

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de nº 1 Donostia - San Sebastián, de fecha veintiocho de julio de dos mil seis, se pronuncia sobre el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el deudor su insolvencia: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Calificado por la Administración Concursal este concurso abreviado como fortuito, dado traslado al M. Fiscal, este emitió dictamen en el sentido de pretender la calificación del concurso como culpable por entender que el administrador de la concursada, a sabiendas de que se encontraba en situación de insolvencia, sobrepasó el plazo de dos meses previsto en la Ley para solicitar el concurso y por entender que los perjuicios han ido aumentando con el paso del tiempo y con la continuación de la actividad, no produciéndose una aumento de la provisión por parte del liquidador de la sociedad, por lo que consideraba que se daba el supuesto contemplado en el art. 164.1, en relación con el art. 165.1º de la L.C. Con anterioridad, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. se personó en la Sección Sexta y pidió que se declarara el concurso como culpable al considerar que ha habido una agravación del estado de insolvencia debido a la culpa grave o dolo del liquidador de la sociedad, también por haber incumplido la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer la situación de insolvencia y, por ultimo, por irregularidad relevante en la contabilidad de la sociedad. SEGUNDO.- Dada audiencia al deudor, éste se opuso a la calificación del concurso como culpable alegando que el plazo de dos meses para pedir la declaración de concurso había sido cumplido por el liquidador de la sociedad, pues tal plazo empezaba a correr desde que se ordenó a la concursada la entrega de la estación de servicio cuya explotación era su objeto social; de igual modo, sostenía que el liquidador-administrador de la concursada no había agravado la situación de insolvencia, dado que, mucho antes de que se dictara sentencia firme en el pleito que enfrentaba a la concursada y REPSOL, se había hecho la provisión de la deuda en la suma de 458.992,78 euros, y no se puede pretender que se produzca una agravación de la deuda porque la concursada ejercitara su derecho a recurrir la sentencia; por ultimo, se alegaba la corrección en la llevanza de la contabilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO... Esta presunción de culpabilidad esta en consonancia con la razón de la calificación de un concurso como culpable que es, como indica el art. 164.1., que “en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales, administradores o liquidadores” y se presume ese dolo o culpa grave en el caso contemplado en el art. 165.1º porque el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso puede anticipar la posibilidad de que se llegue a un acuerdo con los acreedores o propiciar la liquidación de la empresa cuando haya realmente algo que repartir entre ellos y así evitar o aminorar la producción de daños y el agravamiento de la deficitaria situación patrimonial del deudor, por lo que, “a sensu contrario” el incumplimiento o cumplimiento tardío de ese deber supondría una agravación del estado de insolvencia existente. Respecto a esta cuestión, la administración concursal considera que tal presunción no es aplicable al caso que nos ocupa, al serlo solo a los concursos necesarios; al respecto no cabe decir sino que tal afirmación carece de base legal puesto que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso abarca no solo la omisión total de esa obligación, sino también el cumplimiento una vez transcurrido el plazo de dos meses señalado en el art. 5.1., pues, en caso contrario, carecería de razón de ser la existencia del mismo y, además, es claro que la demora en promover la declaración de concurso supone, por regla general, un agravamiento de la situación de

