



Roj: **SAP M 1695/2017 - ECLI: ES:APM:2017:1695**

Id Cendoj: **28079370282017100041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/02/2017**

Nº de Recurso: **535/2016**

Nº de Resolución: **55/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0000599

Recurso de Apelación 535/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Autos de Concurso Abreviado 55/2013

APELANTES/APELADOS: D. Belarmino

Procuradora Dña. Matilde Marín Pérez

Letrado D. Jose Luis Merino Martínez

FORJADOS LOECHES S.A. Y D. Constanancio

Procuradora Dña. Maria Teresa Uceda Blasco

Letrado D. José Luis Díaz Echegaray

APELADA: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE FORJADOS LOECHES S.A.

S E N T E N C I A nº 55/2017

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a 6 de febrero de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 535/2016 interpuesto contra la Sentencia de fecha 27/01/2016 dictada en la Sección 6ª del Concurso Abreviado número 55/2013 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada, siendo apelada la parte demandante, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las presentes actuaciones procesales de la pieza sexta de calificación del concurso abreviado 55/13 se iniciaron mediante testimonios del auto de fecha 15/02/2013 en que se declaraba en situación legal de concurso voluntario a FORJADOS LOECHES, S.A., y del auto de fecha 4/04/2014 por el que se aprobaba el plan de realización de bienes y derechos que constituyen la masa activa de FORJADOS LOECHES S.A. presentado por la Administración Concursal.

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 27/01/2016 cuyo fallo es del siguiente tenor :

"ESTIMO SUSTANCIALMENTE LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN FORMULADA POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE FORJADOS LOECHES, S.A. Y POR EL MINISTERIO FISCAL Y ACUERDO:

1º) Calificar como CULPABLE el concurso de FORJADOS LOECHES, S.A.

2º) Declaro personas afectadas por la presente calificación a DON Constancio , en su condición de liquidador de FORJADOS LOECHES, S.A. y a DON Belarmino , en su condición de liquidador de hecho de FORJADOS LOECHES, S.A.

3º) INHABILITO A DON Constancio y a DON Belarmino para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de 3 años, desde la firmeza de la presente resolución, en su condición de liquidadores de FORJADOS LOECHES, S.A.

4º) CONDENO a la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores concursales FORJADOS LOECHES, S.A.: DON Constancio y DON Belarmino , en su condición de liquidadores de FORJADOS LOECHES, S.A.

5º) CONDENO A DON Constancio y a DON Belarmino , al pago del importe total de los créditos concursales o contra la masa, que no hayan sido satisfechos con el producto de la liquidación de la masa activa, con el límite de la cantidad de 287.809 euros, más intereses de demora, a cuyo fin emitirá informe la Administración concursal para fijar exactamente la deuda de suma cuando concluya la liquidación.

SE IMPONEN LAS COSTAS DE LA PRESENTE INSTANCIA A FORJADOS LOECHES, S.A., DON Belarmino , DON Constancio

A tal efecto, una vez firme la presente sentencia, líbrense mandamientos a todos los registros públicos donde pueda tomarse razón de dicha condena, y en particular al Registro Mercantil, Registro de la Propiedad y Registro Civil.

Y cítese a DON Belarmino y a DON Constancio , para requerirle formalmente, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia grave a la Autoridad, sancionado con multa y prisión, para que se abstenga de tal administración o representación durante tal periodo, que computará desde la firmeza de esta sentencia."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de FORJADOS LOECHES SA y Don Constancio se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2 de febrero de 2017.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida calificó como culpable el concurso de la entidad FORJADOS LOECHES S.A., declaró como personas afectadas por dicha calificación a Don Constancio y a Don Belarmino en la condición de liquidador de derecho y de liquidador de hecho, respectivamente, de dicha mercantil, inhabilitó a los mismos para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años, les condenó a la pérdida de los derechos que pudieran tener como administradores concursales y, finalmente, les condenó a hacer frente a los créditos concursales o contra la masa que no pudieran verse satisfechos con el patrimonio de la concursada con el límite de 287.809 € más intereses de demora.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo han interpuesto recurso de apelación tanto la concursada FORJADOS LOECHES S.A. como Don Constancio y Don Belarmino .



