



Roj: **SAP M 15924/2008 - ECLI:ES:APM:2008:15924**

Id Cendoj: **28079370282008100244**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/11/2008**

Nº de Recurso: **583/2007**

Nº de Resolución: **279/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00279/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno : 914933189 Fax : 914931996

SENTENCIA NUM. 279

Rollo : RECURSO DE APELACION 583/07

Proc. Origen : Concurso Ordinario 73/05 (Sección Sexta de Calificación)

Organo Procedencia : Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid.

Recurrente : M.Q.M., S.L.; D. Rosendo

Procurador :D^a Sara Díaz Pardeiro

Abogado: D. Alberto Sala Reixachs

Recurrente: D. Carlos José

Procurador: D^a Carmen Armesto Tinoco

Abogado :D. Manuel Pérez- López de Briñas

Recurrida: Administración Concursal de M.Q.M., S.L..

Ministerio Fiscal

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. RAFAEL SARAZA JIMENA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ

D. PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ

En Madrid, a 18 de Noviembre de 2008.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don

RAFAEL SARAZA JIMENA, Don ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ y Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 583/2007 interpuesto contra la Sentencia de fecha 4



de junio de 2007 dictado en el proceso número 73/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, M.Q.M. ,S.L.; D. Rosendo y D. Carlos José , todos representados y defendidos por los profesionales más arriba especificados. siendo apelada la Administración Concursal de M.Q.M., S.L, integrada por los Administradores D. Germán , D.. José y D.. Rodolfo , interviniendo el Ministerio Fiscal.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 22 de febrero de 2005 por la representación de M.Q.M, S.L. en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "dictar Auto de declaración de concurso voluntario de mi poderdante "M.Q.M., SOCIEDAD LIMITADA", teniendo asimismo por solicitada la liquidación concursal", con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid dictó sentencia con fecha 4 de junio de 2007 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor : "Estimando parcialmente la pretensión del Ministerio Fiscal: a) Se declara culpable el concurso de la entidad M.Q.M., S.L.- b) Se declaran personas afectadas por la calificación a D. Carlos José y a D. Rosendo .- c) Se inhabilita a D. Carlos José y a D. Rosendo para administrar los bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona, durante un periodo de dos año.- d) Se condena a D. Carlos José y D. Rosendo a que hagan frente al importe de los créditos contra la masa y los créditos concursales que no puedan verse satisfechos con el patrimonio de la entidad M.Q.M., S.A.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas.- Dése publicidad a esta resolución de conformidad con el artículo 198 LC y R.D. 685/2005, de 10 de junio en el portal en Internet <https://www.publicidadconcursal.es>, del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes Muebles de España.

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de M.Q.M, S.L.. 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.

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 M.Q.M., S.L., declaró a Don Carlos José y Don Rosendo como personas afectadas por dicha calificación, inhabilitó a los mismos para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de dos años y, finalmente, les condenó a hacer frente a los créditos contra la masa y los créditos concursales que no pudieran verse satisfechos con el patrimonio de la concursada.

Disconformes con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alzan M.Q.M., S.L., Don Carlos José y Don Rosendo a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- El planteamiento contenido en el escrito o informe calificadorio de la Administración Concursal, quien pretendía obtener una calificación de culpabilidad fundada exclusivamente en la infracción de obligaciones impuestas por la legislación societaria y no en la concurrencia de las causas previstas en los Arts. 164 y 165 de la Ley Concursal , fue acertadamente rechazado por la sentencia apelada. Así las cosas, la única calificación de culpabilidad efectiva fue la formulada en su dictamen por el Ministerio Fiscal, quien la interesó con base en el retraso de más de dos meses en que incurrieron los administradores de la concursada (a partir del día 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal), en presentar la solicitud de concurso voluntario, lo que no tuvo lugar hasta el 22 de febrero de 2005, todo ello en el entendimiento de que en la fecha inicialmente referida (1 de septiembre de 2004) la concursada se encontraba ya en la situación de insolvencia que, por aplicación del Art. 5 de la Ley Concursal , le obligaba a deducir dicha solicitud en el plazo de dos meses. E importa destacar que, si bien acomete el Ministerio Fiscal en su dictamen algunas reflexiones relacionadas con el alcance limitado que cabe atribuir, en relación con la Ley Concursal y en materia de calificación, al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, lo cierto es que finalmente no extrae ninguna consecuencia particular de aquellas toda vez que, como se ha indicado, su pretensión de calificación se cimenta exclusivamente en una conducta omisiva que se produce tras la entrada en vigor de dicha ley.



