

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 8
DE MADRID**

PIEZA MED CAUT

CONCURSO VOLUNTARIO 282/2010

CONCURSADO: AIR COMET S.A.U

AUTO

En Madrid, a 3 de agosto de 2010

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En fecha de 30/7/10 por la Administración concursal se presenta solicitud de medida cautelar consistente en embargo preventivo de los bienes de INVERSIONES GRUDISAN S.L, D. GONZALO PASCUAL ARIAS, D. IGNACIO PASCUAL DE RIVA D. GERARDO DIAZ SANTAMARIA Y D. JOSE MARIA LLODRÁ SERRANO como integrantes del órgano de administración de Air Comet S.A.U, a fin de responder posibles responsabilidades en sede de calificación por importe de 37.552.902 euros. Dicha medida se solicitaba con el carácter de inaudita parte.

Para ello, en el cuerpo del escrito, argumenta que **1.-** la personas contra las que se pide el embargo fueron integrantes del órgano de administración de la sociedad concursada. **2.-** Existe un importante desbalance en el patrimonio de la concursada, que impedirá satisfacer los créditos contra la misma. **3.-** Es previsible la apertura de la fase de liquidación en el presente concurso. **4.-** Concurren en la gestión de los administradores graves irregularidades que pueden motivar, fundadamente, que el concurso se califique como culpable.

Finaliza su escrito consignando los razonamientos jurídicos y adjuntando la documentación que estima pertinente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Dentro del proceso concursal, en su fase final, se procede a la calificación del concurso, con el objeto de determinar si la situación de insolvencia es o bien fortuita, generada por causas ajenas a la voluntad y actuar de la administración social, o bien culpable, al aparecer dicha insolvencia como resultado de acciones imputables a la persona del concursado o de sus administradores, en caso de tratarse de una persona jurídica, con el fin de atribuirles responsabilidad por ello, art. 172 LC, tanto patrimonial, imponiéndoles la cobertura de todo o parte de los créditos que no puedan satisfacerse en el concurso, como personal, con inhabilitación para administrar bienes ajenos. Con ello se llegará a la calificación de concurso culpable, cuando la insolvencia haya sido generada o agravada por dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores, según el juego de presunciones, derivadas de ciertas irregularidades, prevista en los arts. 164 y 165 LC.

Con el fin de garantizar la responsabilidad patrimonial personal de los administradores o liquidadores de la entidad concursada, derivada de la calificación del concurso culpable, art. 172 LC, por todo o parte de la masa pasiva en descubierto de pago, el art. 48.3 LC dispone que *"desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a*

la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito”.

Se trata pues, en cuanto a su naturaleza jurídica, de una medida cautelar especial, adoptable ya de oficio, ya a instancia de la Administración concursal, de las referidas en el art. 721.2 LEC, con finalidad instrumental, propia de toda actuación cautelar, art. 726.1 LEC, de garantía respecto a la condena que podría derivar de la Sección de calificación, para precaver el pronunciamiento de cobertura del déficit patrimonial, conjurando el riesgo de que las personas afectadas por la calificación puedan colocarse en situación patrimonial que haga imposible la efectividad de aquella presumible condena.

Los presupuestos justificativos del otorgamiento de tutelas cautelares, recogidos en el art. 728 LEC, doctrinalmente identificados como el *fomus boni iuris*, esto es, apariencia de prosperabilidad de la pretensión principal, y el *periculum in mora*, riesgo de ineficacia del futuro pronunciamiento judicial por hecho acaecidos durante el trámite del proceso, quedan implícitos, en la medida especial del art. 48.3 LC, en los requisitos que tal precepto contempla, los que se analizan separadamente. Dichos requisitos son que se prevea que el concurso se calificará como culpable y que la masa activa no será bastante para el pago de todas las deudas. Junto a los anteriores presupuestos propios de toda medida cautelar, ha de concurrir lógicamente una específica legitimación pasiva, pues la medida sólo puede ser acordada respecto de quien esa administrador de hecho o de derecho de la sociedad o lo haya sido en los dos años anteriores a la

declaración de concurso, legitimación pasiva esta que no resulta discutida en la presente litis y sobre la que no es necesario volver.

Con carácter previo resulta procedente resolver sobre la adopción de las medidas cautelares inaudita parte, toda vez que existe un riesgo de la previa audiencia de los demandados pueda afectar la efectividad de la medida interesada, considerando en este punto más adecuado remitir a la posibilidad de posterior oposición por parte de los afectado por la medida.