SEGUNDO .- La declaración de culpabilidad del concurso que la sentencia apelada efectúa se fundó, única y exclusivamente, en el Art. 164-1 de la Ley Concursal que, en la redacción aplicable al caso, establecía lo siguiente: *"El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso"*.

Y la concreta conducta considerada como gravemente imprudente que la sentencia vincula causalmente a la generación de la insolvencia consistió en la venta que el liquidador de derecho Sr. Constancio efectuó el 31 de mayo de 2012 a la mercantil PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN S.A. (PREARCO), administrada por el Sr. Belarmino , de la maquinaria propiedad de la concursada por precio aplazado de 497.890 €, quedando la compradora sin satisfacer la suma de 287.809 €. Crédito este que en la actualidad ha quedado sometido a las vicisitudes del concurso, finalmente también declarado, de PREARCO.

A la hora de delimitar los términos del debate que se mantiene en esta segunda instancia, importa realizar en relación con dicha cuestión las siguientes reflexiones:

1.- Pese a que en el informe de calificación de la Administración Concursal y en el dictamen del Ministerio Fiscal la calificación de culpabilidad se sostenía también en otras conductas diferentes que la sentencia apelada no consideró capaces de fundamentar dicha calificación, lo cierto es que ninguno de los apelados ha reproducido por vía de oposición a los recursos de apelación (en al caso del Ministerio Fiscal, ni siquiera se ha producido escrito de oposición) tales cuestiones, lo que determina que el debate quede centrado en esta segunda instancia, única y exclusivamente, en la operación de venta de la maquinaria. Únicamente la Administración Concursal reiteró en su escrito de oposición otra cuestión, a saber, el reproche relativo a la falta de allanamiento de la concursada a determinada demanda ejercitada en su contra, falta de allanamiento que habría determinado su condena en costas. Ahora bien, tal reproche deviene irrelevante en relación con la presente calificación porque, por un lado, el tiempo hábil para que un hipotético allanamiento hubiera podido eventualmente determinar la exoneración de la condena en costas, en aplicación del Art. 395 de la L.E.C ., fue anterior a la fecha en la que se acuerda la disolución e inicia su mandato como liquidador el Sr. Constancio , y, por otro lado, porque, aun cuando dicha conducta fuera censurable al Sr. Belarmino en la época en la que ostentó la condición de administrador de la concursada, perdió dicha condición con anterioridad a los dos años previos a la declaración de concurso a que hace referencia el Art. 164-1 de la Ley Concursal , siendo así que, por lo que más adelante se razonará, tampoco consideramos que dicho señor haya ostentado la cualidad de liquidador de hecho de la mercantil durante el referido periodo.

2.- El reproche en relación con la aludida operación de venta de maquinaria nunca se fundó en la insuficiencia del precio pactado. Ni la Administración Concursal ni el Ministerio Fiscal cuestionaron la suficiencia de dicho precio en relación con la naturaleza y el estado de los bienes vendidos, y, de hecho, el liquidador tuvo la cautela de recabar, con carácter previo a la operación, una tasación de dichos bienes del ingeniero Sr. Mariano . Lo único que se censura es que, habiéndose concertado el pago aplazado del precio, no se establecieran garantías para su efectividad.