Sobre el aludido problema de derecho intertemporal ya se pronunció esta Sala en su sentencia de 24 de septiembre de 2007 en la que se dijo lo siguiente : "...La aplicación de la Ley Concursal, a los efectos de calificar el concurso como culpable o fortuito, a conductas anteriores a la entrada en vigor de dicha norma (1 de septiembre de 2004 y téngase en cuenta que el concurso se solicitó el 17 de septiembre siguiente), no implica violación del principio general de irretroactividad de las normas civiles proclamado en el artículo 2.3 del Código Civil . Presentada la solicitud de concurso con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, la sustanciación de esta sección sólo puede efectuarse conforme a los artículos 163 y siguientes de la nueva ley, sin que ni siquiera se trate de una institución introducida por la nueva norma como señala la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007 , en la que se coincide en este particular, al recordar que expedientes similares se preveían en la legislación anterior "...como era la calificación de la quiebra (artículos 886 y ss y arts. 1382 y ss. LEC 1881) y de la suspensión de pagos con insolvencia definitiva (art. 20 LSP que se remite a los artículos 886 y ss Ccom). En este sentido, la posibilidad de juzgar la conducta del deudor concursado, anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en relación con la insolvencia declarada con la apertura posterior del concurso de acreedores no supone en sí misma una aplicación retroactiva del nuevo régimen sancionador, siempre y cuando las conductas ya estuvieran tipificadas, bajo el régimen anterior, y que las sanciones no sean más graves o distintas", lo que es aplicación de las Disposiciones Transitorias 2ª, 3ª y 13ª del Código Civil , cuyos principios son de aplicación a las demás normas que no contemplen un régimen especial de Derecho transitorio o en lo que éste omita. Así lo señala el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1991 , al declarar que "Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función". En definitiva, no existe obstáculo alguno para enjuiciar las conductas que se imputan a la concursada a la luz de la nueva Ley Concursal siempre que las conductas que pudieran determinar la calificación del concurso culpable estuvieran previstas en la legislación derogada, como acontece en el supuesto de autos. No cabe duda de que las irregularidades en la contabilidad integraban presunciones de quiebra culpable o fraudulenta en el Código de Comercio (889.1º, 890.2ª o 891), por lo que su análisis a la luz de la nueva legislación no implica una indebida aplicación retroactiva de la Ley Concursal..."

A partir, pues, del precedente planteamiento, importa matizar que el principio de irretroactividad no solamente puede condicionar la aplicación de las consecuencias que el Art. 172 de la Ley Concursal anuda a la calificación de culpabilidad del concurso, sino que es esa misma calificación la que puede verse comprometida cuando la específica circunstancia que se invoca como presupuesto de dicha calificación no estuviese contemplada, mediante una figura cuando menos homologable, en la legislación concursal derogada como circunstancia cualificadora de la culpabilidad o de la fraudulencia del proceso concursal correspondiente. Precisión de especial pertinencia en un supuesto como el ahora analizado donde, como adecuadamente ha razonado la sentencia apelada, la demora en el deber de presentar la oportuna solicitud de declaración de concurso no era en aquella legislación determinante en ningún sentido de la calificación de la quiebra ni de la suspensión de pagos con déficit patrimonial. A este punto de vista se adecua, pues, según criterio que esta Sala comparte, el dictamen del Ministerio Fiscal cuando circunscribe su censura a la conducta omisiva de los administradores temporalmente localizada a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal y no a su conducta precedente. De acuerdo con ello, el análisis que a continuación pueda efectuarse de conductas o circunstancias anteriores al 1 de septiembre de 2004 únicamente tendrá por objeto comprobar si en la expresada fecha se encontraba o no la concursada en la situación de insolvencia definida por el Ar 2-2 de la Ley Concursal, presupuesto imprescindible para poder entrar en el análisis de la concurrencia de la circunstancia definida en el Art. 165-1º "...Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso..", todo ello en relación con el Art. 164-1 según el cual "...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 derecho o de hecho .." y con el Art. 5 a cuyo tenor "...El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia..". Preceptos alrededor de los cuales ha hecho pivotar el Ministerio Fiscal su pretensión calificatoria, pretensión centrada exclusivamente -se insiste en el matiz- sobre la conducta omisiva observada por los administradores de la concursada con posterioridad al 1 de septiembre de 2004 y abstracción hecha, por lo tanto, de la actitud observada por aquellos con anterioridad.

TERCERO.- Es menester, pues, comenzar examinando si el 1 de septiembre de 2004 la concursada se encontraba o no en la situación de insolvencia que define el Art. 2-2 de la Ley Concursal cuando dice que "...Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ..".



