inhabilitación.

Por los recurrentes se insiste sobre que el juzgador de instancia se efectúa una incorrecta interpretación del artículo 172 de la Ley Concursal.

Pues bien hay que partir de la base que la calificación culpable del concurso se basa en el dolo o la culpa grave, es decir siempre que concurra dolo o culpa grave en el deudor, ya sea para la generación o agravación de la insolvencia, el concurso será culpable siempre, claro está que existe un nexo de causalidad entre este dolo o culpa grave y la generación o la agravación de la insolvencia.

A partir del informe de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, con naturaleza de verdadera demanda, que coinciden en la calificación del concurso como culpable y determinan la afectación de los administradores integrantes del Consejo Rector de la entidad concursada, se ha procedido a analizar la calificación del concurso y la afectación que pudiera haberse derivado de la situación de concurso y de insolvencia de la sociedad de conformidad a los artículos 163 a 173 de la Ley 22/2003.

Examinadas las actuaciones y pruebas practicadas, analizadas correctamente por el Juzgador, sin que se aprecie error alguno al respecto, sino que analiza exhaustivamente las causas que resultan acreditadas y por tanto, conforme concluye el juzgador de instancia se dan las circunstancias importantes y los elementos necesarios señalados en los preceptos indicados, para entender que estamos ante un concurso culpable, no procediendo en consecuencia estimar la pretensión de los recurrentes de que se declare el concurso fortuito, ya que la concurrencia de alguno de los cinco supuestos objetivamente configurados como censurables que se recogen en el núm. 2 del artículo 164 de la citada Ley, con independencia de que hayan contribuido o no a generar o agravar la insolvencia y con independencia asimismo, de la intencionalidad con que se haya producido su agente, y también la concurrencia de alguna de las tres hipótesis previstas en el artículo 165 de la Ley, salvo que se pruebe que su aparición ha sido indiferente en orden a generar o agravar el estado de insolvencia.

Por tanto el análisis y la apreciación en conjunto de las anteriores circunstancias ya reseñadas, hace que nos encontremos con que se dan los elementos señalados como es la existencia de determinados hechos, actos y omisiones que motiven una actitud culposa. En este sentido, debemos precisar los efectos personales de la declaración de culpabilidad y afectación.

La administración concursal y el Ministerio Fiscal, solicitan en función de la calificación del concurso como culpable y de la responsabilidad por afectación que la misma señala, condena a las responsabilidades correspondientes.

La naturaleza de este procedimiento de calificación, recoge una serie de intereses afectados, que con Sancho Gargallo, podemos calificar en: intereses públicos que se satisfacen con la calificación y la inhabilitación; e intereses generales satisfechos con las personas afectadas y cómplices del concurso; intereses particulares de los acreedores cuyos créditos no son satisfechos con la liquidación y por la condena a responder de todos o parte de dichos créditos.

Los primeros son públicos y los dos segundos son privados requiriendo para el primero una concreta petición de la administración concursal o del Ministerio Fiscal, en cuanto a la calificación culpable y para los dos siguientes también concretas peticiones. No obstante la afectación conlleva necesariamente la aplicación del artículo 172-2-2 de la Ley Concursal, de forma directa, una vez determinado que existen afectados por el concurso, se producirá la "inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo en todo caso a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

En este caso todos los hoy recurrentes fueron imputados de culpabilidad en la calificación del concurso debido a su pertenencia al Consejo Rector de Fedeoliva S.C.A., durante un determinado periodo de tiempo, al resultar acreditado que durante dicho periodo fue cuando se habían generado las causas de agravamiento de la insolvencia o las irregularidades constatadas que avalan dicha declaración de responsabilidad, encontrándose al frente del Consejo Rector los Sres. José Francisco y D. Luis, y sobre los cuales el resto de los integrantes del Consejo Rector pretenden recaer la culpa; no obstante ello debemos de tener en cuenta que todos tenían similar formación y que la responsabilidad del Consejo Rector es solidaria, además de resultar acreditado por la amplia testifical practicada que se informaba en las reuniones de dicho Consejo de todas las gestiones realizadas, conforme se desprende también de la documental aportada, en concreto de las correspondientes actas, asistiendo todo los representantes de las cooperativas que componían la Sección de Comercialización y por tanto también todos los recurrentes, quienes eran conocedores de la situación de Fedeoliva por su doble condición de miembros del Consejo Rector y de la Sección de Comercialización.