SEGUNDO.- La apariciencia de buen derecho ha de venir determinada por dos extremos, en primer lugar la fundada posibilidad de que el concurso se declare culpable ex art 163 y siguientes y la previsión igualmente fundada de que la masas activa sea insuficiente para cubrir la pasiva, esto el riesgo fundado de una situación de desbalance en patrimonio del concursado que impida la satisfacción colectiva de sus acreedores. Téngase en cuenta en todo caso que visto el iter procesal y teniendo en cuenta lo prevenido en el Art. 728 de la LEC, se exige un principio de justificación previa de la pretensión principal de la parte actora, que permita un juicio de pronóstico de posible acogimiento final de la pretensión. Es decir, de modo "ex ante" la acción deducida debe presentar una cierta apariciencia de verosimilitud en los hechos y en el derecho. Tales indicios suelen resultar de modo preferente de documentos, sin perjuicio de otras formas de justificación indiciaria. No puede, al pronunciarse sobre esta apariciencia de buen derecho, adelantarse valoraciones de prueba que corresponden al momento de dictar sentencia en los autos principales, ni prejuzgar en modo alguno en sentido del fallo. Por tanto, el examen de la concurrencia de este requisito ha de contraerse a la comprobación formal de que la hipótesis de hechos descritos en la demanda coinciden, en su apariciencia y descripción, con el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden

aplicar con su consecuencia jurídica, y todo lo más, que tal hipótesis de hechos se respalda, inicial y externamente, por ciertos documentos, u otros tipos de prueba, pero con el limitado alcance señalado. De ahí que baste con que se muestre verosímil el derecho invocado como fundamento de la acción ejercitada en la demanda, Es suficiente con que quede probado que el actor, probablemente, tiene derecho a la tutela que afirma. No puede, al pronunciarse para la medida cautelar sobre esta apariencia de buen derecho sobre aquella calificación, adelantarse valoraciones de prueba que corresponden al momento de dictar sentencia sobre la futura pretensión principal de calificación, ni prejuzgar en modo alguno en sentido del aquel fallo. Por tanto, el examen de la concurrencia de este requisito ha de contraerse a la comprobación formal de que la hipótesis de hechos descritos en la demanda coinciden, en su apariencia y descripción, con el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden aplicar con su consecuencia jurídica, arts. 164 y 165 LC, y todo lo más, que tal hipótesis de hechos se respalda, inicial y externamente, por ciertos documentos u otros tipos de prueba, pero con el limitado alcance señalado.

Ambos requisitos integrantes del fumus resultan inidciariamente acreditados en la presente litis. En primer término resulta acreditado de la posible solicitud de concurso como la sociedad presenta un desbalance que ya en la solicitud inicial queda cifrado en más de 200 mill de euros, del mismo modo es evidente que la sociedad se verá abocada a la liquidación si tenemos en cuenta el cese de la actividad comercial y la extinción de las relaciones laborales de la concursada, salvo los trabajadores que desarrollan las tareas de carácter administrativo y que vienen enumerados en el auto de 17 de Mayo de 2010 por el que se acuerda la extinción de dichas relaciones laborales. En segundo lugar también resulta

indiciariamente acreditado la posible calificación culpable del concurso, pues consta de la documental aportada junto con la solicitud como a lo largo de los años 2008 y 2009, la sociedad concursada arrastra un importante pasivo con la TGSS que a febrero de 2009 y atendiendo al documento nº 5 se puede fijar en 7.336.006,09 euros, del mismo modo desde enero de 2008 hasta la declaración de concurso, no afronta los ingresos correspondientes a retenciones del IRPF por trabajo personal desde Enero de 2009 y no se pagan salarios desde Julio de 2009, todo ello teniendo en cuenta que la comunicación del art 5.3 de la LC, la efectúa la concursada el 22 de Diciembre de 2009. Por lo tanto nos encontramos con que la concursada se hallaba en situación de insolvencia con anterioridad al inicio del plazo de solicitud de concurso, resultante del art 5 de la LC, y esa pasividad pudo generar en una agravación de la insolvencia, al mantener en el tráfico económico una sociedad que no puede atender sus obligaciones, generando nuevos gastos y contrayendo nuevas obligaciones que no podría atender, pasividad en la solicitud del concurso, que la Sección 28 de la AP de Madrid en su sentencia de 5 de Diciembre de 2008, considera determinante de la agravación de la insolvencia, agravación que por aplicación de la presunción del art 165 de la LC, habría de considerar culpable.