Pues bien, al respecto conviene poner de relieve, cuando menos, las siguientes circunstancias que derivan de modo objetivo del examen de los autos :

1.- En abril de 2003 la empresa atraviesa por una situación crítica que determina la necesidad de proceder a una ampliación de capital de 171.460,83 € a la que solamente acude Don Carlos José por no presentar dicha operación atractivo o garantías para el resto de los socios. Importa destacar que es la propia concursada quien describe en la Memoria (folio 21) la situación concurrente en esa época del siguiente modo : 1) Los juzgados de lo social procedieron al embargo de bienes de M.Q.M., S.L. por deudas contraídas con un determinado empleado ; 2) La mayoría de la banca se negó a renovar las líneas de crédito a la concursada, cancelando las existentes y procediendo a exigir la devolución de los saldos a su vencimiento.

2.- Así las cosas, consta en el balance correspondiente al ejercicio 2003 (folios 317 y 318) que a 31 de diciembre de esa anualidad pesaban sobre la entidad deudas por importe de 1.896.387,17 € que, o bien habían vencido en todo o en parte -lo que se desconoce- o bien habrían de vencer paulatinamente a lo largo del ejercicio 2004, pues no en vano se trata de la partida correspondiente a "acreedores a corto plazo" que, de conformidad con la normativa contable, es la correspondiente a deudas con vencimiento no superior al año. Pues bien, para hacer frente a esa deuda acumulada de 1.896.387,17 €, M.Q.M., S.L. contaba tan solo con 323,82 € de tesorería y, dentro también del activo circulante, con una partida de "deudores" correspondiente a créditos que, o bien solo podían tener en esa fecha una existencia virtual (es el caso del crédito fiscal analizado por la sentencia apelada) o se trataba, en todo caso, de créditos cuyas posibilidades de cobranza resultaban, cuando menos, inciertas. Y no resulta controvertido al respecto : 1) Que esos créditos finalmente no se cobraron, con lo que difícilmente podría haber servido su importe para cancelar las deudas vencidas o que inexorablemente habrían de vencer a lo largo de 2004. 2) Que la empresa tenía paralizada su actividad mercantil, con lo que tampoco se generaban recursos de fuente distinta a la aludida (cobro de créditos pendientes) con los que poder atender a esas mismas obligaciones.

3.- Como ha puesto de relieve la sentencia recurrida, la certificación de la Agencia Española de la Administración Tributaria de 5 de mayo de 2005 aportada con el escrito de insinuación presentado el 17 de mayo de 2005, refleja un crédito vigente a cargo de M.Q.M., S.A. por la cantidad de 360.830,51 € cuyo primer impago se remonta al 20 de septiembre de 2002 , y la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social de 4 de mayo de 2005 aportada con el escrito de insinuación presentado en fecha 13 de mayo de 2005, refleja un crédito a cargo de M.Q.M, S.A. por la cantidad de 175.793,35 euros cuyo primer impago se remonta al 1 de junio de 2001.

Se trata, en consecuencia, de un cúmulo de circunstancias de suficiente entidad como para poder deducir sin esfuerzo que, al menos a lo largo del ejercicio 2004, la concursada carecía por completo de recursos para hacer frente de modo regular a sus obligaciones vencidas o pendientes de vencer durante la expresada anualidad. Para combatir esa conclusión, tanto la concursada como los administradores contra los que se dedujo pretensión calificatoria, todos ellos apelantes en esta instancia, han tratado de manejar en todo momento criterios exclusivamente contables para excluir la existencia de desbalance. Pero soslayan de ese modo que la insolvencia definida por el Art. 2-2 de la Ley Concursal constituye una situación de hecho caracterizada por la imposibilidad de satisfacer de modo regular las obligaciones vencidas y que esa situación de hecho es compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de la necesaria liquidez para atender aquellas. En otras palabras, como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del Art. 2-2 de la Ley Concursal , es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir : es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, a la postre, por falta de crédito. Por otro lado, pese a que como regla general el incumplimiento de las obligaciones exigibles es presupuesto del estado de insolvencia, cabe también la posibilidad de que dicho estado sea apreciable a pesar de cumplimiento cuando éste no se lleva a cabo con la "regularidad" prevista en el Art. 2-2, o lo que es igual, cuando el deudor consigue satisfacer las deudas exigibles valiéndose de medios anormales como lo sería la enajenación apresurada de sus activos para conseguir liquidez (Armando). Por lo tanto, la eventual existencia de un circulante ciertamente abultado pero nutrido casi con exclusividad por derechos de crédito frente a terceros que la propia concursada reconoce que no se estaban haciendo efectivos y cuya efectividad resultaba en todo caso incierta es circunstancia que, por más que pueda sanear contablemente la cifra de fondos propios contenida en un balance, jamás será capaz de permitir, desde el punto de vista material, el cumplimiento de las obligaciones vencidas o que iban venciendo a lo largo de la anualidad examinada (2004). Por otro lado, como se ha apuntado, tampoco permitiría eludir la apreciación de la insolvencia una hipotética enajenación de tales activos porque el pago que podría realizarse mediante el numerario así obtenido no podría reputarse "regular".

