



Roj: **SAP M 13016/2015 - ECLI:ES:APM:2015:13016**

Id Cendoj: **28079370282015100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **505/2013**

Nº de Resolución: **247/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 6, 24-09-2012,
SAP M 13016/2015**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0009102

Recurso de Apelación 505/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Madrid

Autos de Concurso Abreviado 172/2008

Apelante: D. Demetrio

PROCURADOR D. FRANCISCO JAVIER CERECEDA FERNANDEZ-ORUÑA

Apelados: ADMINISTRACION CONCURSAL DE Demetrio

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA nº 247/2015

En Madrid, a 25 de septiembre de 2015.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 505/2013, los autos de la sección de calificación del concurso nº 172/2008, relativo a D. Demetrio , seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Han actuado en representación y defensa de las partes, el Procurador D. Francisco Javier Cereceda Fernández-Orduña y el Letrado D. José Manuel Galán Torrijos por D. Demetrio , como apelante, y la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, como apelados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Formada la sección sexta del concurso de D. Demetrio , según se ordenó por auto de fecha 30 de marzo de 2010, tras la expiración de los plazos para personación de interesados, la Administración Concursal presentó informe, en mayo de 2010, en el que proponía la calificación como culpable del concurso de la mencionada persona física.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante su dictamen, de fecha 1 de julio de 2010, interesó que se declarase culpable el concurso de la mencionada persona física, para la que solicitaba inhabilitación por tres años para administrar bienes ajenos, además de la pérdida de sus derechos como acreedor y la condena a la devolución de las cantidades indebidamente obtenidas; también reclamaba la condena al pago a los acreedores del importe que de sus créditos no recibiesen de la liquidación de la masa activa.



SEGUNDO.- Tras tramitarse las actuaciones por su cauce correspondiente, en el que medió la oposición por parte de la representación de D. Demetrio , el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, el día 24 de septiembre de 2012, cuyo fallo era el siguiente:

" Que con estimación parcial de la propuesta de calificación formulada por la Administración Concursal y por el Ministerio Fiscal DEBO CALIFICAR como CULPABLE el concurso de D. Demetrio , representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑA y en consecuencia se adoptan los siguientes pronunciamientos:

SE DETERMINAN como personas afectadas por la calificación del concurso a D. Demetrio .

- Se INHABILITA a D. Demetrio por tiempo de DOS AÑOS para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.

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 tal persona para requerirla 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.

Se DECLARA la pérdida de cualquier derecho que la persona afectada por la calificación tuviera como acreedora concursal o contra la masa y se la CONDENAN a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa.

Se CONDENAN a D. Demetrio a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Se ABSUELVE a D^a Gema de las pretensiones de la demanda dirigida contra ella.

- Se DESESTIMAN el resto de los pedimentos de la demanda, debiendo cada parte .pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Demetrio se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Tras la recepción de los autos en la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 2 de septiembre de 2013, se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites propios de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 24 de septiembre de 2015.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El concursado, D. Demetrio , que ha visto como en la primera instancia se calificaba su concurso cómo culpable, por causa de su total incumplimiento de la obligación de llevar la contabilidad empresarial, apela tal decisión judicial aduciendo que a la fecha de declaración del concurso ya no regentaba ni explotaba negocio alguno, por lo que al no ser comerciante no estaría obligado a la llevanza de registros contables.

Aduce el apelante que el negocio de zapatería con el que se le vincula era en realidad titularidad de su mujer y para el de floristería le caducó la licencia administrativa el 31 de diciembre de 2007, sin que llegara a renovarla, por lo que en 2008, año de solicitud y declaración del concurso no ejercía actividad comercial.

SEGUNDO.- Los alegatos del concursado no le permiten eludir la declaración de culpabilidad. Todo empresario debe practicar una ordenada contabilidad (artículos 25 del C de Comercio), no sólo las personas jurídicas, sino también las personas físicas, debiendo llevar, cuando menos, los libros que la ley señala como obligatorios. El quebrantamiento de esta obligación conlleva, en caso de concurso, la calificación como culpable del mismo por la aplicación de una presunción "iuris et de iure", la cual no admite prueba en contrario. La calificación del concurso como culpable merced, como es el caso aquí analizado, a las previsiones del apartado 2 del artículo 164 de la Ley Concursal , responde a lo que se conoce como tipos de mera actividad (sentencias de la Sala 1ª del TS de 6 de octubre de 2011 , de 17 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012). De manera que la calificación sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguno de los comportamientos descritos en la propia norma. El concurso debe calificarse como culpable, en todo caso, porque la ejecución de cualquiera de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de dicha norma,



resulta determinante, por sí sola, de aquella calificación, aunque no conste que haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado. Hay que tener en cuenta que situaciones como la aquí descritas, de total omisión de la llevanza de contabilidad, generan opacidad, lo que justifica que el concursado tenga que atenerse a las consecuencias que establece la ley para ese tipo de conductas ajenas a la transparencia que exige el tráfico mercantil.

El apelante no puede escudarse en que ya no tuviese la condición de empresario al momento de solicitar la declaración de concurso, pues para la calificación del mismo son relevantes los hechos acaecidos en el tiempo anterior a su solicitud y declaración, ya que en la situación concursal no se suele desembocar de modo súbito sino que suele ser consecuencia de un determinada evolución económica. Es por ello que la ley exige al deudor que acude a concurso el presentar, si está obligado a llevarla, la contabilidad de los tres últimos ejercicios (artículo 6.3 de la Ley Concursal), sin perjuicio de que en el seno del expediente concursal pueda llegar a examinarse información incluso anterior a ello.

Aun atribuyendo la titularidad formal del negocio de zapatería a la esposa del concursado, no hay duda de que éste regentaba el de floristería. Consta además en el seno del concurso que tiene deudas pendientes con la Seguridad Social precisamente por la cuota de autónomos. El hecho de que pudiera caducar la licencia para esa actividad a finales de 2007 no es prueba de que, aunque ello pudiera constituir una irregularidad administrativa, ya no ejerciese esa actividad en 2008; y, en cualquier caso, debería haber presentado la contabilidad correspondiente a 2007 y ejercicios precedentes en los que hubiese desempeñado esa actividad empresarial, debiendo recordarle que también pesaba sobre él no sólo la obligación de llevarla, sino también la de custodia y conservación de los libros y documentación contable, al menos durante el período legalmente establecido (el artículo 30 del C. de Comercio lo impone, como regla general, en relación con los seis años precedentes, sin perjuicio de otras previsiones especiales).

Hemos de ratificar, en consecuencia, la calificación asignada al concurso por parte del juzgado, ya que responde a una correcta aplicación de la consecuencia legalmente asignada para un caso de estas características.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición al apelante de las costas derivadas de esta segunda instancia, a tenor de la regla prevista en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Demetrio contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid , en el seno de la sección de calificación del concurso nº 172/2008; y

2º.- Imponemos al apelante las costas derivadas de esta segunda instancia.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.