3.- En el informe de calificación se destaca de manera insistente la circunstancia de que las compradoras de los bienes de la sociedad FORJADOS LOECHES S.A. en fase de liquidación fueran entidades participadas y/o administradas por el Sr. Belarmino , quien, a su vez, ostentaba el 40 % del capital de dicha concursada, y de esa manera se pretende cubrir con un manto generalizado de sospecha el conjunto de las operaciones liquidatorias acometidas. Este tribunal ha de decir, sin embargo, que, salvo por la eventual concurrencia de irregularidades concretas referidas a alguna operación en particular que lógicamente habría que examinar, no percibe ese halo indiscriminado de fraudulencia, al menos en tanto que apoyado en esa circunstancia. En efecto, la concursada FORJADOS LOECHES S.A. era una sociedad integrada, al 50 %, por dos grupos de socios que mantenían posiciones irreconciliables, circunstancia que impedía su funcionamiento y la adopción de acuerdos. Ello motivó que en junta general de 9 de septiembre de 2009 se acordase, con el voto favorable del grupo de accionistas al que pertenece el Sr. Belarmino (los miembros del otro grupo no asistieron), su disolución y el nombramiento de liquidador en la persona del economista Sr. Constancio . No ha resultado acreditado que este haya ostentado cargo alguno en la mercantil PREARCO, pues el documento extraído de internet (folio 40) en que tal cosa se indica carece de elementales garantías, y lo único que se admite por los apelantes es que PREARCO recabó asesoramiento de dicho señor, en tanto que profesional independiente, en ocasiones aisladas, circunstancia que lo único que hace es explicar las razones por las que se le designó, precisamente, liquidador. En todo caso, dicho nombramiento no debió generar la menor desconfianza en el grupo de accionistas enfrenteado a juzgar por el hecho de que no consta la menor iniciativa de dichos socios en orden al nombramiento de interventor, de acuerdo con lo previsto en el Art. 381-1 de la Ley de Sociedades de



Capital, pese a ostentar sobrada participación en el capital como para instar dicha designación. Así las cosas, no somos capaces de apreciar la menor anormalidad o abuso en el hecho de que determinadas sociedades controladas por uno de los socios de la concursada, el Sr. Belarmino, se interesasen por la adquisición de sus bienes a precios cuya razonabilidad no se ha cuestionado cuando, por un lado, esos bienes debían ser forzosamente vendidos al haberse abierto el periodo de la liquidación de la mercantil y cuando, por otra parte, no consta que ni los socios pertenecientes al otro grupo accionarial ni ninguna otra persona hubiera mostrado ese mismo interés por su adquisición. Se trata, obviamente, de una reflexión de carácter genérico pero que ayuda a situar las cuestiones debatidas en su verdadero contexto.

TERCERO.- Al hilo de esta última consideración y, aun cuando ello suponga alterar de algún modo la secuencia natural de los temas debatidos, hemos de señalar que no compartimos las conclusiones de la sentencia apelada cuando atribuye al Sr. Belarmino la condición de liquidador de hecho de la concursada, condición para cuya apreciabilidad serían exigibles los mismos requisitos a los que se encuentra sometida la figura del administrador de hecho.

Se trata, como es sabido, de una figura jurídica que ha venido siendo configurada en el terreno doctrinal y jurisprudencial como aquel sujeto que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de dirección idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido. El Art. 236-3 de la Ley de Sociedades de Capital lo define en la actualidad indicando que "...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". Al margen de otras posibles hipótesis de administración de hecho caracterizadas por la unicidad (vgr., administrador con cargo caducado, administrador cuyo nombramiento se declara nulo, administrador sin nombramiento que ejerce durante la vacancia del cargo, etc.), la concreta hipótesis que se invoca en el presente litigio sería más bien la correspondiente a la figura del administrador "oculto" (léase liquidador "oculto"), que es la que se da cuando el administrador de hecho coexiste con el administrador de derecho y con su beneplácito. Y son características que nuestra jurisprudencia ha venido acuñando como relevantes para detectar la presencia de dicha figura las siguientes:

- a) Para que merezca la calificación de tal, el administrador de hecho ha de desarrollaron su labor con *autonomía*, o lo que es igual, sin subordinación de clase alguna al administrador de derecho.
- b) La calidad de la actuación del administrador de hecho ha de situarse en el *nivel decisorio* de la actividad societaria, de manera que no se limite a organizar o materializar las decisiones adoptadas por el administrador de derecho.
- c) Este modo de actuar lo lleva a cabo el administrador de hecho, cuando de administrador oculto se trata, con el *conocimiento y consentimiento* del administrador de derecho.
- c) Dicho modo de proceder no debe constituir algo puntual o esporádico sino más bien la regla de actuación observada de manera *constante y permanente* en el seno de la sociedad de que se trate.