CUARTO.-



Si las consideraciones precedentes nos conducen a la conclusión de que el 1 de septiembre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal) la concursada se encontraba ya en el estado de insolvencia definido por el Art. 2-2 y de que, por tanto, incumbía a sus administradores la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses a que alude su Art. 5, veamos ahora si el incumplimiento objetivo de tal obligación es o no circunstancia capaz de determinar por sí misma la calificación de culpabilidad que propuso el Ministerio Fiscal y que la sentencia apelada acogió.

Partiendo de la dicción del Art. 165-1º de la Ley Concursal ("..Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.."), precepto puesto, naturalmente, en relación con el Art. 164-1 ("..El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave), la sentencia apelada considera que la presunción "iuris tantum" que el primero de dichos preceptos contempla es una presunción que cubre no solamente el aspecto subjetivo de la conducta (el dolo o la culpa grave) sino también los aspectos objetivo y causal (conducta capaz de generar o de agravar el estado de insolvencia), de tal suerte que -siempre según la sentencia-, constatado el presupuesto previsto en el Art. 165-1º (insolvencia e incumplimiento del deber de solicitar el concurso), pesaría sobre los potencialmente afectados la carga de desvirtuar aquella presunción acreditando no solo la inexistencia de dolo o de culpa grave sino también -y esto es lo importante- la irrelevancia de la contribución causal de su conducta en orden a la generación o agravación del estado de insolvencia. Y ello por entender -dice la sentencia- que "..No parece que el legislador pueda haber querido desligar la presunción de dolo o culpa grave en la conducta del deudor, de la situación de insolvencia. La conducta dolosa o con culpa grave del deudor se refleja necesariamente en la situación de insolvencia. No cabe activar tal presunción si no existe insolvencia..".

Se trata de un punto de vista que, aunque respetable y en modo alguno indefendible, difiere del mantenido por esta Sala en diferentes resoluciones en las que se ha interpretado que lo único que cubre la presunción del Art. 165 es la dimensión subjetiva del comportamiento enjuiciado, esto es, el dolo o la culpa grave, pero siempre y cuando quien formula la pretensión calificatoria haya logrado establecer probatoriamente, por incumbirle a él la carga correspondiente, la contribución causal de la conducta en relación con el estado de insolvencia. Así, en la sentencia de 17 de julio de 2008, con cita de las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, se dijo por este Tribunal lo siguiente: "..Conviene recordar que.. la regulación de las causas de calificación de un concurso como culpable se hace de forma escalonada, de manera que cabe distinguir: 1º) la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley Concursal, que exige la valoración de la conducta del concursado, es decir, del administrador en el caso de sociedades, como dolosa o gravemente culposa y la determinación de una relación de causalidad entre la misma y la generación o agravación de la insolvencia; 2º) las presunciones iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, que suponen comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, pero necesitan, además, para justificar la calificación como culpable, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia; y 3º) las conductas previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, las cuales son consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando, por tanto, con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de las mismas y sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad.." (énfasis añadido).

Importa matizar, además, que, tratándose de la conducta prevista en el número 1º del Art. 165 (no formular solicitud de concurso pese a concurrir estado de insolvencia actual), no resulta posible -por definición- hallar relación de causalidad alguna entre la conducta y la "generación" del estado de insolvencia si se tiene en cuenta que la previa afirmación de tal estado constituye presupuesto implícito de la conducta omisiva, y lo propio cabe decir del comportamiento previsto en el número 3 del mismo precepto legal (falta de colaboración con el juez y con la administración concursal) pues mal puede dicha conducta "generar" una insolvencia que ha debido apreciarse previamente para la declaración misma del concurso y consiguiente nombramiento de los administradores con los que luego que no se colabora. Ello nos conduce, pues, a afirmar que la única relación causal que puede establecerse entre la conducta ahora analizada y el estado de insolvencia no lo es con su "generación" sino, en su caso, con la eventual "agravación" del mismo.