Por otra parte, la dicción literal del precepto no deja lugar a dudas, y aunque la petición sea genérica o no se hubiera pedido, que no es el caso este, será necesario entrar en este supuesto para determinar la inhabilitación a que han de ser condenados dichos afectados y sólo éstos, a partir de dos criterios: la gravedad de los hechos que hubieran motivado la afectación y que sólo pueden referirse a aquellos en que se hubiera intervenido con dolo o culpa grave y que hubieran motivado a su vez la calificación del concurso como culpable, y la entidad del perjuicio causado.

Por tanto, se considera adecuada la inhabilitación impuesta, a los componentes del Consejo Rector, hoy apelantes, respectivamente, atendiendo al grado de participación en la gestión y decisiones adoptadas, incluso la impuesta en su grado máximo al Sr. José Francisco y la de 14 años de inhabilitación impuesta al Sr. Luis ya que los mismos son imputados además como cómplices, debiendo de tenerse en cuenta que si bien es cierto que el Sr. Luis, presentó renuncia en fecha 11 de febrero de 2004 también lo es que dicha renuncia no fue aceptada, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 59-3 de la Ley de Sociedades Cooperativas andaluzas, la renuncia no puede tener eficacia.

Así las cosas, el Sr. José Francisco y el Sr. Luis, son acusados no sólo como culpables en cuanto miembros del Consejo Rector, es decir miembros integrantes de Fedeoliva, sino como cómplices en cuanto que vicepresidente y presidente respectivamente de Expafe, a través de la cual se realizaba la exportación, y a la que a pesar de la deuda existente, y con conocimiento de que a través de su actividad y por la deuda contraída por impago del aceite recibido, provocando con ello una crisis grave, se seguía suministrando aceite a pesar del impago.

La complicidad se recoge en la Ley Concursal a partir del artículo 166 en donde se señala 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".

Se exige por tanto que: a) dichas personas hayan actuado con dolo o culpa, b) que hayan cooperado con el deudor o sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores; c) que se realice cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

El criterio de cooperación debe partir de conductos que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero si con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto, de que la cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164-2 de la Ley Concursal; lo cual concurre en este caso, en cuanto el Sr. José Francisco y el Sr. Luis, máximos dirigentes de Fedeoliva, y a su vez vicepresidente y presidente respectivamente de Expafe, siendo quienes negociaban y suscribían los distintos contratos, y en definitiva realizaban las labores ejecutivas y de dirección, y aún a pesar de conocer la imposibilidad del pago de la deuda, seguían suministrando aceite a Expafe, con lo que se contribuía a agravar la crisis de Fedeoliva.

Así las cosas, en efecto y conforme concluye el juzgador de instancia, las demás irregularidades denunciadas por los administradores concursales no aparecen debidamente acreditadas, y además sólo sería una razón más para considerar el concurso como culpable que sí se ha calificado sin tener en cuenta esas irregularidades.

Sexto.- Otro, pero no menos importante tema a analizar es la verdadera naturaleza de la responsabilidad concursal recogida en el artículo 173-2 de la Ley Concursal, en cuanto a la división doctrinal entre responsabilidad por culpa o responsabilidad sanción. Dicha cuestión es analizada exhaustivamente por el juzgador de instancia y en la ya citada sentencia de esta Sala de fecha 13 de abril de 2007 EDJ 2007/84437 , a cuyos fundamentos nos remitiremos.

En efectos el artículo 172-3 citado determina que si la sección de calificación hubiera sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la Sentencia podrá además de condenar a los administradores de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, supuesto de autos, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Pues bien, la sentencia analiza profusamente las dos posturas existentes en la doctrina y jurisprudencia menor. El criterio mayoritario considera que la responsabilidad concursal derivada del precepto indicado tiene naturaleza sancionadora pues se da como consecuencia de que se cumplan determinados requisitos, que ya hemos señalado, (en tal sentido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de febrero). Otras posiciones doctrinales señalan la necesidad de determinar una responsabilidad por culpa y daño, (en tal sentido el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 EDJ 2006/25933).

Si se adopta la consideración de que se trata de un tipo de responsabilidad sanción, la concurrencia de los requisitos de apertura de la fase de liquidación, culpabilidad del concurso e insuficiencia de bienes para pagar a acreedores conllevará la aplicación de la sanción de manera automática y de forma ajena al daño que se hubiere podido producir. Por el contrario se adoptamos la postura de responsabilidad indemnización deberá también acreditarse que la actuación de los culpables han ocasionado un perjuicio y en la medida en que este punto quede acreditado así como su cuantía, podrán ser condenados los administradores culpables al pago del importe que no pueda cubrirse con la masa activa.

