

## IV.5.- Procedimientos concursales

### IV.4.1.- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, Madrid, S 11-4-2008, nº autos 182/2006. (EDJ 2008/61267)

*El juzgado de lo mercantil declara culpable el concurso de la mercantil concursada por irregularidades relevantes en la contabilidad y por infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores. Se declara afectado por la calificación al administrador de la concursada en su condición de tal, y se le inhabilita para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años. Se suspende la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el periodo de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio se procederá a la remisión de la sanción impuesta, y en caso de su incumplimiento se procederá al cumplimiento íntegro de la sanción de inhabilitación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- (...) en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o culpable y sólo en el caso de declararse culpable, la sentencia deberá identificar a las personas afectadas por dicha calificación (...)

El artículo 164.1 de la Ley Concursal impone la calificación de concurso 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 o de derecho." (...)

TERCERO.- El primer motivo que sustenta la petición de calificación del concurso culpable se refiere a la falta de revocación de la garantía otorgada por la concursada a favor de su filial en Japón, Del Prado Japan Co., Ltd, una vez perdido el control en la misma, (...).

Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal (...) admite la posibilidad y eficacia en nuestro derecho de dichas cartas de patrocinio, basadas en el principio de libertad de contratación que establecen los artículos 1255 del Código Civil EDL1889/1 y concordantes, pero estableciendo los siguientes requisitos o presupuestos:

1.- Que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer afectivas las prestaciones que le

alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido pro la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas. (...).

En la carta remitida por D. Andrés en su calidad de director general de la concursada a (...) se hace constar que: "Con el fin de inducir a ampliar y/o mantener el crédito a favor o por cuenta de Del Prado Japan y adquirir o aceptar compromisos y/o contratos editoriales de los que Del Prado es responsable, garantizamos incondicionalmente, en calidad de obligado principal y no de mero garante, el pago puntual en su momento, ya sea por vencimiento, anticipación o de otro modo, de todas las obligaciones (existentes actualmente o en el futuro) asumidas por Del Prado Japan frente a ustedes en virtud del referido crédito y los compromisos y/o contrato editoriales, ya sea con respecto al principal, intereses, honorarios, gastos o por cualquier otro concepto..... Asimismo, nos obligamos a abonarles todos los gastos en que ustedes incurran en ejecución de la presente garantía..."

Del contenido de la carta se infiere con absoluta claridad que existe una voluntad de obligarse con carácter solidario respecto de todas las obligaciones presentes y futuras de la filial japonesa en el ámbito del negocio editorial desarrollado por el grupo y ha sido emitida por quien tenía facultades para obligar a la sociedad concursada. Por tanto cabe concluir que nos encontramos ante una carta fuerte, ante una auténtica garantía de las obligaciones asumidas por Del Prado Japan.

La administración concursal imputa a D. Andrés y considera hecho agravante de la insolvencia la falta de revocación de la garantía. Aunque en nuestro derecho sería admisible una revocación de una garantía constituida por tiempo indefinido, lo cierto es que según se indica en la carta la garantía se interpretará conforme a las leyes de Japón, lo que además encuentra su fundamento en el artículo 10.5 del Código Civil EDL1889/1 . No se ha probado cual sea el contenido del derecho extranjero aplicable a este tipo de garantías, por lo que se ignora si la garantía era o no revocable. En cuanto a la condena dictada por el Tribunal de Distrito de Tokio Sección 4ª de la Sala de lo Civil, a pagar a Rapp Collins KK la cantidad de 776.732 .584 yenes, la misma no es firme y existen serias dudas acerca de la posibilidad de ejecutar esa sentencia en nuestro País, por cuanto la Jurisdicción española era competente para el ejercicio de la acción entablada en Japón a tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 . En consecuencia la falta de revocación de la garantía que motivó la sentencia referida no constituye, por si misma elemento suficiente para fundamentar una calificación culpable del presente concurso.

CUARTO.- No obstante lo anterior la administración concursal y el Ministerio Fiscal entienden que se cometió una irregularidad contable subsumible en la presunción del artículo 164.2.1 de la Ley concursal, por no haber reflejado en la memoria la existencia de tal garantía Obligación de la que discrepa la contraparte al entender que no era necesario su reflejo.