Pues bien, si tenemos en cuenta que el plazo de 2 meses previsto en el Art. 5 de la Ley Concursal para solicitar la declaración de concurso expiraba el 1 de noviembre de 2004 y que la solicitud no se formuló hasta el 22 de febrero de 2005, observamos que el Ministerio Fiscal, único que ha deducido una pretensión calificatoria válida, no ha desplegado iniciativa probatoria alguna tendente a demostrar que durante el periodo de algo más de tres meses en que los administradores de la concursada demoraron la formulación de dicha solicitud se



produjera "agravación" alguna del estado de insolvencia detectado en la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004).

QUINTO.-

Se ha de considerar, a mayor abundamiento, que aun cuando hubiera logrado establecerse por el Ministerio Fiscal esa imprescindible relación causal entre la demora de algo más de tres meses en la formulación de la obligada solicitud de concurso y alguna virtual agravación del estado de insolvencia, los apelantes aportaron al proceso determinado material probatorio capaz de destruir la presunción de culpa grave que el Art. 165-1º establece. En efecto :

1.- Reconociendo haber obtenido la colaboración económica de la hoy concursada, la empresa EMEX, S.A., adjudicataria provisional del contrato denominado "LUXI CATTLE PROJECT CHINA" (proyecto que había sido aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de junio de 2003), se comprometió a compensar a aquella con la suma de 500.000 \$ cuando tal operación culminase. Sin embargo, no es hasta el 8 de abril de 2005 cuando el Subdirector General Adjunto del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informa por escrito de que durante la reunión del grupo de trabajo hispano-chino para asuntos financieros celebrada en marzo de ese mismo año, la delegación china había informado a la española de que el citado proyecto había sido cancelado, desvaneciéndose así la esperanza de cobro de la antedicha suma que la concursada había albergado fundadamente (folios 375, 376 y 629). Tales circunstancias fueron corroboradas por el propio presidente de EMEX mediante acta notarial de manifestaciones (folio 550).

2.- Existe un reconocimiento por el que la compañía CEDES LOGISTICA INTERNACIONAL CHINA, S.L. asume adeudar a la hoy concursada la cantidad de 350.000 \$, adquiriendo el compromiso de satisfacerla en un plazo de cuatro años que no expiró hasta el día 26 de julio de 2004, esto es, escasas fechas antes del inicio del periodo referido a la conducta omisiva aquí enjuiciada (folios 555 y s.s.).

3.- Finalmente, el contrato MULTIPARK generaba para la concursada una expectativa no infundada de percibir interesantes comisiones (unos 300.000 €), y lo cierto es que el plazo de dicho contrato -y de prestación de servicios de mediación por parte de la concursada- fue prorrogado por la vendedora hasta el 31 de diciembre de 2004 (folio 558).

Así las cosas, no parece que la actitud de los administradores de M.Q.M., S.L., consistente en aguardar un tiempo prudencial hasta finales de 2004 o principios de 2005 en que podría conocerse con una mayor seguridad el desenlace final de tales operaciones, pueda reputarse contraria a cánones elementales de prudencia empresarial. Cierto es que ello no elimina el deber de solicitar tempestivamente la declaración de concurso, deber cuya concurrencia puede apreciarse en la misma medida en que se aprecia el estado de insolvencia en el sentido material anteriormente definido. Pero, pese a que persistiría por ello mismo -siempre en caso de haberse acreditado la agravación y la relación causal- la apreciabilidad de cierto grado de culpa, las circunstancias que acabamos de relatar nos autorizarían en todo caso a rebajar la calificación de dicho elemento subjetivo a la categoría de culpa leve, la cual nunca justificaría, a tenor del Art. 164-1 de la Ley Concursal, la calificación de concurso culpable que la sentencia apelada contiene.

Se ha de estimar, pues, en vista de los precedentes planteamientos, el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, reputar de simplemente fortuito el concurso de cuya calificación se trata.

SEXTO.-

Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas del mismo de conformidad con lo previsto en el Art. 398 de la L.E.C. En cuanto a las originadas en la instancia precedente, se ha de mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada fundado en el carácter jurídicamente dudoso de las cuestiones debatidas, planteamiento que esta Sala comparte.

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

FALLO

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de M.Q.M., S.L., Don Carlos José y Don Rosendo contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Dejar sin efecto, con excepción del relativo a las costas, los pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida, y, en su lugar, declarar -como declaramos- FORTUITO el concurso de la entidad M.Q.M., S.L.

3.- No efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.



PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