Pues bien, en la sentencia ya citada de esta Sala de 13 de abril de 2007 EDJ 2007/84437 , tras analizar las razones que apoyan tanto la postura de la responsabilidad sanción, como las que sostienen la teoría de la responsabilidad indemnización, se inclinó, al igual que el Juez de lo Mercantil de Jaén, por una responsabilidad indemnizatoria, siendo este el criterio mantenido por esta Audiencia Provincial, en sentencias de fecha 23 de abril de 2007 entre otras; ya que en efecto, si el legislador hubiese querido establecer una responsabilidad punitiva, habría establecido que dado el presupuesto, generación o agravación del estado de insolvencia imputable a los administradores, estos responderían de la totalidad de los créditos fallidos; al establecer una modulación es porque está partiendo de la referida relación de causalidad entre presupuestos de la responsabilidad y el hecho dañoso de que los créditos resulten total o parcialmente fallidos, pues de otra parte la norma no dice expresamente cuando debe o no imponerse, y tampoco recoge que criterios deben considerarse a la hora de imponer la sanción total o parcialmente.

Así pues, hay que partir de la base de la calificación culpable del concurso se basa en el dolo o la culpa grave, es decir siempre que concurra dolo o culpa grave en el deudor ya sea para la generación o agravación de la insolvencia el concurso será culpable siempre, claro está, que exista un nexo de causalidad entre este dolo o culpa grave y la generación o la agresión de la insolvencia.

No obstante, lo que resulta evidente es que los créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio que tienen los acreedores concursales y esta indemnización sólo tiene lugar cuando existe dolo o culpa grave de los administradores de hecho o de derecho y haya sido la causa de que la liquidación de la masa activa no sea suficiente para que cobren todos los acreedores. Es por ello que teniendo en cuenta la intervención de cada uno de los administradores de hecho o de derecho y su incidencia en la insolvencia final el juez podrá atribuir el pago total o parcial a uno o a varios y dentro de éstos podrá establecer la proporción que estimare adecuada.

Por tanto, entendemos, al igual que el juzgador de instancia, que se trata de una responsabilidad indemnizatoria, pues el artículo 172-3 de la Ley Concursal no se refiere a una sanción automática al considerar el concurso culpable sino que otorga al juez la facultad de condenar o no a los administradores al utilizar el vocablo "podrá".

Por último, es de destacar, que no se aprecia que el juzgador de instancia haya incurrido en incongruencia alguna, ni tampoco infracción de preceptos alguno, procediendo, a tenor de lo expuesto, el rechazo de la infracción del principio de proporcionalidad que debe presidir la imposición de la pena.

Pues bien en este sentido, debemos de precisar los efectos personales de la declaración de culpabilidad y afectación. La administración concursal y el Ministerio Fiscal, solicitan en función de la calificación del concurso como culpable y de la responsabilidad por afectación que la misma señala, condena a las responsabilidades correspondientes atendiendo en todo caso a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

Por tanto la dicción literal del precepto no deja lugar a dudas y aunque la petición sea genérica o no se hubiera pedido, lo que no sucede en el caso que nos ocupa, será necesario entrar en este supuesto para determinar la inhabilitación a que han de ser condenados dichos afectados, y sólo éstos, a partir de dos criterios: la gravedad de los hechos en referencia a los hechos que hubieran motivado la afectación y que sólo pueden referirse a aquellos en que se hubiera intervenido con dolo o culpa grave y que hubieran motivado a su vez la calificación del concurso como culpable y la entidad del perjuicio causado.

En el presente caso, los administradores afectados por la calificación concursal, son por los hechos o causas relatadas que fueron analizadas minuciosa y exhaustivamente por el juzgador de instancia, llegando la Sal, tras el examen de las actuaciones a idéntica conclusión que aquél.

Por lo expuesto, se considera adecuada la inhabilitación impuesta respecto a cada uno de los integrantes del Consejo Rector, declarados culpables, e igualmente correcta la limitación de la indemnización fijada por el juzgador, quien acertadamente ha aplicado la limitación de dicha indemnización respecto al Sr. José Francisco y Sr. Luis, al amparo de la facultad moderadora del artículo 1130 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por lo expuesto y por los propios fundamentos de la sentencia recurrida que aquí se dan por reproducidos, procede su íntegra confirmación, previa desestimación de los recursos de apelación interpuestos.

Séptimo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , no procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales de esta alzada, ante las manifiestas dudas de derecho, que esta sentencia ha puesto de manifiesto así como la propia dificultad y complejidad de la presente pieza.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que Desestimando los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y de lo Mercantil de Jaén con fecha 3 de septiembre de 2007 en autos de Incidente concursal de calificación seguidos en dicho Juzgado con el número 886 del año 2005 debemos de confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin expreso pronunciamiento en las costas de esta alzada.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y de lo Mercantil de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 23050370012008100028