Pues bien, el estado de cosas precedentemente descrito (el voto decisivo del Sr. Belarmino para el nombramiento del Sr. Constancio como liquidador y la condición de aquel de administrador y máximo accionista de PREARCO, compradora de la maquinaria) definen un escenario donde la tesis manejada en el informe de calificación, que atribuye al Sr. Belarmino la adopción real de las decisiones liquidatorias, es una tesis simplemente posible. Ahora bien, no habiéndose suministrado por la Administración Concursal ni por el Ministerio Fiscal prueba de carácter directo capaz de respaldar esa tesis (vgr., testigos que hubieran presenciado la actividad decisoria del supuesto liquidador de hecho y el beneplácito sistemático del liquidador de derecho, misivas convencionales o telemáticas que pusieran de manifiesto la ascendencia de aquel sobre este, etc...), la conclusión de que esa tesis se ajusta a la realidad solamente podría alcanzarse por vía indirecta o presuntiva, para lo cual no basta con la que conclusión que pretende alcanzarse sea meramente posible. Ciertamente, esta Sala tiene establecido (sentencia de 30 de marzo de 2009) que para que la aplicación de una presunción judicial sea correcta no es necesario que la conclusión alcanzada por el juez sea la única posible, bastando con que se haya llegado a ella de un manera ajustada a las reglas de la lógica, todo ello con cita, entre otras, de la S.T.S. de 25 de mayo de 1996 en la que se señaló que: "... La Sentencia de 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984, señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que relega el hecho-base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia", que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho-base diversos hechos consecuencia.." (en similar sentido, S.T.S. de 28-9-93, citando, a su vez, las STS de 27-3-92, 15-6-92 y 23-2-93, y, más recientemente,



la S.T.S. de 1 de abril de 2002). En definitiva, para estar correctamente efectuada, una presunción judicial no ha de encontrarse revestida del rigor propio de los denominados "facta concludentia" al no ser necesaria la univocidad de la deducción y al exigir solamente la sumisión a las reglas de la lógica de dicha operación intelectual aun cuando en el supuesto objeto de análisis los hechos-base admitan, por aplicación de esas mismas reglas, otras lecturas alternativas y diversas del hecho que se trata de presumir. Ahora bien, lo que sí parece imprescindible para la utilización del mecanismo presuntivo es que la vinculación lógica (el "enlace preciso y directo" de que habla el Art. 386-1 de la L.E.C .) entre los "hechos-base" y el "hecho deducido" esté dotada, cuando menos, de mayor calidad, fuerza o intensidad argumental que esas demás vinculaciones alternativas. Sin embargo, en el presente litigio puede afirmarse que el poder o carga significativa de los datos contrastados (el voto decisivo del Sr. Belarmino para el nombramiento del Sr. Constancio como liquidador y la condición de aquel de administrador y máximo accionista de PREARCO, compradora de la maquinaria) es sumamente débil desde el momento en que permite sostener, con idéntico grado de fiabilidad, tanto la conclusión alcanzada por la sentencia apelada (que atribuye directamente a esas circunstancias la verosimilitud de la conducta imputada: decisión por parte del Sr. Belarmino de las condiciones y términos de las operaciones liquidatorias) como la tesis alternativa, es decir, la tesis de que, pese a la concurrencia de las expresadas circunstancias, el economista Sr. Constancio , que es un profesional independiente a quien, en principio, cabe suponer probidad deontológica e independencia de criterio, adoptó con libertad y autonomía las decisiones correspondientes.