A este respecto conviene recordar que el artículo 183 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL1989/15265 en su redacción vigente hasta el 1 de enero de 2008 establecía que: 1º.- Deberán figurar de forma clara a continuación del balance o en la memoria todas las garantías comprometidas con terceros, sin perjuicio de su inscripción dentro del pasivo del balance cuando sea previsible su efectivo desembolso. (...)

De ello cabe concluir que las garantías comprometidas con terceros eran en el momento de los hechos y son en la actualidad, elementos relevantes de la contabilidad, pues es necesaria su inclusión, al menos en la memoria, a fin de que la contabilidad sirva al fin que tiene asignado: ser indicativo de la imagen fiel de la compañía. (...) No hacerlo es constitutivo de una irregularidad contable relevante subsumible e la presunción "iuris et iure" del artículo 164.2.1 de la Ley concursal. Presunción que no admite prueba en contrario y que, como se vio, facilitan la calificación del concurso como culpable (...) el concurso inexorablemente debe calificarse como culpable (...).

La contraparte alega, no obstante, la irretroactividad de la Ley Concursal, pues entiende que la garantía debía haberse reflejado en la memoria correspondiente al ejercicio 2.001 y entonces no estaba en vigor la Ley Concursal. A este respecto conviene indicar, (...) que la Disposición Transitoria Tercera del Código Civil EDL1889/1- (...) establece que "las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código". El tenor de la disposición que acabamos de transcribir, nos advierte que la entrada en vigor de una nueva norma sancionadora no supone la despenalización de los actos llevados a cabo con anterioridad.

QUINTO.- (...) Dispone el artículo 5 de la Ley concursal que 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. Por su parte el artículo 165.1 de la Ley concursal permite calificar el concurso culpable cuando se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso (...).

(...)en el año 2005 aparecían los primeros datos serios indicadores de una patente situación de insolvencia. Por tanto la situación que justificaría la solicitud de concurso concurría ya, al menos, a 31 de diciembre de 2005, más de dos meses antes de la efectiva solicitud que fue el 24 de abril de 2006.

SÉPTIMO.- El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la sentencia de calificación contendrá entre otros 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 administrar o representar a cualquier persona

durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

(...) los problemas que pueden plantearse para el cumplimiento del convenio en el caso de personas físicas, puesto que el empresario individual inhabilitado no podría ejercer el comercio y, en consecuencia, cumplir el convenio. (...)

La suspensión de la ejecución se condicionaría así al efectivo cumplimiento del convenio aprobado y acreditado este se produciría la remisión de la sanción. En caso contrario debería cumplirse íntegramente.

Esta solución se acomoda a la previsión legal, pues no impide ni la calificación del concurso como culpable en los casos en que proceda, ni la imposición de la sanción prevista, si bien acomoda su efectivo cumplimiento al cumplimiento de la finalidad primordial del concurso: el pago a los acreedores por medio del convenio aprobado. Además incentiva la proposición y cumplimiento de los convenios en el ámbito del concurso, que de otro modo se ven desmotivados.

En el presente caso la petición de inhabilitación de D. Andrés no supera los tres años, no consta que haya sido inhabilitado anteriormente y, según se indica en el informe de la administración concursal, su intervención en el cumplimiento del convenio es imprescindible. En consecuencia, se hace merecedor de tal beneficio que se extenderá a todo el periodo de cumplimiento del convenio, verificado lo cual se procederá a la remisión de la sanción, en otro caso será efectivamente cumplida en todos sus términos.

## FALLO

1º.- Debo declarar y declaro culpable el concurso de Ediciones del Prado, S.A. por la concurrencia de irregularidades relevantes en la contabilidad y por la infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores.

2º.- Se declara afectado por la calificación a D. Andrés en su condición de administrador de la sociedad concursada.

3º.- Se inhabilita a D. Andrés para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años.

4º.- Se suspende la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el periodo de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio se procederá a la remisión de la sanción impuesta.

5º.- En caso de incumplimiento del convenio se procederá al cumplimiento íntegro de la sanción de inhabilitación.

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Cuál es el órgano competente para conocer de este litigio en materia concursal?**
  - 2. ¿Cuál sería la Ley aplicable y en virtud de qué instrumento normativo?**
  - 3. ¿Qué consecuencias implica la calificación del concurso como culpable?**
  - 4. ¿Por qué se produce la suspensión de la ejecución de la sanción de inhabilitación?**
-