Finalmente hemos de entender que concurre el presupuesto relativo al periculum in mora, cuya concurrencia resulta en primer término del alto montante de la responsabilidad económica a la que se puede ver sometida el demandado, unido a la situación concursal en la que se ven inmersas otras sociedades del grupo, con las consiguientes exigencias de responsabilidad bien concursal, bien societaria que se pueden producir y por otro lado las distintas transmisiones del accionariado de la sociedad en concurso, y en segundo término del riesgo

de que por el transcurso del tiempo necesario para resolver sobre la calificación del concurso y determinación de las personas responsables, el patrimonio del demandado garantía de las responsabilidades que se pudieran declarar se disminuya o directamente desaparezca, bien por acción del propio demandado o incluso de acción ejercitada por tercero contra el demandado, fundamentada precisamente en esa condición de administrador de la sociedad ahora concursada. En este sentido el auto del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Madrid de 10 de Octubre de 2005, entiende que este requisito está implícito en la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. Esto es, en el supuesto tan particular analizado, si hay apariencia de buen derecho concurre el peligro por la mora procesal, pues la posibilidad de que el concurso se califique como culpable implica que el administrador o liquidador ha actuado con dolo o culpa grave determinante de la generación o agravación del estado de insolvencia, por lo que cabe entender que ante una eventual condena a la cobertura del déficit podría intentar eludir la efectividad de la sentencia.

En cuanto a la suma por la que se deba acordar el embargo, la responsabilidad el art. 172.3 LC consiste en la condena *"a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa"*, en este iter procesal por lo que la graduación de la cuantía de la responsabilidad ha de ponerse en conexión causal con los efectos de su actuar sobre el descubierto patrimonial. En este caso y visto los hechos imputados a los integrantes del órgano de administración, la persistencia de los mismos, debe fijarse la cuantía del embargo en la cuantía de 37.646.45,95 euros, correspondiente al pasivo generado en el periodo que media entre marzo de 2008 y diciembre de 2009, fecha en que se efectúa la comunicación del art 5.3, tengamos en cuenta al respecto que dicha comunicación a su

vez no se habría realizado en el plazo prevenido en el art 5.1 de la LC, sino con notable posterioridad.

De esta cantidad, y para el caso de apreciarse efectivamente en sede calificación la responsabilidad prevenida en el art 172 de la LC, en un principio responderían solidariamente todos los integrantes del órgano de administración atendiendo a la regla del art 133 del TRLSA, sin que en este iter inicial se haya acreditado por ninguno de ellos circunstancias exoneradora de responsabilidad.

La exigencia de prestación de caucion ha de ser atemperada en los supuestos de situaciones concursales para la medida prevista en el art. 48.3 LC, ya que de un lado, la norma dispone que puede adoptarse esta clase de medidas incluso *ex officium*, lo que implica la imposibilidad de exigir caución por la ejecución de la medida cuando la iniciativa para su adopción parte del Juez, y de otro, por que la única legitimación activa para pedirla corresponde a la Administración Concursal, quien actúa no en interés propio o de parte, sino del concurso en general, el cual no tiene porque constituir garantía alguna, tal como ha sostenido la AP Barcelona en Auto de 6 de Febrero de 2006

De otro lado, la finalidad legal de la caución es responder de posibles daños y perjuicios que puedan derivarse la ejecución de la medida cautelar para el sometido a ella cuando finalmente la pretensión principal sea rechazada. En caso de concurso, situación en la que se regula la concurrencia y prelación crediticia de toda clase de acreedores a un patrimonio insuficiente, tal derecho de reparación se erigiría como un crédito contra la masa, sujeto al orden de pago previsto en el art. 154 LC, en concurrencia con los demás créditos contra la masa, sin que deba ostentar trato de favor concurrencial, el que se le otorgaría por la caución, respecto a los demás

créditos del art. 154 LC, los que no están amparados por caución alguna, pese a su generación postconcurzal.

En virtud de las razones expuestas dicto la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

I.- Debo decretar y decreto como medida cautelar en el presente concurso, el embargo preventivo de los bienes que pudieran ser habidos de **INVERSIONES GRUDISAN S.L, D. GONZALO PASCUAL ARIAS, D. IGNACIO PASCUAL DE RIVA D. GERARDO DIAZ SANTAMARIA Y D. JOSE MARIA LLODRÁ SERRANO** para responder solidariamente por una suma de 37.646.45,95 euros

Realícense todas las medidas de averiguación patrimonial precisas para la práctica de la traba del embargo acordado, sin perjuicio de la designa de bienes por la Administración concursal.

Notifíquese este Auto a las partes personadas, previniéndole de que contra el mismo no cabe recurso alguno, sin perjuicio de oposición en los 20 días siguientes a su notificación.

Así lo declara, manda y firma en el día de la fecha, D. Javier Yañez Evangelista, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Madrid, en sustitución ordinaria del Titular del Juzgado N° 8.

EL MAGISTRADO JUEZ

LA SECRETARIO