Téngase en cuenta, además, que, aun cuando resulta ciertamente verosímil que el Sr. Belarmino pudiera haber ejercido alguna actividad persuasiva sobre el Sr. Constancio en relación con las condiciones en las que habría de ultimarse el contrato de compraventa de maquinaria, no podemos olvidar que en dichos tratos el primero de ellos actuaba desde la posición de comprador (representante legal de PREARCO como entidad compradora) y que, desde esa posición o perspectiva, el desarrollo de la persuasión en provecho de los propios intereses constituye algo consustancial a esa clase de contrato. Lo decisivo, pues, no es tanto valorar si hubo o no actividad sugestiva por parte del Sr. Belarmino , hecho este que desde luego podemos admitir como altamente probable, como examinar si se encuentra o no acreditado que el Sr. Constancio sucumbió a la sugestión obedeciendo o cediendo ciegamente y de manera sistemática a los deseos de su interlocutor. Y esto es precisamente lo que no se encuentra demostrado: el hecho de que consideremos que es meramente posible que ello fuera así no equivale a considerar demostrado que, efectivamente, fue así. Y la circunstancia de que, impracticable la vía presuntiva, no haya podido suministrarse tampoco prueba directa de ese hecho, no es circunstancia que nos autorice tampoco a aliviar la carga probatoria que incumbía a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal, toda vez que para el Sr. Belarmino entrañaría también una dificultad muy considerable la demostración del hecho positivo correlativo, a saber, el hecho de que el liquidador de derecho adoptaba sus decisiones con libertad de criterio. No cabría aplicar, en consecuencia, el principio de facilidad o disponibilidad probatoria en relación con esta cuestión.

CUARTO .- Expuesto cuanto antecede, lo que nos resta por valorar es si el Sr. Constancio incurrió o no en la culpa "grave" a la que hace referencia el Art. 164-1 de la Ley Concursal cuando, al vender a PREARCO la maquinaria de FORJADOS LOECHES S.A. por precio aplazado, lo hizo sin exigir a la compradora garantías sobre la efectividad del precio, precio cuya justeza -se insiste- nunca ha sido puesta en cuestión.

Una primera aproximación al problema es el que consiste en abordar la cuestión desde una perspectiva abstracta, esto es, determinando si en el ámbito de la liquidación de sociedades mercantiles es o no habitual que los liquidadores concierten operaciones de venta con precio aplazado y sin exigir garantías específicas de los compradores. Se trata de una incógnita de carácter fáctico que, careciendo de la notoriedad que contempla el Art. 281-4 de la L.E.C ., no se encuentra dispensada de prueba, e innecesario resulta indicar que la carga de esa prueba incumbe, de acuerdo con el Art. 217 de la misma ley , a quien pretende derivar del hecho correspondiente (carácter inusual o desacostumbrado de las ventas sin garantías) la consecuencia calificatoria de que se trata (concurso culpable), esto es, a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal. Pues bien, ni una ni otro han aportado prueba alguna de ese carácter hipotéticamente inusual de las ventas no acompañadas de garantías. Antes bien, el Sr. Constancio , a quien no incumbía la carga de hacerlo, aportó el parecer de dos peritos, el economista Don Belarmino y el ingeniero Don Mariano , parecer con arreglo al cual no es en absoluto habitual que en una situación de liquidación el órgano liquidador se encuentre en condiciones de imponer -y de hecho imponga- esa clase de condicionamientos en las ventas. En el acto de la vista el letrado de la Administración Concursal cuestionó la capacidad de dichos expertos para dictaminar sobre tal extremo en base a su falta de experiencia en el terreno de la actividad específicamente liquidatoria. Ahora bien, podríamos suprimir idealmente la presencia en el proceso de las opiniones de dichos peritos sin que esa supresión ideal, que únicamente generaría un vacío probatorio, fuera capaz de decantar a favor de los postulantes de la calificación la valoración de dicha cuestión: era a ellos a quienes incumbía demostrar -lo que



no han efectuado- el dato fáctico representado por el carácter inusual de las ventas no garantizadas, y no a la contraparte la carga de acreditar su carácter usual o habitual.