insolvencia. En el caso presente el deudor entiende que el incumplimiento de solicitar la declaración de concurso no se dio, pues lo hizo dentro del plazo de dos meses después de la notificación de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de S. Sebastián por la que se le ordenaba, en ejecución de la sentencia confirmada por el T. Supremo, la entrega de la estación de servicio, cuya explotación constituía el objeto de la actividad de la concursada, en el plazo de un mes; todo ello, al entender que ello implica la imposibilidad de cumplir el objeto social de la mercantil, equivalente a la insolvencia. Sin embargo, es claro que con anterioridad a dicha fecha se había dictado sentencia firme por el T. Supremo, el 23 de marzo de dos mil cuatro, la cual confirmaba la dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que revocaba parcialmente la dictada en primera instancia y venía a significar, en definitiva, que la concursada venía obligada a entregar la estación de servicio a REPSOL como consecuencia de la resolución de la relación existente entre ellas y era condenada a pagar a dicha empresa una indemnización por daños y perjuicios consistente en “...la cantidad que resulte acreditada en ejecución de sentencia, correspondiente al margen por litro de producto vendido dejado de ingresar durante el periodo que comprende los años 1.994., 1.995. y 1.996 y hasta el momento en que tenga lugar el cese efectivo del uso de la explotación por parte de IRURAIN Estación de Servicio S.A. según las bases de liquidación que se establecen en la presente sentencia...”. Es decir, desde la notificación de dicha sentencia la concursada tenía conciencia de que se encontraba en una situación de insolvencia inminente, pues la entrega de la estación suponía la imposibilidad de desarrollar su objeto social y atender sus obligaciones; del mismo modo, sabía que pesaba sobre ella la obligación de pagar una indemnización que, aun sin cuantificar, por su propia índole implicaba que aumentaría a medida que tardara en cesar en el uso de la estación. Recordemos que el estado de insolvencia como presupuesto de la obligación de promover el concurso que establece el art. 5.1 de la L.C. puede ser actual o inminente, tal como se desprende del art. 2.3 del mismo cuerpo legal, y en este caso, con la notificación de la sentencia dictada por el T. Supremo es claro que la concursada tenía que prever que no podría atender sus obligaciones, sin necesidad a que la parte vencedora en el juicio promoviera la ejecución de la sentencia, recordemos la obligatoriedad de cumplir las sentencias firmes (art. 118 de la Constitución); además, el cumplimiento voluntario hace innecesario el despacho de la ejecución con las consiguientes costas. Por ello, para fijar el inicio del cómputo del plazo de dos meses para promover el concurso no puede atenderse a la notificación del despacho de la ejecución, sino a la de la sentencia dictada en casación... Ahora bien, la concursada tampoco promovió la declaración de concurso en el plazo de dos meses de la entrada en vigor de la Ley (1 de septiembre de dos mil cuatro), a pesar de que su situación de insolvencia (como hemos indicado, perfectamente conocida desde la notificación de la sentencia dictada por el T. Supremo) no solo se daba antes de esa fecha sino que seguía existiendo tras la misma, siendo ya plenamente aplicable el art. 5.1 de la L.C.; sin embargo, la concursada no promovió la declaración de concurso hasta el 30 de junio de dos mil cinco, ocho meses después de que hubieran transcurrido dos meses desde la entrada en vigor de la L.C., lo que evidencia un incumplimiento del deber del art. 5.1 citado y una agravación consciente y, por lo tanto, intencional, de la situación de insolvencia, pues sea cual sea la indemnización que se fije, lo cierto es que su importe se habrá incrementado con el retardo en la entrega de la estación de servicio, lo que implicara un aumento de la masa pasiva con el consiguiente perjuicio para REPSOL, si no puede cobrar su integridad y para los demás acreedores que verán recortadas sus posibilidades de cobro en la liquidación. Todo ello, independientemente de la provisión contable que haya podido hacer el Sr. Lecuona respecto de dicha indemnización y de

que la misma sea o no suficiente para atender a la misma, pues ello implica solo el cumplimiento de un deber contable y no impide que los efectos perjudiciales para los acreedores del retraso en el cese del uso en la gasolinera se den.

SEGUNDO.- Tal agravación dolosa de la situación de insolvencia habrá que retrotraerla al momento en que se produce la notificación de la sentencia del T. Supremo, sin que pueda anticiparse a un momento anterior, como pretende REPSOL, a pesar de que las sentencias dictadas en primera y segunda instancia ya condenaran (aunque con diverso sentido) a la concursada a abonar una indemnización, pues dichas resoluciones aún no eran firmes, al estar pendientes de recurso y es incompatible un dolo o culpa en la agravación de la insolvencia cuando el mantenimiento en el uso de la cooperativa se justifica con el ejercicio del derecho a recurrir las resoluciones judiciales, inmerso, recordemos, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución». D. Pedro José Malagon Ruiz.