Partiendo, pues, de que, en abstracto, no se encuentra demostrado que sea anómala o desacostumbrada la falta de exigencia de garantías en fase de liquidación, de lo que se trataría, al descender al plano de lo concreto, es de valorar si en el caso que examinamos concurría o no alguna circunstancia singular que exigiera de forma vehemente la adopción por parte del liquidador de cautelas especiales en razón a la concurrencia de un riesgo relevante de incurrir la compradora en impago del precio pactado. Pues bien, al respecto hemos de destacar lo siguiente:

1.- No compartimos el punto de vista del informe de calificación con arreglo al cual la compradora PREARCO se encontraba en mayo de 2011, fecha de la venta de la maquinaria, en situación de pérdidas cualificadas y, por lo tanto, en causa de disolución obligatoria. En efecto, consta en las cuentas anuales de PREARCO de 2009 y 2010 que dicha entidad tenía concedido un préstamo participativo por importe de 2.000.000 € y ni este hecho ha sido cuestionado por parte de la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal ni se ha puesto tampoco en duda el cumplimiento de los requisitos legales para que dicho préstamo ostente, efectivamente, dicha consideración, es decir, la de préstamo participativo. Así las cosas, debiendo computarse a esos efectos la suma de 2.000.000 € como fondos propios de acuerdo con la redacción dada al Art. 20 del Real Decreto Ley 7/1996 de 7 de junio por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 16/2007 de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, es patente que la sociedad no se encontraba incurso en causa de disolución obligatoria. Como señala la reciente S.T.S. de 24 de noviembre de 2016, *"De acuerdo con esta normativa, para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución prevista antes en el art. 104.1.e) LSRL y en la actualidad en el art. 363.1.c) LSC, hemos de atender a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social. A estos efectos, tanto los préstamos participativos de los socios, siempre que cumplan con las exigencias legales, como las aportaciones de los socios (siempre que, en cuanto a estas últimas, se hagan a fondo perdido) se incluirán en el patrimonio neto"*.

2.- Con todo, no faltan en el proceso indicadores de que la sociedad PREARCO, del ámbito de la construcción y de los materiales relativos a ella, atravesaba, como cualquier otra empresa de dicho sector, por dificultades de económicas. Ahora bien, entre el 31 de mayo de 2011 en que se celebra el contrato de compraventa de la maquinaria y el mes de enero de 2013 en que se formula por PREARCO solicitud de concurso median 20 meses, y no consideramos que existan motivos para suponer que el liquidador Sr. Constancio se encontrase en condiciones de vaticinar con tanta antelación el desenlace concursal de dicha compradora. Téngase en cuenta que, siendo PREARCO una sociedad a quien no constan impagados en el pasado, sucede que el 9 de enero de 2010, muy poco antes de celebrarse el contrato de compraventa de maquinaria que ahora nos ocupa, se llevó a cabo por parte de dicho liquidador la venta, también a PREARCO, del stok de materiales de FORJADOS LOECHES S.A. por un precio de 809.000 €, precio del que nadie en este proceso ha cuestionado no solo su carácter razonable sino incluso su carácter ventajoso para la sociedad en trance de liquidación. Y consta también que ese precio fue oportunamente pagado en los términos convenidos sin que surgiera en relación al mismo el menor contratiempo o problema. Circunstancia la expuesta capaz, sin duda, de infundir en el liquidador la razonable convicción de que, pese a las dificultades, la entidad PREARCO tenía una verosímil capacidad de cumplimiento respecto de un ulterior contrato de compraventa cuyo precio se reducía a prácticamente la mitad del que comentamos. En su escrito de oposición al recurso, la Administración trata de restar valor a ese indicio de solvencia alegando que, si bien el pago de los 809.000 € fue puntual, tal pago se efectuó, en parte, mediante compensación. Ahora bien, además de que no consideramos justificado que se subestime la compensación (que en definitiva, denota capacidad solutoria en quien ostenta el crédito compensable) como modalidad de pago, lo cierto es, en cualquier caso, que, de acuerdo con los propios datos que la Administración Concursal nos facilita, los abonos en metálico realizados por PREARCO para el pago de las mercancías (en parte mediante transferencias a la ahora concursada y en parte mediante pago de sus deudas) ascendieron a 519.216 € (393.400 € y 125.816 €, página 10 del escrito). Es decir, que, sin entrar a cuestionar la veracidad de esos datos, lo que ellos evidenciarían es, precisamente, que en el mismo semestre en el que se celebra el contrato de compraventa de la maquinaria, PREARCO había pagado sin problemas a la ahora concursada una cantidad, por razón de la otra venta, de 519.216 €, cantidad que incluso supera el precio pactado para la maquinaria. En tales circunstancias, no cabría calificar de descabellada la suposición del liquidador Sr. Constancio de que dicha entidad poseería también de capacidad para pagar el precio de 497.890 € en que se cerró la venta de la maquinaria.

3.- Además de todo ello, juzgamos convincentes las reflexiones que se vierten en los informes periciales del economista Don Jose Enrique y del ingeniero Don Mariano con arreglo a las cuales, en una época de profunda crisis inmobiliaria, la salida al mercado de una maquinaria usada y específicamente destinada a la fabricación de materiales de construcción tenía difícil salida, por lo que, no constituyendo en absoluto una decisión desacertada la de vender esa maquinaria por un precio adecuado como el que se pactó, la



eventual exigencia de garantías adicionales como requisito para ultimar la operación hubiera sido, además de desacostumbrada, una solución poco realista. En dicho trance, el liquidador se encontraba ante la siguiente encrucijada: vender por ese precio justo, pero sin exigir garantías, a un comprador que acababa de demostrarle sobrada capacidad de pago y asumiendo por ello un riesgo no sensible o no relevante de que finalmente quedase frustrado el cobro, o, por el contrario, exigir unas garantías y condiciones que el comprador no hubiera muy probablemente aceptado, y ello con el consiguiente riesgo de no encontrar otro comprador capaz de ofrecer ese mismo precio y de que el destino final de esos bienes de equipo fuera el de su enajenación a precio vil. Y todo ello, además, en unas circunstancias en las que la decisión había de adoptarse con premura debido al hecho de que los inmuebles que albergaban la maquinaria, ya vendidos con anterioridad, debían ser oportunamente desalojados.

En definitiva, pues, consideramos, a la vista de las precedentes circunstancias en su conjunto, que la actuación del liquidador Sr. Constancio en relación con la venta de maquinaria no puede considerarse imprudente. Pero es que, aun cuando, en el mejor de los casos para la Administración Concursal y para el Ministerio Fiscal, considerásemos tal decisión como imprudente o culposa, de ningún modo cabría alcanzar la conclusión de que, por su entidad, dicha imprudencia mereciera la consideración de grave, que es lo que exige el Art. 164-1 de la Ley Concursal para que la generación o agravación de la insolvencia causalmente vinculada a la conducta justifique la calificación de culpabilidad del concurso.

Obviamente, determinando las anteriores consideraciones el éxito de los recursos de apelación y la consiguiente calificación del concurso como fortuito, innecesario resulta, por obvias razones, entrar a examinar si se encuentra o no justificada la pretensión de la Administración Concursal, que en el escrito de oposición se mantiene solo con carácter subsidiario, de que el Sr. Belarmino sea considerado como cómplice, al no concurrir conducta antijurídica alguna a la que la complicidad, figura de carácter netamente accesorio, pueda encontrarse asociada. En todo caso, no está de más indicar que la teórica complicidad únicamente podría predicarse de PREARCO, que fue la compradora de la maquinaria, sin que se haya aducido en el informe de calificación razón alguna por la que debiera acudir en el caso examinado al expediente, de carácter siempre excepcional como es sabido, de levantamiento del velo de la persona jurídica.

QUINTO .- Estimándose los recursos de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., debiendo satisfacerse con cargo a la masa del concurso, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar los recursos de apelación interpuestos por FORJADOS LOECHES S.A., Don Constancio y Don Belarmino contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocamos dicha resolución y, en su lugar, declaramos fortuito el concurso de la mercantil FORJADOS LOECHES S.A., debiendo satisfacerse con cargo a la masa de dicho concurso las costas originadas en la instancia precedente.
- 3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir .

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.